

# Especialidades del proceso penal por prevaricación judicial

M<sup>a</sup> Dolores Fernández Fustes

Universidad de Vigo  
Facultad de Derecho

### *Abstract*

*El presente trabajo tiene por objeto analizar las especialidades del proceso penal que se siga contra jueces y magistrados por la comisión de un delito de prevaricación judicial. La responsabilidad de los jueces y magistrados es una consecuencia ineludible de su independencia y la garantía de su sumisión al imperio de la ley. Centraremos nuestro análisis en el proceso para exigir responsabilidad penal a los jueces y magistrados, circunscribiendo nuestro estudio a las especialidades del proceso penal incoado por un delito de prevaricación judicial.*

*This paper analyses the specialties of criminal prosecution against judges for making of an unfair decision. The responsibility of judges is consequence of their independence and ensures their submission to the rule of law. Our analysis is focus on the criminal responsibility of judges and confine to the study of the specialties of criminal prosecution for judicial corruption offense.*

*Title: Specialties of criminal prosecution for judicial corruption offense*

*Palabras clave: Prevaricación judicial, acusador particular, acusador popular, Ministerio Fiscal, responsabilidad personal del juez, independencia judicial, responsabilidad civil*

*Keywords: Judicial corruption, private prosecutor, public prosecutor, judicial responsibility, judicial independence, civil liability*

### *Sumario*

- 1. Introducción**
- 2. Resoluciones incluidas en el delito de prevaricación judicial**
- 3. Formas de iniciación del procedimiento**
  - 3.1. Por providencia**
  - 3.2. Querella del Ministerio Fiscal**
  - 3.3. Querella del ofendido o perjudicado**
  - 3.4. Ejercicio de la acción popular**
- 4. Admisión de la querella a trámite**
- 5. Ejercicio de la acción civil en el proceso penal por prevaricación judicial**
- 6. Procedimiento por el que se tramita**
- 7. Efectos de la iniciación del proceso penal por prevaricación judicial**
- 8. Tabla de sentencias**
- 9. Bibliografía**

## ***1. Introducción***

La responsabilidad de los jueces y magistrados es una consecuencia ineludible de su independencia y la garantía de su sumisión al imperio de la ley. Precisamente, el art. 117.1 CE se refiere a la responsabilidad como uno de los principios que caracterizan a los titulares de la potestad jurisdiccional, y en ello insiste el [art. 1 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial \(BOE núm. 157, de 2.7.1985; en adelante, LOPJ\)](#) al señalar que “la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley”.

El art. 16 LOPJ dispone que “los jueces y magistrados responderán penal y civilmente en los casos y en la forma determinada en las leyes, y disciplinariamente de conformidad con lo establecido en esta Ley”. Por tanto, la responsabilidad de los jueces y magistrados por los actos u omisiones que realicen en el ejercicio de sus cargos puede ser de tres clases: civil, penal y disciplinaria<sup>1</sup>. De estas tres clases de responsabilidad nos centraremos en el análisis de la responsabilidad penal, circunscribiendo nuestro estudio al delito de prevaricación judicial.

El Código Penal de 1995 regula, por primera vez, el delito de prevaricación en el Capítulo I del Título XX dentro de los delitos contra la Administración de Justicia<sup>2</sup>. Dentro del mencionado capítulo se incluyen tres conductas claramente diferenciadas: en primer lugar, el retardo malicioso en la Administración de Justicia (art. 449 CP); en segundo lugar, la negativa a juzgar (art. 448 CP) y, finalmente, el delito de prevaricación judicial. El presente trabajo se centrará, precisamente, en analizar las especialidades del proceso penal incoado por un delito de prevaricación judicial.

## ***2. Resoluciones incluidas en el delito de prevaricación judicial***

Al referirse al delito de prevaricación, el Código Penal prevé que comete este delito el Juez o Magistrado que dictare, a sabiendas o por imprudencia grave o ignorancia inexcusable, sentencia o resolución injusta (arts. 446 y 447 CP).

---

<sup>1</sup> Sobre la relación existente entre independencia y responsabilidad judicial véase MONTERO AROCA (1990, pp. 91 y ss.).

