

LA IRRAZONABILIDAD COMO INJUSTICIA EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

A propósito de la STS n.º 585/2017 de 20 de julio de 2017 (Caso Fernando Presencia)

Sergio Berenguer Pascual

Doctorando en Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Hechos probados y condena en el caso Fernando Presencia. 3. Delimitación e interpretación del término «resolución injusta». 4. La injusticia típica: La irrazonabilidad de la resolución. A) Fundamentos. B) Presupuestos del elemento objetivo del tipo: i) Primer presupuesto: Ausencia de una justificación razonable en Derecho. ii) Segundo presupuesto: Afectación a una de las partes del proceso. 5. La irrazonabilidad de la resolución judicial en el caso Fernando Presencia. 6. Conclusiones.

Resumen: En la presente obra se sostiene que la noción de «injusticia», a los efectos de tipicidad de la prevaricación judicial, es un sinónimo de «irrazonabilidad». Tal y como aquí se concibe, dos son los presupuestos jurídicos que deben concurrir para entender que una decisión judicial es «irrazonable», único momento en el que la conducta cometida por el juez o magistrado tendrá verdadera relevancia penal. Para ello, aprovechando la reciente sentencia del Tribunal Supremo dictada en el caso Fernando Presencia, se examinarán los fundamentos jurídicos y presupuestos del elemento objetivo del tipo «resolución injusta»; y finalmente se analizará si en este caso en concreto se dan todos los requisitos necesarios para colmar las exigencias de dicho elemento del tipo de la prevaricación judicial.

Palabras clave: Prevaricación judicial, resolución injusta e irrazonable, elemento objetivo del tipo, justificación inaceptable.

Abstract: In this work, it is argued that the notion of ‘injustice’, as an element of the unfair decisions rendered by Judges, is a synonym of ‘un-

reasonableness'. We hold that two necessary conditions must concur so that the judgment can be considered 'unreasonable'. In that moment, and only in that case, the conduct committed by the Judges will be relevant from a criminal point of view. To do so, on the base of the recent Supreme Court judgement issued in the case Fernando Presencia, we will examine the legal foundations of the objective element 'unjust resolution'; and, finally, it will be analyzed if, in this case, all the necessary requirements concur to appreciate this element of the offense.

Keywords: Unfair decisions rendered by Judges, unjust and unreasonable resolution, element of the offense, unacceptable justification.

1. Introducción

La noción de justicia es, tal vez, una de las más importantes de la filosofía del Derecho, a la par que una de las más complejas, y, precisamente por ello, resulta imposible determinar con carácter exacto y preciso el contenido y alcance de dicho término¹. Este problema de indeterminación se agrava aún más si se observa desde el prisma de la necesaria seguridad jurídica que debe imperar en el Derecho Penal al momento de interpretar el elemento objetivo de la «injusticia» de la resolución, que constituye el núcleo fundamental del delito de prevaricación judicial.

¿Cuándo estaremos ante una resolución justa y cuándo ante una injusta? En cuanto a esta compleja cuestión, parece claro que algo no termina de funcionar en nuestro Código Penal. La rigidez y contención con la que nuestros Tribunales han venido interpretando el término «injusticia» ha derivado en que el 97'88% de las 4.962 causas resueltas por delitos de prevaricación judicial entre los años 1995 a 2009, iniciadas mediante querrela, se inadmitieron de plano o ni llegó a celebrarse el juicio oral; el 1'55 % terminó en condena; y el 0'57 % restante con una sentencia absolutoria². Es decir, que, según estos datos, los querellantes de un modo u otro se equivocaron en el 98'45 % de los casos.

¹ No descubrimos nada al decir que no existe un concepto unitario de «justicia», de hecho, se puede afirmar incluso que cada autor en particular dispone de su propia visión sobre el alcance o naturaleza del mismo. Igualmente, tampoco extraña que el significado de dicho término haya evolucionado sustancialmente por el transcurso del tiempo, tanto que cada época marca el modo en que se concibe el mismo. Por ello, entendemos que determinar con precisión cuál es el significado y contenido de justicia es una tarea imposible. En su momento KELSEN ya dijo que ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar el contenido de la idea de justicia, puesto que ésta varía al infinito. *Vid.*, KELSEN, *La teoría pura del Derecho*, 2009, p. 48.

² Estos datos pueden ser consultados en el Informe n.º 2 emitido por los Servicios jurídicos de la Organización Española Contracorrupción, emitido en España en octubre del año 2010, con base en datos oficiales publicados por el Consejo General del Poder Judicial, al cual se puede acceder en la siguiente página web: <http://contracorrupcion.org/informe-estadistico/> (acceso el 11 de diciembre de 2017 a las 23:20 horas).

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo n.º 585/2017, de 20 de julio de 2017, que confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (con sede en Albacete) n.º 3/2016, de 23 de mayo de 2016, examina uno de los pocos casos de prevaricación judicial dolosa que finalmente han terminado en condena. Aprovechando esta reciente sentencia, nos centraremos en una cuestión que es clave para comprender el delito de prevaricación judicial: el concepto jurídico-penal de doble cara de la justicia o injusticia de las resoluciones dictadas por jueces o magistrados (sin entrar en consideraciones relativas al tipo subjetivo). A tal objeto, pondremos el foco en el *grado de razonabilidad* que las resoluciones presenten. La superación del difícil obstáculo que plantea la delimitación material del elemento objetivo de la injusticia de la resolución³, creemos, debe pasar por ahí.

Para cumplir nuestro objetivo, en primer lugar, partiremos desde los hechos declarados probados en dicha sentencia, para, más adelante, examinar la fundamentación empleada por el Tribunal Supremo en orden a conocer cómo ha razonado la concurrencia del elemento objetivo del tipo «resolución injusta». De ahí extraeremos determinadas conclusiones que nos resultarán de utilidad para comprender mejor cómo debe interpretarse la «injusticia» en el delito de prevaricación judicial.

2. Hechos probados y condena en el caso Fernando Presencia

Mediante la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (con sede en Albacete) n.º 3/2016, de 23 de mayo de 2016 (Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Salinas Verdeguer), se condenó al magistrado-juez Fernando Presencia como responsable criminalmente responsable de un delito de prevaricación judicial dolosa del artículo 446.3.ª CP, a una pena de multa de doce meses con una cuota de diez euros por día, y a una pena de inhabilitación especial de diez años para el cargo de juez o magistrado que venía desempeñando, así como la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno del Poder Judicial, o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo. El Tribunal Supremo, en su Sentencia casacional n.º 585/2017, de 20 de julio de 2017 (Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde), ha dado por buenos los hechos probados declarados en instancia.

³ Dificultad muy bien apuntada, p. ej., en BELLO LANDROVE, F., «Los elementos de injusticia y manifiesta injusticia en el delito de prevaricación del Código Penal español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-diciembre 1977, p. 251; y, más recientemente, en QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte Especial* (Revisado y puesto al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1280.

En ellos, el Tribunal Superior de Justicia declaró probado que el acusado, mientras ejerció su función jurisdiccional en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Talavera de la Reina durante los años 2013 y 2014, favoreció a un amigo suyo, de profesión abogado, que era el imputado en un procedimiento penal del que él conocía como juez, para evitarle que pudiese ser enjuiciado por unos eventuales delitos de omisión del deber de socorro y de lesiones imprudentes. A dicho amigo suyo se le atribuía haber atropellado a un peatón, hiriéndole en el acto, y haber huido con posterioridad sin prestarle ayuda. El juez condenado acordó sobreseer las Diligencias Previas n.º 137/2014 respecto de un delito de omisión del deber de socorro que estaba investigando, al mismo tiempo que declaró que las lesiones imprudentes que también estaba indagando no podían ser constitutivas de delito (artículo 152 CP), sino que eran constitutivas de una falta por imprudencia leve (artículo 621.3 CP), de conformidad con la redacción vigente del Código Penal en el momento de los hechos. La incoación de las Diligencias Previas n.º 137/2014 tuvo lugar el 6 de marzo de 2014, después de que el propio condenado estimase un recurso de reforma del denunciante (el peatón atropellado), con la adhesión del Ministerio Fiscal, contra la resolución que acordó la tramitación del procedimiento como Juicio de Faltas n.º 81/2013, al entender que los hechos sí pudieran ser constitutivos de un delito imprudente de lesiones.

Para el Tribunal juzgador el acusado era sabedor de las decisiones favorecedoras que estaba adoptando, pues lo hizo con plena consciencia de que había que practicar imprescindiblemente otras diligencias de investigación, necesarias para esclarecer los hechos investigados. El instructor ni esperó a recibir el atestado de la Policía Local que dio parte del siniestro, ni tomó declaración al testigo directo del atropello que había sido identificado con nombre y apellidos por el denunciante. Sin atender a ninguna otra prueba de cargo, tomó solamente en consideración la declaración del investigado (amigo suyo), quien manifestó no haberse percatado de ningún accidente puesto que el cristal estaba muy empañado por la lluvia; que había mucho tráfico; que no circulaba a más de 30 o 40 km/h; y que se paró en un paso de cebra próximo donde había varios vehículos detenidos y gente transitando el referido paso.

Desde un punto de vista procesal todo fue extremadamente rápido. El día 24 de marzo de 2014 declaró el denunciante, quien se limitó a recibir el ofrecimiento de acciones, a ratificar la denuncia y a manifestar que no había sido reconocido por el médico forense; y el día 26 de marzo de 2014, momento en el que declaró el investigado, tras la práctica de dicha diligencia, el juez condenado acordó de forma oral el sobreseimiento provisional respecto del delito de omisión de socorro, y el sobreseimiento libre y transformación a falta del procedimiento por las lesiones imprudentes.