<sup>2</sup> En el CP de 1973, el delito de prevaricación estaba regulado en el Título VII, destinado a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, en concreto en el Capítulo I, arts. 351 a 361. Sin embargo, en la regulación actual de la materia el legislador, partiendo del bien jurídico protegido, optó por incluir el delito de prevaricación judicial en el Título dedicado a los “Delitos contra la Administración de Justicia”, arts. 446 a 449, diferenciándola así de la prevaricación de los funcionarios públicos que está regulada en el Capítulo I del Título XIX dentro de los “Delitos contra la Administración Pública”. La mayoría de la doctrina penal venía reclamando esta inclusión de la prevaricación judicial en el Título dedicado a los delitos contra la administración de justicia. En este sentido véanse, entre otros, LUZON PEÑA (1982, p. 781) y MAGALDI (1983, p. 1189).

Es evidente que con la expresión sentencia se hace referencia a la resolución judicial a través de la cual se decide de forma definitiva la causa. Por lo que el problema surge a la hora de determinar como debe ser interpretada la expresión “resolución”.

Al analizar que clase de resoluciones están incluidas en el delito de prevaricación judicial debemos partir necesariamente de la condición del autor del delito que es un juez o un magistrado. No obstante, ello no es suficiente para concretar a través de que clase de resoluciones se entiende cometido este delito, ya que en el ejercicio de las distintas funciones que tiene encomendadas, el juez dicta diversos tipos de resoluciones.

Los Jueces y los Magistrados determinados por las leyes tienen atribuida de forma exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). Pero, tradicionalmente, además de esta función se les han ido encomendando otras funciones no jurisdiccionales, como por ejemplo la llevanza del Registro Civil, la intervención en actos de jurisdicción voluntaria, la participación en jurados provinciales de expropiación y en los procesos electorales<sup>3</sup>.

Por ello, para concretar el tipo de resoluciones a través de las cuales se puede cometer el delito de prevaricación judicial debemos tener presente necesariamente que el bien jurídico protegido es la administración de justicia. Esto nos permite ceñir el ámbito de este tipo de delito a las resoluciones que derivan del ejercicio de su potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado<sup>4</sup>. Por lo que podemos concluir que sólo las resoluciones de naturaleza jurisdiccional quedan comprendidas en el tipo de prevaricación judicial<sup>5</sup>.

Llegados a este punto cabe preguntarse que sucede cuando los jueces o los magistrados dictan resoluciones injustas en los asuntos en los que no ejercen potestad jurisdiccional, esto es en un asunto de carácter gubernativo, disciplinario o administrativo de cualquier tipo. La doctrina no es unánime en este punto. Así, un sector doctrinal entiende que en estos supuestos también puede darse una conducta prevaricadora, independientemente de que el acto formal a través del cual se comete el delito de prevaricación no adopte la denominación de sentencia, auto o providencia, o, por el contrario, se plasme en otro tipo de resolución: acuerdo, expediente, resolución gubernativa, etc<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Sobre el principio de exclusividad jurisdiccional véase MORENO CATENA (2012a, pp. 69 y ss.).

<sup>4</sup> Coincidimos con MORENO CATENA (2012a, p. 132) en que “las particularidades del régimen de responsabilidad personal de los jueces y magistrados se refieren exclusivamente a la que se derive de las actuaciones judiciales, con objeto de preservar su independencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional”.

<sup>5</sup> RAMOS TAPIA (2000, p. 216). En el mismo sentido FERRER BARQUERO (2002, p. 85).

<sup>6</sup> Así, GONZALEZ CUSSAC (2002, p. 29) afirma que “comprende cualquier tipo de resolución diferente de las sentencias, incluso la pronunciada en un procedimiento penal, y cualquier otra sentencia que no sea de índole penal, como las dictadas en el ámbito gubernativo o en el Registro Civil”. Igualmente, GOYENA HUERTA (2002, p. 31). En este mismo sentido se ha pronunciado la STS, 2<sup>a</sup>, de 24.6.1998 (RJ 1998\5694; MP: Eduardo Móner Muñoz), al señalar que “sin embargo, olvida el impugnante, como señala el Ministerio Fiscal, que aquel precepto expresa que son las resoluciones del orden jurisdiccional, con lo que claramente está admitiendo que los jueces tienen en el ejercicio de sus funciones, capacidad para dictar otras resoluciones, que no tengan tal carácter, como

Otro sector de la doctrina entiende que las resoluciones que puedan dictar los Jueces y Magistrados en asuntos gubernativos, disciplinarios o administrativos no se pueden incluir en el delito de prevaricación judicial, por no tener nada que ver con la función jurisdiccional y estar fuera del ámbito del deber que comporta dicha función<sup>7</sup>.

A nuestro juicio, el hecho de que los miembros del Poder Judicial participen en la realización de funciones distintas a las puramente jurisdiccionales, como por ejemplo en Juntas electorales o en Jurados provinciales de expropiación forzosa, no determina que las resoluciones que dicten en el ejercicio de esas funciones tengan naturaleza jurisdiccional. De ahí, que la responsabilidad penal en estos casos deberá exigirse a través del cauce de la prevaricación administrativa<sup>8</sup>, diferenciándose claramente entre la responsabilidad penal por dictar resoluciones injustas en asunto administrativo y la responsabilidad penal por dictar resoluciones injustas en el ámbito de la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Así, únicamente quedarían incluidas en el tipo de la prevaricación judicial aquellas resoluciones de los jueces y tribunales que tuvieran naturaleza jurisdiccional. Además, entendemos con RAMOS TAPIA, que incluso quedarían fuera del ámbito de protección del delito aquellas decisiones que dictadas en el seno del propio proceso, calificables como injustas, pero que no tienen carácter jurisdiccional, como las advertencias y correcciones que por recaer en personas que estén sujetas a jurisdicción disciplinaria, se imponen en la misma sentencia (art. 244 LOPJ)<sup>9</sup>. Centrándonos ya en el ejercicio de la función jurisdiccional, se hace necesario determinar si todas las resoluciones que dictan los jueces y magistrados a lo largo de la sustanciación de un proceso están incluidas en el ámbito del delito de prevaricación judicial.

---

son las dictadas en el ámbito gubernativo –art. 244.1 LOPJ– o en el Registro Civil, como expresamente se indica en el art. 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues, tal función le viene atribuida por el artículo 17.4 de la Constitución Española, cuyo registro, a tenor del artículo 86.1 de dicha ley se halla a cargo de los Jueces de primera instancia, y por delegación de éstos, de los de Paz. Se requiere que se dicte una resolución. Por tal, se ha venido entendiendo cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecta a los derechos de los administrados, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral. Así, con independencia de cuál sea la forma que revista la resolución, lo esencial es que ésta posea en sí misma un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio. Las resoluciones pueden ser verbales, pues esta forma no está prohibida en el ordenamiento jurídico”.

<sup>7</sup> En este sentido se ha manifestado la mayoría de la doctrina. Así véanse: ÁLVAREZ GARCIA (1987, p. 134); BENEYTES MERINO (1997, p. 4183); FERRER BARQUERO (2002, p. 86) y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (1980, p. 130). También en esta línea se manifiesta RAMOS TAPIA (2000, pp. 220 y 221) ya que si bien afirma que “desde la perspectiva de la actividad realizada, podría discutirse la existencia de tan radical separación a efectos penales entre resoluciones dictadas por Jueces y Magistrados cuando son titulares de algún órgano judicial, y las que dictan cuando forman parte de un Tribunal administrativo”, concluye que “le parece plenamente defendible la opción de nuestro Código Penal de distinguir la responsabilidad penal por dictar resoluciones injustas en la administración de justicia, es decir, en el ejercicio del poder judicial, y la responsabilidad penal por dictar resoluciones injustas en asunto administrativo”.

<sup>8</sup> RAMOS TAPIA (2000, p. 220).

<sup>9</sup> RAMOS TAPIA (2000, p. 216).

El art. 245 LOPJ establece que “las resoluciones de los Jueces y Tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominarán: a) Providencias, cuando tengan por objeto la ordenación material del proceso; b) Autos, cuando decidan recursos contra providencias, cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad del procedimiento o cuando, a tenor de las leyes de enjuiciamiento, deban revestir esta forma; c) Sentencias, cuando decidan definitivamente el pleito o causa en cualquier instancia o recurso, o cuando según las Leyes procesales, deban revestir esta forma”.

Una cuestión que se suscita al analizar la clase de resoluciones que están incluidas en el tipo de prevaricación judicial, es determinar si el delito de prevaricación se puede cometer a través de una providencia.

El Código Penal de 1973 al regular el delito de prevaricación se limitaba a mencionar las sentencias y los autos<sup>10</sup>. Sin embargo, el Código Penal de 1995 en el art. 446 al regular las resoluciones judiciales que pueden dar lugar a la existencia del delito, se refiere a las sentencias o a cualquier resolución injusta. La redacción de este precepto plantea algunos problemas de interpretación, ya que no establece qué resoluciones están encuadradas en el tipo de la prevaricación. Del tenor literal del artículo parece colegirse que abarcaría cualquier tipo de resolución dictada por un Juez o Magistrado en el curso del proceso, esto es las sentencias, los autos y las providencias.