Apenas un día después, mediante auto de 27 de marzo de 2014 se documentó que: «Por SSa., en este mismo acto se acuerda lo siguiente:

que las presentes actuaciones se incoaron como consecuencia de un accidente de circulación con resultado de lesiones en el que además se indicaba por el denunciante que los hechos podían constituir igualmente un delito de Omisión del Deber de Socorro toda vez que, según en la propia denuncia se indica, el imputado con pleno conocimiento de lo que había ocurrido, se dio a la fuga sin atender al lesionado. Estos hechos que fueron puesto en conocimiento de este Juzgado a través de Diligencias Previas fueron calificados como constitutivos de falta de Lesiones imprudentes del art. 621 (LA LEY 3996/1995)-3º del Código Penal, ante dicha resolución se interpuso recurso por el denunciante al que se adhirió el Ministerio Fiscal y este Juzgado lo estimó acordando la transformación del Juicio de Faltas en Diligencias Previas, por si los hechos denunciados Pudieran ser constitutivos además del delito de Omisión del Deber de Socorro que se denunció. Sin embargo, en el mismo acto de esta declaración, de las propias manifestaciones del imputado, del contenido de las preguntas que se formularon del contrario por la defensa del denunciante, y teniendo en cuenta las alegaciones de la defensa del denunciado, es por lo que, se considera oportuno entender que lo único que parece justificado, en todo caso, y así lo ha reconocido el imputado es la ocurrencia del siniestro que se menciona en la denuncia con el resultado de lesiones por parte del perjudicado, pero sin que en ningún caso exista ni siquiera alegación justificada de aquellas circunstancias que permitan entender que por parte del declarante haya existido omisión del deber de socorro, teniendo en cuenta en primer lugar que ni la propia defensa del denunciante ha formulado pregunta alguna relativa a la pretendida omisión del deber de socorro, y en segundo lugar resulta poco creíble en persona que pretenda su fuga después de ocurrido un siniestro el que escasos metros después de ocurrir el accidente detenga su vehículo respetando el siguiente ceda el paso».

El mismo día 27 de marzo de 2014 el denunciante no sólo reiteró su solicitud de que se practicasen las diligencias de investigación que restaban pendientes (atestado policial y prueba testifical), sino que, después de notificarse el auto de sobreseimiento, éste lo recurrió en reforma y, subsidiariamente, en apelación. El juez condenado desestimó el recurso de reforma del denunciante mediante auto de 27 de junio de 2014, limitándose a dar por reproducido la argumentación del auto de 27 de marzo de 2014.

Con base en estos hechos probados, el Tribunal Superior de Justicia entendió que el juez condenado resolvió oralmente el 26 de marzo y, por escrito en autos de 27 de marzo y 27 de junio de 2014 el sobreseimiento provisional en relación con el delito de omisión del deber de socorro y el sobreseimiento libre y transformación a falta del procedimiento por las lesiones imprudentes, atribuidas a su amigo, para favorecerle y evitarle un posible juicio por hecho delictivo, sabiendo que ni se habían practicado las diligencias de prueba solicitadas, ni había decidido sobre su práctica y con conciencia de que eran imprescindibles para decidir.

3. Delimitación e interpretación del término «resolución injusta»

En la inveterada doctrina que se ocupa del delito de prevaricación judicial, se suelen distinguir tres teorías, la subjetiva, la objetiva (estricta y amplia), y la teoría intermedia o también denominada teoría de los deberes⁴, para determinar cómo habría de interpretarse el elemento objetivo de «resolución injusta» (con independencia de que la misma adopte la forma de una sentencia o de cualquier otra clase de resolución judicial⁵).

Por un lado, la teoría subjetiva es aquella que considera la injusticia como una contradicción entre la convicción externa del juez —que sería el contenido mismo de la resolución— y su convicción interna —lo que realmente entiende o considera justo—. De este modo, el juez prevarica cuando declara conforme a Derecho lo que en sus arcanos es contrario al mismo⁶. Esta teoría admite una muy amplia capacidad de interpretación de la norma por parte del juzgador, tanto que, si se llevara al extremo, la conciencia del juez podría incluso reemplazar la propia Ley⁷.

Por otro lado, la teoría objetiva estricta es la que sostiene que se habrá dictado una resolución injusta cuando la misma sea radicalmente contraria al Derecho que deba ser aplicable al supuesto en cuestión⁸. Para ello deberá comprobarse cuál es el resultado que debía esperarse de la norma y cuál es el finalmente alcanzado por el juez. Esta teoría no admite ninguna capacidad de creación por parte del juez que aplica la norma⁹. La teoría objetiva amplia, en cambio, entiende que la injusticia de la resolución devendrá por falta de racionalidad de la decisión del juez. Se admite que la aplicación del Derecho incorpora cierta capacidad de creación, de modo que la contrariedad objetiva del Derecho, plasmada en la resolución, deberá ser medida en términos de racionalidad¹⁰, adoptándose el criterio de la defendibilidad teórica¹¹. De este modo esta

⁴ Así, RAMOS TAPIA, M.^a I., *El delito de prevaricación judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 252 y 253.

⁵ Véase, CANCIO MELIÁ, M., «Sección 1. Prevaricación judicial», en MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (Coordinador), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal. 2015*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2015 pp. 1604 y 1605.

⁶ En igual sentido, RAMOS TAPIA, *El delito...*, *op. cit.*, p. 276.

⁷ Asimismo, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 1279; y SANTANA VEGA, D., «Delitos contra la Administración de Justicia», en CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) / VERA SÁNCHEZ, J. S. (Coord.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo 1, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 675.

⁸ Véase, FERRER BARQUERO, R., *El delito de prevaricación judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 100.

⁹ *Vid.*, RAMOS TAPIA, *El delito...*, *op. cit.*, pp. 253, 286 y ss.

¹⁰ Asimismo, ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la Administración de Justicia», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial* (5.^a Edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 680.

¹¹ *Vid.*, RAMOS TAPIA, *El delito...*, *op. cit.*, pp. 298 a 302;

teoría coincide parcialmente con la anterior, si bien aquí se admite cierta capacidad creativa del juez para decidir.

Y finalmente, la teoría de los deberes coincide con la teoría objetiva, estricta y amplia, en que se considera la injusticia como aquella contrariedad absoluta con el ordenamiento jurídico, si bien se acepta que detrás de cada resolución existe un componente de decisión por parte del juez. Esta postura doctrinal estima que son injustas todas aquellas resoluciones que no rinden el debido respeto a las normas o criterios de interpretación y de aplicación del Derecho que el ordenamiento jurídico ofrece¹², apartándose el autor de la función jurisdiccional encomendada al quebrantar sus deberes¹³. En esencia, se toma como punto de partida la función y obligación judicial de realización del Derecho, como una consecuencia inherente a la sujeción del juzgado al imperio de la Ley, esencial para poder determinar cómo ha de interpretarse el elemento objetivo de la «resolución injusta»¹⁴.

No obstante, se acoja la teoría que se acoja, no puede confundirse este elemento objetivo del delito con la concurrencia o no de dolo o culpa en el accionar del sujeto activo, ya que tal cuestión en realidad forma parte del tipo subjetivo —materia de la que aquí no nos ocupamos, como ya hemos dicho—.

Por lo que se refiere a nuestros Tribunales, podría decirse que —aunque con cierto carácter vacilante— la jurisprudencia ha asumido como propia la teoría objetiva, cogiendo asimismo elementos de la teoría de los deberes, de modo que en la práctica judicial se exige que la resolución judicial reputada prevaricadora entre en absoluta colisión con la norma aplicada en el caso y que, además, haya una arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción¹⁵. En sentido similar, aunque

¹² Véase, RAMOS TAPIA, *El delito...*, *op. cit.*, pp. 315 y ss.; y FERRER BARQUERO, *El delito...*, *op. cit.*, pp. 103 a 108.

¹³ Así, SANTANA VEGA, D., «Delitos contra...», *op. cit.*, p. 675; y MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra la administración de justicia», en LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, p. 876.

¹⁴ RAMOS TAPIA, *El delito...*, *op. cit.*, pp. 252 y 253.

¹⁵ Como bien se dice en la STS n.º 228/2015, de 21 de abril de 2015, y la STS n.º 571/2012, de 29 de junio de 2012: «Nuestra jurisprudencia en orden a la conceptualización de lo que debe entenderse por resolución injusta, ha abandonado posiciones subjetivas, que hacían depender de la subjetividad del juez lo justo de lo injusto, y construye su contenido en el quebrantamiento del derecho objetivo, que se produce cuando la aplicación realizada del derecho no resulta objetivamente sostenible, según los métodos generalmente admitidas en la interpretación del derecho. Se exige, por lo tanto, una indudable infracción del derecho, y, además, una arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción. Lo injusto y lo justo no depende, por lo tanto, de la voluntad del juez, sino de la misma aplicación de la norma y realizada ésta es justa cuando el juez la aplica acudiendo a fuentes de interpretación válidas y admisibles. Entre ellas, claro está, la que resulta de órganos de la jurisdicción superiores en el orden al que se actúa». Véase también, STS n.º 594/2014, de 16 de julio de 2014.

restando valor a la teoría objetiva, el Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias llega incluso a decir que la esencia de la tipicidad de la prevaricación «no es la contradicción al Derecho, sino la arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional, el abuso de la función, en definitiva, la infracción del deber»¹⁶, de modo que toma como propia la teoría de los deberes, y deja de lado la teoría objetiva. En todo caso, parece una cuestión pacífica que la resolución injusta reputada prevaricadora no debe poder ser explicada mediante ninguna interpretación razonable efectuada con los métodos usualmente admitidos en Derecho. De este modo, el Tribunal Supremo insiste en que la resolución debe carecer de toda posible y razonable explicación, siendo de tal forma totalmente contraria al ordenamiento jurídico¹⁷.