Sin embargo, esta es una cuestión controvertida entre la doctrina. Así, un sector de la doctrina viene entendiendo que las providencias no están incluidas en el delito de prevaricación. En este sentido, BENEYTEZ MERINO señala que están excluidas “porque en ellas no se hace valoración alguna ni se resuelve sobre una cuestión jurídica, por lo que no puede haber problema de justicia aunque sean procesalmente incorrectas”<sup>11</sup>. Asimismo lo entiende REIGOSA GONZALEZ para quien “la circunstancia de que las providencias queden reducidas a la ordenación material del proceso, determina su exclusión de las figuras de prevaricación, pues verdaderamente a través de ellas no se realiza función de juzgar en su propio sentido. En todo caso la posibilidad de su control penal último, se llevaría a cabo a través del auto que la confirmase, caso de ser desestimado el correspondiente recurso de reforma o reposición”<sup>12</sup>.

Otro sector de la doctrina entiende que las providencias deben incluirse entre las resoluciones que pueden dar lugar a la existencia del delito de prevaricación judicial<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> En este sentido afirma RAMOS TAPIA (2000, pp. 221 y ss.) que “el ACP, al distinguir expresamente el dictado de Autos injustos como un subtipo del delito de prevaricación dolosa (art. 355 ACP), no dejaba duda de que el delito no exige que la injusticia se cometa en una resolución definitiva como son las Sentencias o los Autos que ponen fin al procedimiento, sino que también los Autos dictados en la tramitación del proceso estaban incluidos en el ámbito típico”.

<sup>11</sup> BENEYTEZ MERINO (1997, p. 4183).

<sup>12</sup> REIGOSA GONZALEZ (1994, p. 91).

<sup>13</sup> GARCIA ARAN (1996, p. 187); ORTS BERENGUER (1996, p. 1882) y CANCIO MELIA (1997, p. 1176).

Consideramos que la expresión “resolución” utilizada por el legislador debe entenderse como comprensiva de todas las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales, esto es, sentencias, autos y providencias. Ahora bien, partiendo del tenor literal del art. 245 LOPJ, según el cual las resoluciones de los Jueces y Tribunales se denominarán providencias cuando tengan por objeto la ordenación material del proceso, parece claro que no podrá cometerse el delito de prevaricación cuando la providencia se limita a este cometido. Esto es, si la providencia se limita a la ordenación material del proceso es evidente que en la misma no se está llevando a cabo ninguna función jurisdiccional por lo que no estaría incluida en el delito de prevaricación judicial. Por tanto, entendemos con RAMOS TAPIA que “una resolución judicial sólo puede calificarse de injusta, a los efectos de la prevaricación, cuando en ella el juez decide o da una solución al caso que no puede justificarse como la querida por el Derecho, lo cual, desde luego, puede deberse tanto a la infracción de normas sustantivas como a la infracción de normas procesales esenciales en el procedimiento”<sup>14</sup> y en las providencias el Juez no decide una cuestión, ni definitiva ni incidental, sino que se limita a dar impulso al proceso<sup>15</sup>.

Así, podemos concluir que el delito de prevaricación judicial sólo se podrá cometer a través de una resolución que tenga contenido decisorio, quedando excluidos los actos de trámite<sup>16</sup>. Ahora bien, en algunas ocasiones nos encontramos con resoluciones que, a pesar de adoptar la forma de providencia, tienen el contenido propio de un auto y resuelven cuestiones esenciales de un asunto. Por tanto, a nuestro juicio habrá que atender no tanto a la forma que adopte la resolución sino a su contenido, es decir habrá que analizar si nos encontramos ante una resolución con contenido decisorio<sup>17</sup>.

Además el Código Penal de 1995 equipara las resoluciones injustas, siendo indiferente que las mismas se hayan dictado en un proceso civil, laboral o administrativo. Esta equiparación ha sido criticada por QUINTERO OLIVARES al considerar que es “simplificadora de problemas que tienen una diferente significación en el terreno del injusto material”<sup>18</sup>.