En determinadas ocasiones se ha calificado la injusticia de la resolución como una ilegalidad cualificada, la cual podría afectar tanto a aspectos procedimentales como materiales, o bien de cuestiones de calificación jurídica, de problemas de hecho o de apreciación de la prueba¹⁸. De este modo, la injusticia puede provenir de la absoluta falta de competencia del juzgador, de la inobservancia total de las normas esenciales del procedimiento, o por el propio contenido de la resolución, de modo que se hubiera cometido un «torcimiento del derecho», una contradicción objetiva, patente y manifiesta¹⁹.

No es que se exija que la injusticia tenga que ser burda, esperpéntica o apreciable por un lego, puesto que, como afirma SÁNCHEZ-VERA con verdadero sentido del humor, ello significaría permitirle al juez que prevarique si «se le nota poco», poniéndose el foco no tanto en la injusticia considerada en sí misma, sino en una apariencia externa de un accionar «descuidado» por parte del sujeto del delito²⁰. En este sentido no puede olvidarse que el juez, precisamente por ser experto en Derecho, empleará toda clase de argumentos para encubrir el carácter antijurídico de la resolución²¹. Asimismo, la «injusticia» no se apreciará cuando existe una

¹⁶ En particular, en las SSTS n.º 79/2012 de 9 de febrero de 2012 y en la n.º 101/2012, de 27 de febrero de 2012.

¹⁷ STS n.º 414/2012, de 9 de febrero de 2012, o también, la STS n.º 571/2012, de 29 de junio de 2012. Por su parte también la STS n.º 2/1999, ya señaló que el apartamiento de la función que corresponde al autor en el Estado de Derecho, tal como disponen los arts. 117.1 y 103.1 CE «...será de apreciar, por lo general, cuando la aplicación del derecho no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del derecho».

¹⁸ V.gr., STS n.º 1/1996, de 4 de julio de 1996, STS n.º 806/2004, de 28 de junio de 2004, y STS n.º 126/2012, de 28 de febrero de 2012.

¹⁹ STS n.º 877/1998, de 24 de junio de 1998, y STSJ Andalucía n.º 10/2008, de 7 de agosto, de 2008.

²⁰ Cfr., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., «Tipo objetivo. Prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 415, Pamplona, 1999, p. 5.

²¹ A tal efecto pueden citarse, entre otras, las STS n.º 627/2006, de 8 de junio; n.º 102/2009, de 3 de febrero; y la n.º 2/99, de 15 de octubre; n.º 2338/2001, de 27 de noviembre; y la n.º 359/2002, de 26 de febrero.

mera vulneración del derecho, ya que la ley admite numerosas divergencias en las interpretaciones que emplea el juzgador que, atendiendo a las particularidades de cada caso, puede optar por una u otra interpretación sin que ello suponga incurrir en delito, y ello con independencia de que la decisión judicial en cuestión pudiera ser revocada en vía de recurso ante el órgano superior²².

Desde nuestro punto de vista el principal problema aquí no es tanto el ofrecer una definición lo más precisa posible de *qué* es «injusticia» a efectos de tipicidad, sino determinar *cuándo* o *bajo qué presupuestos* o *condiciones* debe entenderse cometido dicho elemento objetivo. Creemos que no nos equivocamos al afirmar que, para dotar de seguridad jurídica la aplicación del delito de prevaricación judicial, bien sea en su vertiente dolosa como culposa, se echa en falta la existencia de un meta-criterio jurídico claro, consensuado e idóneo, que no solamente sea válido y empleado en el campo dogmático-penal, sino también en el práctico-judicial.

Para ello debemos traer aquí a colación el debate relativo a la —a nuestro juicio— falta de diferencia material entre la «resolución injusta» y la «resolución manifiestamente injusta», previsto en los artículos 446 y 447 del Código Penal, y la inseguridad jurídica que tal trato desigual genera²³. Como se ha dicho *ut supra*, no se exige que la injusticia deba ser burda, esperpéntica o apreciable por un lego, ya que el sujeto del delito doloso, por tratarse precisamente de un perito en Derecho, empleará argumentos para encubrir el carácter antijurídico de la resolución. Por tal razón, se ha llegado a fundamentar la diferencia de trato entre el tipo doloso del culposo, por lo que se refiere al grado de injusticia de tales modalidades, consistiendo la distinción entre la «injusticia» y la «injusticia manifiesta» en que la primera habrá de ser manifiesta a los ojos de un juez de formación media, y la segunda habrá de ser manifiesta a los ojos de un funcionario medio en la misma situación²⁴.

²² Véase, STS n.º 414/2012, de 9 de febrero de 2012.

²³ Para PEDREIRA GONZÁLEZ, la manifiesta injusticia de la resolución en su modalidad imprudente no se halla tan alejada, como en ocasiones puede pretenderse, de la injusticia requerida para el delito doloso de prevaricación judicial. *Vid.*, PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.^a, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial. Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007, p. 145. Favorable a la asimilación de tales términos encontramos la sentencia n.º 1/1996 del Tribunal Supremo, de 4 de julio de 1996: «(...) los diferentes delitos de prevaricación exigen como elemento objetivo la absoluta notoriedad en la injusticia, faltando tal elemento cuando se trata de apreciaciones que en uno u otro grado son discutibles en Derecho».

²⁴ *Vid.*, PEDREIRA GONZÁLEZ, *Problemas fundamentales...*, cit. op., p. 146. Para la STS n.º 992/2013, de 20 de diciembre de 2013, en las resoluciones manifiestamente injustas «debe concurrir una contradicción clara y palmaria con la norma, debiendo ser aquella tan patente que resulte evidente por sí misma, sin necesidad de ningún esfuerzo interpretativo o justificativo de su existencia».

Sin embargo, una cuestión es el texto legal, cuya distinción gramatical es evidente, y otra, bien distinta, su interpretación llevada a la práctica, y lo cierto es que, desde un punto de vista totalmente pragmático, no hay disparidad entre ambas figuras. Como pertinentemente ya apuntó CUELLO CONTRERAS, no existen resoluciones más o menos justas, sino que, o bien son justas, o bien son (manifiestamente) injustas²⁵. Esta distinción entre resolución justa y manifiestamente injusta se hizo expresamente en el Código Penal de 1848.

Cuando determinada línea jurisprudencial describe el elemento objetivo de la «resolución injusta» (de la modalidad dolosa de la prevaricación judicial), indica que la misma debe ser «manifiestamente contraria a la ley», empleando otros adjetivos como «flagrante», «clamorosa» o «grosera»²⁶. Por tanto, si la resolución injusta debe ser, por sí misma, «manifiesta», ¿cómo deberá ser la «resolución manifiestamente injusta»? ¿*manifiestamente manifiesta*? Parece claro que no se puede emplear el adjetivo «manifiesto» para delimitar la frontera entre la «injusticia» del tipo objetivo de las modalidades dolosa y culposa. Debemos intentar huir de elevadas distinciones que no nos llevan a ningún lugar en la práctica judicial, nada más que a la confusión y a la inseguridad jurídica.

Lo que sostenemos es que el verdadero núcleo del tipo objetivo —tanto para las modalidades dolosa y culposa— es la «irrazonabilidad» de la resolución (con relevancia penal), la cual tendrá que ser clara para poder diferenciarla de otros tipos de resoluciones que puedan ser consideradas «razonables» (y, por tanto, sin relevancia penal), aunque pudieran ser

²⁵ Cfr., CUELLO CONTRERAS, J., «Jurisprudencia y prevaricación», *La Ley*, n.º 1, 1993, pp. 1034 y ss.; y, asimismo, en PACHECO, *El Código Penal. Concordado y comentado*, Imprenta y función de Manuel Tello, Tomo II, 5.ª Edición corregida y aumentada, Madrid, 1881, p. 400, se define el elemento «manifiestamente injusta» en el sentido de que «no basta cualquier injusticia, una ilegalidad dudosa (...). No hay prevaricación —al menos de la que aquí se habla— sino cuando de una manera evidente se ha faltado á lo que era justo». En sentido contrario RAMOS TAPIA, *El delito...*, *op. cit.*, pp. 310 a 314, quien considera que la regulación de la prevaricación en nuestro Código Penal no restringe el tipo objetivo del delito doloso a las resoluciones manifiestamente contrarias a la ley, y para ello recuerda que la redacción del tipo previsto en el Código de 1848 varió con la del Código de 1870, donde se introdujo el tipo culposo, manteniéndose tal redacción hasta la actualidad. Así, tal autora entiende que la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina ignora la distinción legal entre resolución injusta en la prevaricación dolosa y resolución manifiestamente injusta en la modalidad imprudente.

²⁶ *Vid.*, STS n.º 2/1999, de 15 de octubre de 1999, en donde se establece que: «Por todo lo expuesto, la Sala reitera el carácter objetivo de la injusticia señalando, además, que el apartamiento de la función judicial propia del Estado de derecho se da cuando, como se dijo, la aplicación del derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de interpretación del derecho aceptable en tal Estado de Derecho. En dichos casos, serán siempre aplicables los conocidos adjetivos de «manifiestamente contraria a la ley», «flagrante y clamorosa», «grosera», «llamativa», etc., pues estaremos ante un apartamiento grave del imperio del derecho». De ello difiere la STJC Castilla-La Mancha (con sede en Albacete) n.º 3/2016, de 23 de mayo de 2016.

erróneas. De este modo, la «injusticia» de una resolución habrá de ser apreciada desde el análisis de la razonabilidad de la misma, de modo que carece de sentido que en nuestro Código Penal se emplee la expresión «resolución injusta», o «resolución manifiestamente injusta», cuando, indistintamente de la modalidad —dolosa o culposa—, el verdadero foco de atención de los Tribunales recae, en último término, sobre si ésta es razonable o no lo es.

4. La injusticia típica: La irrazonabilidad de la resolución

A) *Fundamentos*

¿Puede ser hoy «injusto» o «irrazonable» lo que en épocas pasadas no lo fue? Parece claro que la respuesta debe ser afirmativa. A modo de mero ejemplo, con nuestra legislación vigente en mano, sería un acto inexplicable desde el punto de vista de la razón que un tribunal ordinario condenase a muerte a un reo por haber cometido un delito, cualquiera que éste fuese. En cambio, esta misma condena en España, hace no mucho tiempo, no sólo era posible, sino que estaba legalmente prevista y hubiera sido aceptada como razonable por parte de la comunidad jurídica; y, de hecho, la pena de muerte continúa siendo aplicada en otros países sin que dudemos incluso, en algunos casos, del carácter democrático y de Estado de Derecho de sus sistemas jurídico-políticos. Asimismo, qué duda cabe, pues, de que en el Derecho Civil romano la esclavitud estaba perfectamente institucionalizada, diferenciándose el estatus de las personas entre los que disponían de libertad y los que no²⁷. En nuestra sociedad actual, el derecho a la libertad constituye uno de los más básicos y fundamentales derechos de los que dispone el ser humano por el mero hecho de existir. Por lo anterior, no cabe duda de que el término «irrazonabilidad» debe ser comprendido a la luz de los tiempos en los que se interpreta el Derecho, ya que el mismo no es inmutable ni etéreo. Será clave, así, para determinar la razonabilidad de una resolución, el concreto momento histórico en el que se dicta la misma y la concreta legalidad vigente en ese tiempo.

No bastando con el referido factor histórico o temporal, el problema de la «injusticia», entendida como «irrazonabilidad», se vuelve aún mayor cuando, al descender sobre la aplicación de una norma en concreto, tengamos que resolver sobre una cuestión jurídica, pues para ello será

²⁷ GAYO (Instituciones, Libro 1, párrafo 9) dice: «*Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes Nomines aut libera aut servi sunt*» (Ciertamente, la primera división del derecho de personas es ésta: todos los hombres o son libres o son esclavos).

necesario descubrir cuál será la solución más adecuada, para poder discernir, a partir de ahí, qué es razonable y qué no lo es. La indeterminación del Derecho se convierte aquí en un problema fundamental. Para Díez-PICAZO, afirmar que para cada caso existe una sola interpretación correcta y, por ende, solo una justa, es un sueño del racionalismo²⁸. Como bien admitió el Tribunal Supremo en su archiconocida sentencia n.º 2/1999, de 15 de octubre, el Derecho no es una «ciencia exacta». Precisamente por ese motivo, parece unánimemente aceptado que la labor interpretativa del Juez no es mecánica, máxime cuando no sólo debe interpretar el texto legal de las normas subsumibles al caso en cuestión, sino también la jurisprudencia que al efecto resulte aplicable²⁹.

En virtud del principio de intervención mínima en su manifestación del carácter fragmentario del Derecho Penal³⁰, no debe criminalizarse toda conducta judicial consistente en dictar una resolución desacertada jurídicamente o contraria a la legalidad, pues para ello ya existirían los recursos y, en su caso, la responsabilidad disciplinaria, la civil y la derivada de un mal funcionamiento de la Administración de Justicia. Conforme a nuestro Código Penal vigente y su interpretación tradicional, el delito de prevaricación judicial exige como elemento objetivo del tipo que se dicte una sentencia o resolución injusta, requiriendo para ello la concurrencia de dolo; y una resolución manifiestamente injusta para el caso de que el delito haya sido cometido por imprudencia grave. Es por ello que únicamente podría acudir a los remedios penales, cuyo monopolio ostenta el Estado, cuando un Juez o Magistrado, mediando dolo o culpa grave, dicte una resolución que no sea «defendible» bajo ningún método de interpretación aceptado en Derecho. En definitiva, no todo desacierto judicial constituye una resolución injusta, de modo que éste no puede equipararse con cualquier clase de ilegalidad.

Lo que diferencia una resolución incorrecta de una injusta es que la primera es racional —aunque pudiera ser discutible o estar equivocada—, y la segunda es totalmente irrazonable, inexplicable en modo alguno, conforme al Derecho vigente en el momento histórico en que ésta es dictada. Los problemas de interpretación surgen, como siempre, en los casos límite, donde la ilegalidad y la injusticia no quedan del todo claras. Así, consideramos que, en verdad, la «irrazonabilidad» de la resolución

²⁸ Vid., Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. M.^a, *La jurisdicción en España. Ensayo de valoración constitucional*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1994, p. 28.

²⁹ En términos similares, RAMOS TAPIA, *El delito...*, *op. cit.*, p. 254.

³⁰ Tal como se indica en MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General* (a cargo del Prof. Víctor GÓMEZ MARTÍN), Editorial Reppertor, 9.^a Edición, Barcelona, 2011, p. 118 y 119, el Derecho Penal no debe sancionar todas las conductas lesivas cometidas contra los bienes jurídicos protegidos, sino solamente aquellas más graves. De tal manera, y a modo de mero ejemplo, no todo ataque contra la propiedad constituirá delito, sino sólo aquellas modalidades más peligrosas como las cometidas mediante apoderamiento violento, fraudulento o subrepticio.

es el núcleo del elemento objetivo «injusticia», y ello con independencia de que la misma sea calificada como aquella decisión judicial radical y objetivamente contraria al ordenamiento jurídico (teoría objetiva), o como aquella que es indefendible bajo algún método jurídico de interpretación (teoría de los deberes).

Ahora bien, la «irrazonabilidad» se ha de poder determinar conforme a criterios claros. Para saber entonces *qué es indefendible* en Derecho deberemos echar mano de las herramientas que nos ofrece el campo de la argumentación jurídica (primer presupuesto), y de los principios limitadores que rigen nuestro Derecho Penal (segundo presupuesto).

B) Presupuestos del elemento objetivo del tipo:

Vamos a examinar los que, a nuestro modo de entender, son los presupuestos necesarios para entender cometido el elemento objetivo del delito de prevaricación judicial de la resolución «injusta» y que asimilamos al término «irrazonable». Como hemos dicho con anterioridad y conviene aquí recordar, la determinación de la injusticia como elemento objetivo del tipo no puede confundirse con la concurrencia, o la ausencia, de dolo o culpa grave en la conducta del juzgador, ya que tal cuestión en realidad forma parte del tipo subjetivo del delito.

i) Primer presupuesto: Justificación inaceptable en Derecho

Debemos partir desde un escenario que consideramos indiscutible: la complejidad del ordenamiento jurídico, la existencia de normas discrecionales en nuestro sistema, la existencia de múltiples soluciones para un mismo caso sin que quepa certeza sobre cuál ofrecerá una solución más justa al supuesto de hecho concreto e, incluso, la frecuente hiper-normativización que padece nuestro ordenamiento jurídico desde hace años en relación con según qué ramas del Derecho. Todo lo anterior confluye en el sentido de que sea extremadamente complicado afirmar que, para determinado caso concreto, sólo existe una solución objetivamente correcta. El juez, en el curso de su toma de decisión, ha de valorar todas las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración las máximas de la experiencia humana y las reglas de la ciencia y de la lógica, para posteriormente conformar los hechos y subsumirlos en una o diversas normas y, conforme a ello, fallar lo que en Derecho proceda, dentro de todas las posibilidades interpretativas que se le ofrecen.

En nuestro ordenamiento jurídico, sustentado sobre un sistema democrático y de Estado de Derecho, *no se exige* que los jueces acierten con *la respuesta correcta*, sino que empleen *la mejor justificación posible*, lo que, desde el punto de vista del Derecho Penal, bastaría para excluir

la tipicidad objetiva de la conducta³¹. Asimismo, no podemos dejar de señalar que la *respuesta correcta única* es sólo una *meta*, una *aspiración*, un *fin ideológico* a perseguir³². Si no se consigue alcanzar dicho objetivo, no por ello puede calificarse la decisión como totalmente contraria a Derecho, tal vez sí desacertada jurídicamente, pero insuficiente a los efectos de conformar la tipicidad del hecho. No olvidemos que, en virtud del principio de fragmentariedad del Derecho Penal, no puede criminalizarse una resolución equivocada apoyada en una justificación aceptable, por no generar un riesgo socialmente intolerable.

Así, parece no existir dudas en que, si el juez dicta una resolución dando una respuesta jurídicamente correcta y/o debidamente justificada, tal conducta quedará fuera del tipo penal, por ausencia del elemento objetivo que estamos tratando. Y, por el contrario, lo que queda totalmente fuera de amparo son las decisiones tomadas de forma azarosa o desde la arbitrariedad³³. En cualquier caso, el delito de prevaricación no consiste en dictar una resolución con una motivación insuficiente, de igual modo que la injusticia de la resolución no desaparece con una extensa motivación.