Una vez determinado a través de que clase de resoluciones puede entenderse cometido el delito de prevaricación judicial, cabe preguntarse si es necesario para poder iniciar el proceso por prevaricación judicial que la resolución prevaricadora sea firme. Al analizar esta cuestión encontramos una clara evolución de la jurisprudencia. Tradicionalmente, en una primera orientación fundamentada en el [art. 758 Real Decreto de 14.9.1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento criminal \(en adelante, LECrim\)](#)<sup>19</sup>, se afirmaba que un presupuesto ineludible para

---

<sup>14</sup> RAMOS TAPIA (2000, p. 224).

<sup>15</sup> GARCIA ARAN (1990, p. 105) y RAMOS TAPIA (2000, p. 224).

<sup>16</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (1980, p. 85).

<sup>17</sup> RAMOS TAPIA (2000, p. 225).

<sup>18</sup> QUINTERO OLIVARES (2004, p. 2183).

<sup>19</sup> Este artículo 758 ha sido derogado por la [Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal de Jurado \(BOE núm. 122, de 23.5.1995; en adelante, LOTJ\)](#). Según disponía dicho artículo “cuando el antejuicio tuviere por objeto alguno de los delitos de prevaricación relativos a sentencias injustas, no podrá promoverse hasta después de terminados por sentencia firme el pleito o causa que dieren motivo al procedimiento”.

la admisión a trámite de la querrela por prevaricación judicial era la firmeza de la resolución a través de la cual se había cometido el delito. En este sentido, la STS, 2<sup>a</sup>, de 10.10.1995 (RJ 1995\7549; MP: Fernando Cotta Márquez de Prado) señalaba que “no podrá promoverse querrela de antejuicio por el delito de prevaricación relativo a sentencias injustas -en este supuesto varios autos- hasta después de terminado por sentencia firme el pleito o causa que dieren motivo al procedimiento (...) Sentado lo anterior resulta también incuestionable la necesidad de desestimar el motivo primero de mencionado recurso, en cuanto que, en este supuesto, falta la condición de procedibilidad precisa para juzgar los hechos a los que se les califica de delito de prevaricación al no constar haya finiquitado por sentencia o resolución firme el proceso en que se adoptaron las decisiones judiciales a que se atribuye la referida infracción”.

Sin embargo actualmente, tras la derogación del art. 758 LECrim, la jurisprudencia entiende que no será necesario que la resolución sea firme para poder iniciar el proceso por prevaricación judicial<sup>20</sup>. Así, la STS, 2<sup>a</sup>, de 11.12.2001 (RJ 2002\1792; MP: Joaquín Giménez García) afirma que “se confunde, lamentablemente, los términos de injusticia y de recurribilidad. La injusticia de una resolución en el sentido objetivo que se sostiene, no depende de la posibilidad de subsanación a través del sistema de recursos. Es cierto que la grave desviación que supone una resolución injusta, puede ser revocada si es recurrida, pero el recurso no elimina ni sana el injusto típico realizado por el Juez o Tribunal, por ello la exigencia de que la resolución sea firme ni la exige el tipo penal ni puede estimarse como requisito de perseguibilidad. La resolución injusta lo es ‘per se’ y como tal constituye una resolución prevaricadora”.

### ***3. Formas de iniciación del procedimiento***

El art. 405 LOPJ dispone que “La responsabilidad penal de los Jueces y Magistrados por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de las funciones de su cargo se exigirá conforme a lo dispuesto en esta Ley”. En concreto, para exigir responsabilidad penal habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 406 y ss. LOPJ.

Según prevé el art. 406 LOPJ “el juicio de responsabilidad penal contra Jueces y Magistrados podrá incoarse por providencia del Tribunal competente o en virtud de querrela del Ministerio Fiscal, o del perjudicado u ofendido, o mediante el ejercicio de la acción popular”.

---

<sup>20</sup> A juicio de DEL MORAL GARCIA (2002, p. 2466) la exigencia en el caso de sentencias de que la causa en la que recayó la resolución prevaricadora haya finalizado por decisión firme, es una cautela que debería haberse mantenido.



### 3.1. Por providencia

El art. 406 LOPJ dispone que el juicio de responsabilidad penal contra Jueces y Magistrados podrá incoarse por providencia del Tribunal competente, esto es, de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de la correspondiente Comunidad Autónoma o de la Sala de lo Penal del TS<sup>21</sup>.

El delito de prevaricación judicial tal y como aparece configurado en el Código Penal es un delito público y por tanto perseguible de oficio. Ello determina que una vez que el tribunal competente para el conocimiento del asunto recibe la *notitia criminis*, bien de un tercero o por haber adquirido por sí conocimiento de unos hechos que pudieran ser delictivos, deberá poner en marcha el proceso penal.

Así, el Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencia Provinciales, cuando por razón de pleitos o causas de que conozcan o por cualquier otro medio, tuvieran noticia de algún acto de un juez o un magistrado realizado en el ejercicio de su cargo y que pueda calificarse de delito o falta, lo comunicará, oyendo previamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, a los efectos de incoación de la causa (art. 407 LOPJ).

Sin duda esta previsión legislativa se está refiriendo a aquellos supuestos en los que el órgano superior, debido a que le está atribuido el conocimiento de un recurso ordinario o extraordinario, tiene noticia de la perpetración del delito de prevaricación judicial.

Además, para facilitar que el órgano competente tenga conocimiento de la comisión del delito de prevaricación judicial, el art. 408 LOPJ dispone que “cuando otras Autoridades Judiciales tuvieran conocimiento a través de las actuaciones en que intervinieren, de la posible comisión de un delito o falta por un Juez o Magistrado en el ejercicio de su cargo, lo comunicarán al Juez o Tribunal competente, oído el Ministerio Fiscal, con remisión de los antecedentes necesarios”.

### 3.2. Querrela del Ministerio Fiscal

Según dispone el art. 406 LOPJ el juicio de responsabilidad penal contra Jueces y Magistrados podrá incoarse en virtud de querrela del Ministerio Fiscal. Esto es lógico teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico el Ministerio Fiscal es el titular del *ius puniendi* estatal, por lo

---

<sup>21</sup> Los magistrados del Tribunal Supremo, los presidentes de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, los magistrados de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia tienen la condición de aforados, por lo que corresponde a la Sala Segunda del Tribunal Supremo la instrucción y el enjuiciamiento de las causas contra aquellos (art. 57.1.2º y 3º LOPJ).

Los presidentes de Sala del Tribunal Supremo y los Magistrados de una Sala, cuando sean juzgados todos o la mayor parte de los que la constituyen, son también aforados, por lo que le corresponde a la Sala Especial del TS la instrucción y el enjuiciamiento de las causas que se sigan contra ellos (art. 61 LOPJ).

Finalmente, los demás Jueces y Magistrados gozan de un fuero especial ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma (art. 73.3 LOPJ).

que tendrá la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que considere procedentes, haya o no acusador particular en las causas<sup>22</sup>.

La *notitia criminis* puede llegar al Ministerio Fiscal de diversas maneras. Así, puede tener conocimiento a través de la denuncia interpuesta por un particular, que puede ser el perjudicado por el delito de prevaricación u otra persona que haya tenido conocimiento de la comisión del delito. Como sabemos, la denuncia se caracteriza precisamente por su carácter antiformalista, por lo que se puede interponer ante el propio Ministerio Fiscal. Una vez recibida la denuncia éste procederá a practicar la investigación preliminar para comprobar el hecho delictivo o la responsabilidad de los partícipes en el mismo. Finalizada dicha investigación podrá o bien instar la incoación del procedimiento penal o bien decretar el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista caracteres de delito, en cuyo caso deberá comunicar esta circunstancia al denunciante, que podrá reiterar su denuncia ante el órgano jurisdiccional<sup>23</sup>.

Precisamente debido a esta función que tiene encomendada de ejercitar la acción penal, el art. 409 LOPJ prevé que “cuando el Consejo General del Poder Judicial, el Gobierno y otro órgano o autoridad del Estado o de la Comunidad Autónoma considere que un Juez o Magistrado ha realizado, en el ejercicio de su cargo, un hecho que puede ser constitutivo de delito o falta, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal por si procediera el ejercicio de la acción penal”.

### 3.3. Querrela del ofendido o perjudicado

A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno<sup>24</sup>, en el ordenamiento español no existe un monopolio de la acusación en manos del Ministerio Fiscal<sup>25</sup>. Así, el art. 406 LOPJ también se refiere a la posibilidad de que el juicio de responsabilidad penal contra Jueces y Magistrados se incoe en virtud de querrela del ofendido o perjudicado.