Como ya queda expuesto *ut supra*, la jurisprudencia tradicionalmente ha venido aceptando que no existe «injusticia» en la resolución cuando el juzgador ha resuelto el caso concreto desde la aplicación de un método de interpretación aceptable en Derecho³⁴. No podemos perder de vista que los jueces y magistrados, en ejercicio de la potestad jurisdiccional, tienen el deber de juzgar y de ejecutar lo juzgado, lo que —atendiendo el caso concreto— les obliga a interpretar la norma, incluso aunque la misma sea aparentemente cristalina en su significado pues, por muy evidente que ésta sea, la claridad no viene sino después de que el texto legal haya sido interpretado³⁵. Por ello mismo debe ponerse especial atención

³¹ En sentido similar, véase, AARNIO, A., «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», *DOXA*, n.º 8, Alicante, 1990, p. 31; y ATIENZA, M., «Sobre la única respuesta correcta», *Jurídicas*, Vol. 6, Núm. 2, junio-diciembre, 2009, pp. 14 y 15, quien con verdadero acierto afirma que: «La democracia no exige la respuesta *correcta*, sino la *mejor* justificación posible, esto es, una solución que *pueda ser* aceptada por la comunidad jurídica; no por la comunidad realmente existente, sino por una comunidad ideal que se guía por las reglas del discurso racional), pero particular (sus miembros comparten —necesariamente— los mismos valores básicos)».

³² En similares términos, AARNIO, «La tesis...», *op. cit.*, p. 38.

³³ Según AARNIO, la arbitrariedad y la toma de decisiones al azar son ajenos a la concepción europea sobre el Derecho y la justicia, porque la idea de Derecho está profundamente vinculada con la expectativa relativa a la predictibilidad de la conducta de las autoridades. AARNIO, «La tesis...», *op. cit.*, pp. 30 y 31.

³⁴ De las citadas en páginas anteriores se pueden traer aquí a colación, a modo de ejemplo, las SSTS n.º 228/2015, de 21 de abril de 2015, n.º 594/2014, de 16 de julio, n.º 414/2012, de 9 de febrero de 2012, n.º 571/2012, de 29 de junio de 2012, y n.º 2/1999, de 15 de octubre de 1999.

³⁵ La claridad de la norma solamente puede alcanzarse con posterioridad a su interpretación, y no antes. Ya se dijo en la vieja sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1972 (Aranzadi 3170).

en cuáles son los métodos de interpretación aceptados en Derecho. Para ello debemos acudir a lo previsto en el artículo 3 del Código Civil, en el que se enuncian los distintos medios que el ordenamiento pone a nuestro alcance, que son el criterio gramatical, sistemático, histórico, sociológico, y teleológico. Así, una resolución judicial que no pueda ser explicada bajo ninguno de estos métodos de interpretación será considerada injustificable o inaceptable a los efectos de que concurra el elemento objetivo de la «injusticia», entendida ésta como «irrazonabilidad».

Sin perjuicio de lo anterior, sostenemos que la «razonabilidad» (que no estricta «racionalidad»³⁶) de la resolución no puede consistir o limitarse exclusivamente a la comprobación de si, en el momento en que se tomó la decisión, el juzgador había empleado algún método de interpretación de la norma, porque tal criterio —entendemos— es insuficiente, ya que para aplicar cualquier medio de interpretación deben fijarse con carácter previo, y sobre todo justificadamente, las premisas sobre las que con posterioridad se desarrollará argumentativamente una solución³⁷.

La «razonabilidad» de la solución jurídica escogida dependerá también de la dificultad del caso en cuestión, pudiendo variar según estemos ante un caso de los denominados *fáciles*, *difíciles* o *trágicos*³⁸. A mayor

³⁶ ATIENZA considera que «todo lo razonable es racional, pero no todo lo racional es razonable». *Vid.*, ATIENZA, M., «Para una razonable definición de razonable», *DOXA*, n.º 4, Alicante, 1987, p. 93. Si se parte de premisas injustificables puede llegarse a decisiones que encuentran una explicación desde la racionalidad, pero que son injustas en su resultado. Lo sucedido en la Alemania del Derecho nacionalsocialista es la perfecta representación de que la extrema racionalidad, al igual que el positivismo radical nazi, puede llevar a los jueces a dictar sentencias extremadamente injustas. En relación con ello, *Vid.*, RADBRUCH, G., «Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes», en RADBRUCH, G. / SCHMIDT, E. / WELZEL, H., *Derecho injusto y Derecho nulo* (trad. José M.ª RODRÍGUEZ Panigua), 1.ª Edición, Ediciones Aguilar, Madrid, 1971, pp. 9 y 10. Sin embargo, a veces no es necesario partir de premisas injustificables para obtener resultados injustos. Ya lo decía el aforismo latino *summum ius, summa iniuria*.

³⁷ Como ejemplo de ello debemos citar la STS n.º 1/1996, de 4 de julio de 1996. En el supuesto de hecho allí planteado se consideró injusto el hecho de citar en calidad de imputado, tras incoarse las Diligencias Previas, a dos personas que únicamente habían sido propuestas como testigos en la querrela, sin fundamento material que avalase tal cambio de estatus procesal. Con posterioridad, el magistrado dictó autos de detención e ingreso en prisión sin que hubiera elementos probatorios. De este modo, el magistrado condenando habría partido desde unas premisas fácticas injustificables para acordar las medidas de detención e ingreso en prisión, sobre unas personas que eran inocentes a todas luces. Así, si las premisas hubieran sido aceptables —esto es, si hubieran existido indicios de criminalidad suficientes—, la resolución judicial no habría sido irrazonable (aunque probablemente los autos sí hubieran sido discutibles).

³⁸ *Vid.*, ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional de México, 2.ª Edición, México, 2005, pp. 112 y ss., y 201; MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, pp. 197 y ss. Ciertamente que no existe unánime concepción de lo que se considera un caso fácil, difícil y trágico, ni dónde se encuentran los límites entre cada uno de ellos, pero entendemos que dicha distinción nos es aquí útil a los fines que nos interesan. Para nosotros, «caso fácil» es aquel en el que las premisas desde las que se parte no son discutidas, de modo que re-

sencillez del supuesto de hecho a resolver, menos posibilidades interpretativas se le abren al juzgador, y menor necesidad de justificar profundamente su decisión; y, a la inversa, a mayor complejidad del supuesto de hecho, más posibilidades tiene el juzgador para interpretar la norma cuya aplicación correspondería, y mayor necesidad de justificar la solución escogida.

Por otra parte, la justificación de la resolución debe producirse empleando criterios racionales, equilibrando los derechos, valores y principios de nuestro ordenamiento jurídico, y generando un consenso de aceptabilidad en la comunidad jurídica particular (no necesariamente la universal³⁹). Estamos de acuerdo con que el consenso jurídico no puede erigirse en el único criterio para determinar la razonabilidad del razonamiento jurídico —aunque consideramos que debe tenerse especialmente en cuenta—, de modo que no por sustentar la resolución en un criterio doctrinal minoritario el mismo ha de resultar menos razonable. O dicho sea con otros términos, la opinión mayoritaria no es siempre la más razonable, aunque en ocasiones sí lo pueda ser, y sin que ello le reste razonabilidad a la minoritaria⁴⁰.

En la argumentación jurídica la *justificación* de una solución puede ser *interna* —en su concepción formal, que emplea argumentos de tipo lógico o deductivos—, y *externa* —diferenciándose entre la concepción material (que, más allá de la corrección formal, su objetivo es descubrir, examinar y ofrecer buenas razones para entender una premisa como válida) y la concepción dialéctica (la cual opera como una interacción lingüística, que tiene como objetivo convencer a la comunidad jurídica de que se trata de una solución aceptable)—⁴¹.

sulte innecesario formular argumento alguno para avalarlas, produciendo así conclusiones que son aceptables sin realizar un gran esfuerzo argumentativo. Un «caso difícil» será aquel en el que se presenten: 1) Problemas de relevancia (se duda sobre qué norma es la aplicable); 2) Problemas de interpretación (se duda sobre cómo debe entenderse la norma aplicable al caso); 3) Problemas de prueba (se duda sobre si un hecho ha tenido lugar o no); 4) Problemas de calificación (se duda sobre si un determinado hecho entra dentro del ámbito de aplicación de un elemento normativo, dentro del supuesto de hecho previsto en una norma). Un «caso trágico» sería aquel que puede ser calificado como un dilema, donde cualquier solución que se plantee supone el sacrificio de un valor de los considerados como fundamentales. *Vid.*, ATIENZA, *El sentido del Derecho*, Editorial Ariel, 2.ª Edición, Barcelona, 2003, pp. 244 a 264. Por lo que se refiere a los casos fáciles y difíciles, resulta también de interés NAVARRO, P. E., «Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho», *DOXA*, n.º 14, Alicante, 1993, pp. 243 a 268.

³⁹ En cuanto al concepto de auditorio universal y particular, *Vid.*, PERELMAN, C. / OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación* (trad. Julia SEVILLA MUÑOZ), Editorial Gredos, Madrid, 1989, p. 52 y ss.; y AARNIO, «La tesis...», *op. cit.*, pp. 33 y ss.

⁴⁰ En sentido similar, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Prevaricación e interpretación judicial (A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010, por el que se deniega el sobreseimiento pedido por el Juez Baltasar Garzón en la causa de la «Guerra civil»)», *Diario La Ley*, n.º 7367, 23 de marzo de 2010.

⁴¹ Cfr., ATIENZA, *El sentido*, *op. cit.*, pp. 258 y 263.

Las tres citadas concepciones se erigen en un papel muy importante en el ámbito de la argumentación jurídica y, por ende, también para determinar la inaceptabilidad de una justificación a los efectos del delito de prevaricación judicial. Conforme a lo anterior se entendería cometido este primer presupuesto si el juez, bien de forma aislada, alternativa o cumulativa, emplea: 1) argumentos absolutamente ilógicos; 2) fija premisas inválidas o injustificables; 3) o, en su fundamentación —si es que ésta existe—, no logra convencer a la comunidad jurídica de que su decisión es aceptable, dentro del momento histórico en el que la resolución sea dictada.