Antes de entrar a analizar el ejercicio de la acción penal por el ofendido o perjudicado en esta clase de delitos, debemos realizar una precisión terminológica. El legislador emplea con gran imprecisión los conceptos de ofendido y perjudicado<sup>26</sup>. Resulta fundamental no confundir ambas

---

<sup>22</sup> Art. 105 LECrim y [art. 3.4 Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal \(BOE núm. 11, de 13.1.1982; en adelante, EOMF\)](#).

<sup>23</sup> Véanse art. 773.2 LECrim y art. 5 EOMF.

<sup>24</sup> En el ordenamiento jurídico italiano existe un monopolio de la acusación en manos del Ministerio Fiscal, que ejercitará la acción penal incluso en aquellos supuestos en los que para proceder sea necesaria instancia del ofendido. También en el sistema Alemán, el derecho de accionar y de acusar es monopolio del Ministerio Fiscal (§ 152 StPO).

<sup>25</sup> A juicio de MORENO CATENA (2012b, p. 101) “esta solución legislativa, que ha merecido fundadas críticas, permite sin embargo conjugar todos los intereses posibles que inciden en un procedimiento penal, pues la entrada a la víctima para que pueda instar la sanción de la conducta que le ha dañado, a cualquier ciudadano que pretenda intervenir acusando, en la medida en que forma parte de la sociedad agredida por el delito, y no descuida la protección de la sociedad, de modo que corresponsabiliza en alguna medida a todos los componentes de la sociedad y al propio tiempo sirve de control a la actuación del Estado”.

categorías<sup>27</sup>, ya que a pesar de que en la mayoría de las ocasiones ambas cualidades concurren en la misma persona, puede no ser así<sup>28</sup>.

Llegados a este punto, hemos de preguntarnos qué debemos entender por ofendido por el delito. En los textos legales no encontramos una definición de ofendido o agraviado por el hecho delictivo. Únicamente, el derogado art. 761.2 LECrim, referente al antejuicio necesario para exigir responsabilidad criminal a Jueces y Magistrados, contenía una definición de ofendido estableciendo que “se entiende por ofendido aquel a quien directamente dañe o perjudique el delito”<sup>29</sup>.

Actualmente, la doctrina mayoritaria define al ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo como el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, que ha sido lesionado o puesto en peligro por el hecho delictivo<sup>30</sup>. Como hemos tenido ocasión de señalar, normalmente coincidirán en una misma persona las cualidades de ofendido y perjudicado. Sin embargo, existen algunos supuestos en los que el sujeto ofendido por el delito y el que sufre las consecuencias perjudiciales del mismo no coinciden. De hecho, esto es lo que ocurre en el delito de prevaricación judicial en el cual, siendo el bien jurídico protegido la Administración de justicia<sup>31</sup>, el ofendido es la colectividad, pues es la que ostenta la titularidad de dicho bien jurídico, y el perjudicado sería aquella persona que, habiendo sido parte en el proceso en el cual se dictó la resolución injusta, ha sufrido un perjuicio o daño patrimonial o moral.

Realizada la anterior precisión terminológica, hay que señalar que los ofendidos o agraviados por el hecho delictivo estarán legitimados para intervenir en el proceso penal como acusador particular<sup>32</sup>.

Va a ser precisamente en la legitimación para ejercitar la acusación particular donde cobrará especial importancia la distinción entre las figuras del ofendido y perjudicado. Así, a través de

---

<sup>26</sup> A lo largo del articulado de la LECrim encontramos una utilización equívoca de los conceptos de ofendido y perjudicado. En este sentido véase FERNANDEZ FUSTES (2004, pp. 42 y ss.).

<sup>27</sup> QUINTERO OLIVARES (1999, p. 648). En el mismo sentido se manifiestan ALASTUEY DOBON (1996, p. 485) y ARAGONESES MARTINEZ (1995, p. 417).

<sup>28</sup> En este sentido véanse MONTERO AROCA (2001, p. 67) y ALASTUEY DOBON (1996, p. 485).

<sup>29</sup> Remontándonos aún más en el precedente histórico, en la Base 3<sup>a</sup> de las de Reforma del Procedimiento Penal de 1929, se definía al ofendido como “al titular del derecho subjetivo violado por la infracción”. Subraya GOMEZ ORBANEJA (1951, p. 262) que este derecho subjetivo existe “cuando la norma tenga por fin la tutela de intereses generales; entonces no puede hablarse de derecho subjetivo del sujeto pasivo, sino meramente de interés reflejo jurídicamente protegido”.