En otro orden de cosas, aunque no por ello menos importante, cabe realizar una mención al papel de la infracción de la jurisprudencia como una forma de cometer el delito de prevaricación judicial. En tal sentido es importante destacar que, según lo previsto en el artículo 1.6 del Código Civil, la jurisprudencia ejerce una función complementadora de nuestro ordenamiento jurídico. Aunque con carácter formal se trata de una fuente indirecta del Derecho, su transcendencia práctica es ciertamente enorme dado que los *casos* se resuelven a base de repetir la constante y reiterada jurisprudencia; pero, es más, en ocasiones las fuentes normativas primarias que manejan los profesionales del Derecho son las que vienen con las adiciones e interpretaciones incorporadas al texto legal por los Tribunales superiores. Por tanto, la jurisprudencia tiene un valor psicológico y práctico mucho mayor de lo que, en un principio, parece sugerir el Código Civil⁴².

La cita de determinada jurisprudencia, empleada a modo de argumento de autoridad, no es independiente ni autónoma de los métodos de interpretación previstos en el citado artículo 3 del Código Civil; sino que, muy al contrario, la jurisprudencia se apoya en el uso de tales criterios de interpretación. Por ello mismo, apartarse de la jurisprudencia no significa, *per se*, adoptar una resolución fuera de toda justificación o razonabilidad. Este punto adquiere especial importancia si se tiene en cuenta el principio de independencia judicial previsto en el art. 117.1 de la Constitución española.

Desde nuestro punto de vista lo realmente importante en tal supuesto no es determinar si el juzgador se ha apartado o no de un criterio jurisprudencial concreto⁴³, sino si la solución finalmente escogida en la reso-

⁴² Por lo que se refiere a los efectos materiales de la doctrina jurisprudencial reiterada del Tribunal Supremo, *Vid.*, NIETO, «Valor legal y alcance real de la jurisprudencia», *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, N.º 8-9, 2001-2002, pp. 105 y 106.

⁴³ Según BENLLOCH, no puede acudir al criterio de la disconformidad con la doctrina del Tribunal Supremo para perfilar lo que ha de entenderse por resolución injusta. Tal criterio vulneraría el principio de independencia judicial. *Vid.*, BENLLOCH PETIT, G., «¿Prevarica el juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo? Comentario crítico a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, del 11 de diciembre de 2001 (Caso Santiago Raposo)», *Anuario de Derecho Penal*, 2005, pp. 244 y 245.

lución judicial definitiva puede ser entendida mediante algún método de interpretación admitido en Derecho, o si existen razones debidamente justificadas para apartarse de un criterio u orden superior, de modo que la decisión judicial no pueda ser calificada de inaceptable⁴⁴. Por tanto, quedaría fuera del ámbito de aplicación del tipo penal la discrepancia de criterio con el órgano superior siempre y cuando la misma se realice desde el discurso de la racionalidad, y se llegue a una solución jurídica razonable o aceptable.

ii) Segundo presupuesto: Afectación a la posición jurídica de una de las partes del proceso

Como es natural, el examen de este presupuesto se producirá únicamente después de haberse apreciado la concurrencia del primer presupuesto, esto es, la ausencia total de razonabilidad de la resolución que se reputa prevaricadora, pues lo contrario carecería de lógica. Su análisis se habrá de realizar con independencia de que la afectación a alguna de las partes del procedimiento pueda suponer una vulneración de un derecho fundamental que, asimismo, pueda ser considerado un hecho delictivo, en cuyo caso se producirá un concurso de delitos⁴⁵ —cuestión que aquí tampoco es objeto de estudio—.

Este segundo presupuesto operaría como un mecanismo para excluir del tipo objetivo aquellas conductas que, por su poca o insuficiente gravedad, sean irrelevantes penalmente. De esta forma quedarían fuera del ámbito de protección de la norma las resoluciones que, aunque sean injustificables desde cualquier punto de vista, no puedan llegar a afectar potencialmente la posición jurídica de alguna de las partes, lo que vendría dado por el ya referido principio de fragmentariedad del Derecho Penal.

No podemos perder de vista que, en un procedimiento judicial, sea del orden jurisdiccional que sea, es muy fácil que cualquiera de las partes implicadas se vea perjudicada. El proceso es en sí mismo la pugna entre diversos intereses particulares, sobre los que el juzgador deberá fallar con ecuanimidad. De este modo, cuando hablamos de este presupuesto,

⁴⁴ Tal como se dice en la STC n.º 160/1993, de 17 de mayo de 1993, F.D. 2.º: «(...) la existencia de una determinada línea jurisprudencial no implica que ésta haya de ser seguida necesariamente por los Tribunales inferiores, que en uso de su autonomía e independencia judicial (art. 117 Const. España) pueden lícitamente discrepar del criterio sostenido por el Tribunal Supremo sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, al tratarse de órganos judiciales diferentes. Tal diferencia de criterios tampoco atenta contra el derecho a obtener tutela judicial efectiva en cuanto sus resoluciones sean producto de una aplicación reflexiva y razonada del ordenamiento jurídico».

⁴⁵ Tal como sucedió, a modo meramente ejemplificativo, en la STS 79/2012, de 9 de febrero de 2012, en la que se condenó, además de por un delito de prevaricación judicial previsto en el artículo 446.3 del Código Penal, también por un delito de interceptación de comunicaciones telefónicas del artículo 536 de dicho cuerpo legal.

no estamos refiriéndonos al efecto negativo o perjuicio que el Derecho pudiera tener previsto a la parte (que, por ejemplo, haya incumplido sus obligaciones o que haya infringido la ley); nos referimos a la potencial afectación de la posición jurídica o, incluso, la eventual vulneración de un derecho fundamental, que la parte afectada no deba soportar conforme al Derecho, y que deberá ser consecuencia misma de la ausencia total de justificación de la resolución judicial reputada prevaricadora. En otras palabras, nadie debe sufrir un perjuicio que jurídicamente no le corresponda⁴⁶. Tal principio general vendría dado como una consecuencia de la obligación de los jueces y magistrados de ejercer su función con sujeción al imperio de la ley, y de decidir aplicando únicamente el Derecho en la forma prevista en el art. 117.1 de nuestra Constitución⁴⁷.

No obstante, la prevaricación judicial, como delito de mera actividad, no exige como tal un resultado concreto. Lo que se requiere es que el juez materialice su acción en forma de resolución, con la infracción de su deber de vinculación para con el ordenamiento jurídico, y que dicha resolución afecte potencialmente a la posición jurídica o a los derechos fundamentales de alguna de las partes. Este segundo presupuesto no supone que deba exigirse la constatación *ex post* de un resultado lesivo en cuanto a la esfera de intereses subjetivos de las partes. Lo que se dice es que *la actividad* de dictar una resolución *debe ser lesiva por sí misma* para la posición jurídica de alguna de las partes en el procedimiento, aunque la misma no suponga finalmente un efectivo perjuicio.

Como ha indicado cierto sector doctrinal, los daños causados como consecuencia de la resolución injusta no constituyen el resultado típico. En el delito de prevaricación judicial, para consumar el delito, además de la mera infracción por parte del juez de su deber de vinculación al ordenamiento jurídico, es necesario que dicha infracción cristalice en una resolución de la cual se derive algún efecto para la posición jurídica de alguna de las partes del proceso y, sólo en ese momento, la institución de la administración de justicia se verá afectada. Únicamente en este sentido puede considerarse la prevaricación judicial como un delito de resultado, si bien es importante precisar que no se trata de exigir necesaria-

⁴⁶ En ARISTÓTELES, *Retórica*, 2010b, 1366b, 37, se define la justicia como «la virtud mediante la cual todos y cada uno tienen lo suyo, y como manda la ley; e injusticia, mediante la cual lo ajeno, no como manda la ley». O, dicho sea de otro modo, la «injusticia» en el sentido aquí empleado consistiría en que la parte soporte un perjuicio que no deba ser asumido por ella según lo dispuesto en la ley.

⁴⁷ En la STS n.º 2/1999, de 15 de octubre de 1999, se señala que la prevaricación supone un grave apartamiento del derecho, de manera que «(...) no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes del proceso, sino en la postergación por el autor de la validez del derecho o de su imperio y, por lo tanto, en la vulneración del Estado de Derecho, dado que se quebranta la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho, en la forma prevista en el art. 117.1 CE». Si bien, debe matizarse que la postergación de la validez del Derecho y de su imperio, puede conllevar también la lesión de determinados bienes jurídicos individuales de las partes del procedimiento.

mente un daño concreto a la esfera de los intereses de las partes, puesto que tales intereses quedan fuera del ámbito de protección de la norma⁴⁸.

Por otro lado, es difícil cuestionar que las resoluciones «injustas» o «irrazonables», al menos desde un plano genérico, afectan de un modo u otro al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva y, consecuentemente, al bien jurídico de la recta administración de justicia⁴⁹. Sin embargo, el grado de rechazo de la resolución judicial por parte de la comunidad jurídica será superior cuando además se produzca una concreta vulneración, injustificada y grave, de un derecho fundamental (como pudiera ser, v.gr., la restricción arbitraria de la libertad de una persona). O dicho de otra forma, a mayor grado de afectación de un derecho fundamental de las partes, mayor propensión a que la resolución sea considerada inaceptable por la comunidad jurídica particular.

En este sentido, resulta de importancia la cuestión relativa a la colisión y restricción de los derechos fundamentales, cuya solución deberá llevarse a cabo mediante la técnica de la ponderación⁵⁰ de los distintos valores o intereses constitucionalmente protegidos⁵¹. El sacrificio injustificable de un derecho fundamental, afectándolo gravemente, colmará las exigencias del tipo de prevaricación judicial. Así sucedió en el supuesto de hecho de la STS n.º 79/2012, de 9 de febrero de 2012, donde el valioso derecho de defensa —elemento estructural del proceso penal— fue inaceptablemente restringido, al suprimir la confidencialidad de las comunicaciones mantenidas entre el imputado privado de libertad provisionalmente y su letrado, sin que existiese indicio de criminalidad contra estos últimos, ello sustentado únicamente en el argumento de la gravedad del hecho delictivo imputado al investigado. Tal como se dice en el F. D. 12º de dicha sentencia: «La resolución es injusta, pues, en tanto que arbitrariamente restringe sustancialmente el derecho de defensa de los imputados en prisión, sin razón alguna que pudiera resultar mínimamente aceptable». Claro ejemplo, el anterior, de una ponderación irrazonable con resultado de lesión grave de un derecho fundamental, que afectó a uno de los imputados del procedimiento penal.

⁴⁸ Véase, RAMOS TAPIA, *El delito...*, *op. cit.*, pp. 367 y 368, nota n.º 859.

⁴⁹ En cuanto a la afectación de la recta administración de justicia desde un plano genérico, y su concreción en la vulneración del derecho a la libertad, por parte de las resoluciones discutibles e incluso injustas, resulta de interés el voto particular emitido por el Ilmo. Sr. D. Arturo Beltrán Núñez, en la STSJ Madrid n.º 18/2014, de 6 de octubre de 2014, apartados J y K.

⁵⁰ Según ALEXY, la ley de la ponderación puede dividirse en tres pasos: «En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro». Cfr., ALEXY, «La fórmula del peso», 2008, p. 16.

⁵¹ En términos similares, sobre la restricción de los derechos fundamentales, *Vid.*, DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 114.

Podrían surgir dudas en la aplicación práctica de la interpretación que aquí se está sosteniendo si nos planteamos un hipotético supuesto de hecho en el que tanto el juez, como todas las partes del procedimiento, se ponen de acuerdo para dictar una resolución totalmente irrazonable ya que, en tal caso, se diría que al no existir una parte —propiamente— perjudicada no concurriría el segundo de los presupuestos. La consecuencia jurídico-penal de esa argumentación nos llevaría a la afirmación de que dicha resolución judicial nunca podría ser calificada de prevaricadora. Pues bien, pese a lo que se acaba de apuntar, creemos que el problema que se plantea no existe en realidad. Este segundo presupuesto se concibe en términos de potencialidad lesiva, lo que supone que debe hacerse un examen *ex ante* de la gravedad de la conducta desplegada por el juez. No puede olvidarse que en el delito de prevaricación judicial quedan fuera del ámbito de protección de la norma y, por ende, de la tipicidad del hecho, los daños concretos producidos a la esfera de los intereses de las partes. Esto es, si un juez dicta una resolución inaceptable que es capaz de menoscabar la posición jurídica de alguna de las partes del proceso —afectando a la *recta Administración de Justicia*—, será indiferente para la tipicidad del hecho que las partes del proceso se hayan mostrado conformes con la resolución reputada prevaricadora.

Pongamos de ejemplo el siguiente supuesto de hecho: juez del orden civil, demandante y demandado, estos dos últimos haciéndose pasar por terceras personas que no son realmente quienes dicen ser, con previo concierto ilícito de voluntades por parte de todos ellos (los tres sujetos), ejecutan un plan delictivo para fabricar una sentencia que les habilite iniciar un procedimiento ejecutivo y así embargar unos bienes de un tercero —el verdadero demandado— que en realidad, al haberle sido suplantada su identidad, no ha sido parte efectiva del procedimiento. Parece claro que la conducta descrita puede ser calificada, como mínimo, de prevaricación judicial en concurso con un delito de estafa procesal, sin que sea posible decir que la conformidad de las supuestas partes para con el acto prevaricador del juez le reste relevancia penal a su acto, en términos de tipicidad. Debemos recordar que en el Derecho Penal rige el principio de fragmentariedad y de subsidiariedad como un modo de racional limitación del *Ius puniendi* del Estado, motivo por el cual solamente pueden quedar fuera del tipo objetivo aquellas resoluciones irrazonables que por su nula o poca gravedad no afecten, o pudiesen afectar, a la Administración de Justicia y a los justiciables.

5. La irrazonabilidad de la resolución judicial en el caso Fernando Presencia

Empecemos por el final. En el caso Fernando Presencia el juez condenado realizó una interpretación y aplicación irrazonable, por un lado, del artículo 777 LECrim. que obligaba al Juzgado a practicar todas las

diligencias de investigación necesarias para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, y de la autoría de las mismas; y, por otro lado, del artículo 779. 1.º y 2.º LECrim., al haber acordado en falso el sobreseimiento provisional del delito de omisión del deber de socorro, y el sobreseimiento libre respecto del delito imprudente de lesiones, transformando el procedimiento a un juicio de faltas. Esto es, el torcimiento del Derecho se produjo en la resolución judicial de sobreseer las Diligencias Previas (en un principio oralmente el 26 de marzo de 2014, y después de forma documentada en los autos de 27 de marzo y 27 de junio de 2014). Fue en ese momento cuando se materializó la arbitrariedad judicial que otorga relevancia penal a los hechos⁵².

Ahora bien, pero ¿sobre la base de qué motivos se debe considerar que dicha resolución judicial es «injusta» a los efectos de colmar las exigencias del tipo objetivo del delito de prevaricación?

El Tribunal Supremo en este caso ha entendido que al haber estimado el juez condenado un recurso que defendía la eventual naturaleza delictiva de los hechos que eran objeto del procedimiento, ello le «obligaba a abordar cuantas actuaciones estuvieran encaminadas a averiguar la perpetración del delito, así como esclarecer las circunstancias que pudieran influir en su calificación y la culpabilidad de quienes puedan ser los responsables». Esa es la finalidad natural del proceso de investigación. A tal objeto, «resulta evidente para cualquiera investigación mínimamente rigurosa, que el descubrimiento de lo verdaderamente acontecido no puede alcanzarse si exclusivamente se considera la versión de la persona sospechosa». Por este motivo, «la decisión [de sobreseer las actuaciones] no sólo se precipitó respecto de cualquier indagación, sino que resultaba contraria a los pocos indicadores que se habían recabado».

Por lo que se refiere al delito de omisión del deber de socorro, éste «se sobreseyó por no acreditarse la perpetración del delito, lo que resulta esperable si la versión del inculpado, no se advera o contrasta con el atestado o con los testigos que sustentaban la realidad contraria»; y respecto del delito de lesiones imprudentes, «[n]ada se expresa en la decisión de porqué se entiende que la imprudencia tenía la consideración legal de leve, en orden a considerar los hechos constitutivos de una falta de lesiones». Al limitarse la investigación únicamente a escuchar la versión del denunciado, parece que «quien dirige la investigación ha abandonado el compromiso de querer averiguar lo verdaderamente sucedido». La injusticia de la resolución residiría, en suma, en la «radical desatención del derecho aplicable, así como [en] la tergiversación de los argumentos

⁵² Según la propia STS n.º 585/2017, la decisión que determina el delito de prevaricación no es aquella que ordenó incoar un procedimiento por faltas, así como su inmediato sobreseimiento por ausencia de denuncia previa, sino que lo es la resolución que dio por finalizado el proceso por delito que el Juez terminó incoando después (tras estimar un recurso de reforma, al apreciar que podría estarse ante un delito imprudente de lesiones).

de sobreseimiento y la ausencia de cualquier argumentación judicial respecto a la declaración de falta» (que el proceder judicial del condenado estuviese impulsado por su intención de favorecer a su amigo el conductor investigado es una cuestión que afecta en todo caso al tipo subjetivo).

Compartiendo en esencia el criterio del Tribunal Supremo, a nuestro parecer la decisión de sobreseimiento es «injusta» a los efectos de tipicidad objetiva, pero porque es «irrazonable», dado que concurren los dos presupuestos jurídicos necesarios para ello: esto es, en atención a las circunstancias concretas del caso, el sobreseimiento acordado recogió una fundamentación que es inaceptable en Derecho, afectando como consecuencia de ello a la posición jurídica del denunciante en las Diligencias Previas.

En cuanto al *presupuesto de la inaceptabilidad de la justificación jurídica* empleada en la resolución judicial, debe comprobarse, en primer lugar, que de entre todas las soluciones jurídicas posibles el juez acusado eligió la peor, al punto de que ésta sea *per se* reprobable por la comunidad jurídica en que se dicte la resolución. Sólo así podrá hablarse de que estamos ante una justificación inaceptable en términos jurídicos⁵³.

Pues bien, descendiendo al caso Fernando Presencia, el artículo 777 LECrim. recoge una norma discrecional que permite al Juez acordar cualesquiera clases de diligencias de investigación que sean necesarias, pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos; de igual modo que el artículo 779 LECrim. permite el sobreseimiento cuando se estime que el hecho no es constitutivo de delito, o cuando no se aprecien indicios de criminalidad. Es decir, el juez tenía la amplia facultad para decidir, libre y prudencialmente, sobre qué diligencias de investigación eran necesarias para esclarecer los hechos que eran objeto del procedimiento penal.

En un caso tan sencillo —o, mejor dicho, *fácil*— como el aquí instruido (un atropello de un peatón y la posterior fuga), el juez tenía poco margen de maniobra, ya que estaba obligado a investigar unos hechos que él mismo había apreciado con apariencia delictiva. Donde, en cambio, el juez sí tenía amplio margen de discrecionalidad era en cuanto al *cómo llevar a cabo la investigación* y a *qué diligencias practicar* para esclarecer la verdad. Pero, en todo caso el juez tenía la obligación de investigar. He ahí donde radica la injustificación de la solución jurídica adoptada por el condenado: archivar unas Diligencias Previas de forma objetivamente caprichosa, sin confrontar con otras pruebas de cargo la versión

⁵³ Nada importa para la determinar la irrazonabilidad de la resolución el hecho de que el juez prevaricador fuera amigo del abogado al que finalmente terminó favoreciendo al archivar la causa, pues tal circunstancia corresponde, más bien, al tipo subjetivo, pues explica la actuación del sujeto activo del delito; pero nada aporta a la determinación de la inaceptabilidad de la argumentación jurídica empleada en la resolución judicial de sobreseimiento.

exculpatoria de los hechos sostenida por el denunciado, en una fase muy inicial del procedimiento penal. Con estos mimbres, para convencer de la bondad de sobreseer de una forma tan repentina y prematura, debía darse una justificación extremadamente convincente por parte del juez (la cual no llegó nunca, ni tan siquiera en el momento en que desestimó el recurso de reforma mediante auto de 27 de junio de 2014, ya que el juez dio por reproducida la tergiversada argumentación empleada para sobreseer las actuaciones).

Atendiendo a los fundamentos del elemento de la «injusticia» de la resolución judicial, entendida como «irrazonabilidad», toda justificación jurídica debe atender a unos criterios racionales que deben generar, además, un consenso de aceptabilidad en la comunidad jurídica particular del momento histórico y social en el que nos movamos. Así, la decisión judicial reputada prevaricadora en el caso Fernando Presencia carecía de justificación interna, externa y dialéctica. Veámoslo.

En primer lugar, la argumentación jurídica empleada en la resolución prevaricadora es ilógica desde un punto de vista interno porque la interpretación dada a los artículos 777 y 779 LECrim. es frontalmente contraria a su tenor gramatical y finalidad, pues vulneró el principio de legalidad en el proceso penal y de búsqueda de la verdad material que rige en él. Y es que, en efecto, el proceso penal por sí mismo nace para investigar y perseguir unos hechos de apariencia delictiva, hasta conseguir, en su caso, una condena, y para ello es necesario contrastar la versión acusatoria (del denunciante) con la exculpatoria (del denunciado). Lo contrario sí que sería absurdo, pues resulta totalmente ilógico que el esclarecimiento de la verdad dependa únicamente de la declaración del sujeto sospechoso, sin contrastar su versión con otras pruebas de cargo.

Pero, además, en segundo lugar, tampoco la justificación jurídica es lógica desde un punto de vista externo, puesto que el juez fijó falsamente las premisas sobre las cuales cimentó su voluntad de archivar. No pudo el juez excluir cabalmente la existencia de una omisión del deber de socorro sin tomarle declaración al testigo presencial de los hechos, y sin esperar a recibir el atestado policial; ni tampoco pudo el juez valorar que la imprudencia fue leve si no se practicó ninguna diligencia que así lo acreditase. Así las cosas, al dictar el auto de sobreseimiento de 27 de marzo de 2014, el juez fijó falsa y arbitrariamente las premisas fácticas sobre las que acordó dicha decisión.

Y, en tercer lugar, desde un punto de vista dialéctico, resulta muy difícil convencer a la comunidad jurídica de que la decisión de sobreseer fue correcta, ya que esta decisión de archivo no se explica nada bien en una fase tan prematura de la instrucción. A ojos de cualquier técnico en Derecho, lo verdaderamente razonable hubiera sido haber practicado una mínima investigación. No era ni tan siquiera necesario que ésta fuese exhaustiva. Una vez agotada la instrucción, y ya con todas las pruebas de cargo y de descargo sobre la mesa, el juez tenía la plena y discrecional

facultad para apreciar, o no, la existencia de indicios de criminalidad frente al conductor del vehículo que causó las lesiones y que se dio a la fuga. Por ello mismo, no se justifica nada bien, frente a la comunidad jurídica particular, un archivo del procedimiento tan prematuro.

Por otro lado, en cuanto al *presupuesto de la afectación de la posición jurídica* del denunciante, la conducta reputada prevaricadora debe tener cierta relevancia penal en términos de potencialidad lesiva, para evitar que comportamientos escasamente dañinos puedan ser considerados típicos.

En el caso Fernando Presencia, ciertamente, consideramos que se ha producido un sacrificio injustificable de derechos fundamentales que determina la gravedad de la acción del juez. En este caso el juez condenado cercenó el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al debido proceso con todas las garantías, al haberle arrebatado al denunciante su derecho, como ofendido de los delitos, a que se esclarezcan los hechos de apariencia delictiva en los que éste ha resultado víctima. Este derecho fundamental, atendiendo a los hechos probados, no podía ser mutilado de esta manera. Una vez incoadas las Diligencias Previas, el peatón atropellado tenía pleno derecho a que se practicase una mínima investigación. Ello no quiere decir, en absoluto, que dicha parte acusadora tuviera derecho a obtener una condena en dicho procedimiento. Nada más lejos de la realidad, pues, como tiene afirmado el Tribunal Constitucional, el derecho de acción penal es un mero *ius ut procedatur*, no un derecho a la condena penal, ni a la apertura del juicio oral, ni siquiera a la incoación de la fase instructora⁵⁴; pero, ahora bien, una vez iniciada la fase instructora, ésta debe agotarse. Y, al hacer lo contrario, el condenado priorizó su voluntad personal, anteponiéndola al recto ejercicio de la función jurisdiccional, y le causó al denunciante un perjuicio jurídico significativo que no le correspondía asumir conforme a Derecho.

6. Conclusiones

En el caso Fernando Presencia estamos ante un claro ejemplo de resolución «injusta», entendida como «irrazonable». Como hemos podido comprobar, la fundamentación jurídica empleada en la resolución judicial prevaricadora resulta del todo injustificable desde un punto de vista interno, externo y dialéctico; y, además, perjudicó gravemente la posición jurídica del denunciante, otorgando relevancia penal a la conducta del juez, que afectó al recto ejercicio de la Administración de Justicia.

⁵⁴ De forma constante y reiterada, *Vid.*, SSTC n.º 93/2003, de 19 de mayo, n.º 81/2002, de 22 de abril, n.º 115/2001, de 10 de mayo, n.º 81/2001, de 22 de abril, n.º 211/1994, de 13 de julio, n.º 40/1994, de 15 de febrero, n.º 37/1993, de 8 de febrero, n.º 191/1992, de 16 de diciembre, n.º 83/1989, de 10 de mayo, y n.º 203/1989, de 4 de diciembre.

Así, a la escasa lista de condenas existentes por prevaricación judicial, se une la conducta delictiva consistente en archivar unas Diligencias Previas de forma prematura, sin haber confrontado la declaración del investigado con otras pruebas de cargo que eran necesarias, útiles y pertinentes (tipo objetivo); conociendo el condenado que esta decisión judicial era tomada para favorecer a un amigo suyo, investigado en el procedimiento, para evitarle ser enjuiciado por sendos delitos de omisión del deber de socorro y de lesiones imprudentes (tipo subjetivo). No obstante, sólo lo que atañe al tipo objetivo interesa para determinar la «injusticia» o «irrazonabilidad» de la resolución.

A los efectos de la prevaricación judicial, en nuestra opinión, todo lo irrazonable es injusto, pero, en cambio, no todo lo razonable es justo, pues puede haber —y las hay— resoluciones razonables que infrinjan la legalidad (las cuales son revocadas en vía de recurso, por ejemplo). Por ello mismo consideramos que debe superarse la clasificación de las resoluciones entre justas e injustas, dado que, en la práctica, la injusticia se suele asimilar erróneamente a la mera infracción de la legalidad, cuando no es así. Esta falsa dicotomía al preguntarse si una resolución es justa o injusta, en vez de preguntarse si la resolución es razonable y en qué grado lo es, puede ser el motivo de que terminen fracasando el 98'48% de las querellas interpuestas por delitos de prevaricación judicial.

Lo que diferencia una resolución incorrecta (razonable) de una resolución injusta (irrazonable), es que la primera es racional, aunque pueda ser discutible o equivocada, y la segunda es totalmente irracional, inexplicable en modo alguno. Así, quedan fuera del ámbito de protección de la norma todas aquellas resoluciones que sean consideradas razonables y, por tanto, irrelevantes desde el punto de vista penal. Dicho con otras palabras, la esencia del delito de prevaricación judicial no radica en dictar una resolución con una fundamentación insuficiente, de igual modo que la irrazonabilidad de una resolución no queda excluida con una motivación mayor o menormente extensa (como sucedió en el caso Fernando Presencia).

Más allá del eterno dilema sobre lo que es justo y lo que es injusto (independientemente de su carácter manifiesto o no manifiesto), debería sustituirse el término «injusto» por el de «irrazonable», trasladando el debate, de forma clara, al campo de la argumentación jurídica, donde creemos que la doctrina tiene mucho que decir al respecto. No podemos olvidar que la prevaricación judicial es un delito cometido por técnicos en Derecho, y, precisamente por este motivo, los instrumentos necesarios para detectar y denunciar la irrazonabilidad de una resolución judicial deberían ir de la mano de la disciplina que estudia la argumentación jurídica.