<sup>30</sup> En este sentido, ALASTUEY DOBON (1996, p. 485); COBO DEL ROSAL (1991, p. 281) y MONTERO AROCA (2001, p. 69).

<sup>31</sup> No realizaremos un análisis detenido del bien jurídico protegido en el delito de prevaricación judicial, por exceder en gran medida el objeto de nuestro estudio. Para una profundización en este tema, véanse, entre otros, RAMOS TAPIA (2000, pp. 100 y ss.) y FERRER BARQUERO (2002, pp. 22 y ss.).

<sup>32</sup> En este sentido la STS, 2<sup>a</sup>, de 2.2.1996 (RJ 1996\788; MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez) señala que “la legitimación para la cualidad de acusador particular dimana del carácter de ofendido por el delito, por tratarse de la víctima de la infracción punible”. Véase, igualmente, STC de 31.1.1994 (RJ 1994\34; MP: Eugenio Díaz Eimil).

una interpretación literal deberíamos concluir que únicamente se podría constituir en acusador particular el ofendido por el delito, ya que es el único legitimado al efecto. De este modo, el perjudicado únicamente podría ejercitar la acción penal constituyéndose en acusador popular.

Sin embargo, esto no está ocurriendo en la práctica judicial, donde los tribunales admiten regularmente como acusador particular al perjudicado<sup>33</sup>. De esta forma se evita el problema que supondría relegar al perjudicado al ejercicio de la acusación popular, ya que nos encontraríamos con el grave inconveniente de que el perjudicado interviniendo como acusador popular no podría ejercitar conjuntamente las acciones civil y penal<sup>34</sup>. Quizá, éste sea el motivo que ha llevado a la jurisprudencia, adoptando una interpretación favorable al perjudicado por el hecho delictivo, a permitir que también el mismo pueda ejercitar la acción penal y la acción civil conjuntamente constituyéndose en acusador particular.

Una cuestión relevante que debemos analizar en relación con el ofendido o perjudicado es la forma en la que debe ejercitar la acción penal. Como hemos tenido ocasión de señalar, el art. 406 LOPJ dispone que el juicio de responsabilidad penal contra Jueces y Magistrados podrá incoarse en virtud de querrela del ofendido o perjudicado.

Este precepto obliga a cuestionarse como debe interpretarse la expresión “en virtud de querrela”. Del tenor literal de este precepto se colige que no basta la simple denuncia para la iniciación del proceso penal, sino que es necesaria la presentación de querrela<sup>35</sup>.

Mientras que en el supuesto de ejercicio de la acción penal por el acusador popular, como veremos, no cabe la menor duda de que el mismo debe realizarse a través de la interposición de la querrela, no llega a comprenderse muy bien esta exigencia en el supuesto del ofendido o perjudicado.

La explicación habría que encontrarla quizá en el año en que fue aprobada la LOPJ, esto es 1985, anterior a la introducción en nuestro ordenamiento jurídico del procedimiento abreviado, que como es sabido se produjo por la [Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo](#)

---

<sup>33</sup> MONTERO AROCA (2001, p. 70).

<sup>34</sup> Esto es debido a que la jurisprudencia niega al acusador popular legitimación para el ejercicio de la acción civil. En este sentido, la STS, 2<sup>a</sup>, de 12.3.1992 (RJ 1992\2442; MP: José Augusto de Vega Ruiz) señala que “con respecto a la petición de indemnización que la acusación popular ejercita, hay que advertir que, desde el punto de vista de la casación, ésta se concibe únicamente para defender y ejercitar derechos propios pero no ajenos, lo que necesariamente debe relacionarse con la legitimación en el ejercicio de las acciones para la defensa de aquéllos, puesto que si la acción penal es siempre pública según el art. 101 LECrim (art. 125 de la Constitución), la civil sólo afecta a los perjudicados o al Ministerio Fiscal (arts. 108 y 110 LECrim), de tal manera que para la concesión de esa indemnización civil se necesita no sólo que haya sido solicitada por ese perjudicado o por el Fiscal sino que además se haya acreditado la existencia de un perjuicio causado por el delito que se castiga”. También puede verse STS, 2<sup>a</sup>, de 26.9.1997 (RJ 1997\6366; MP: Gregorio García Ancos) y STS, 2<sup>a</sup>, de 21.3.1994 (RJ 1994\2373; MP: Roberto Hernández Hernández).

<sup>35</sup> En este sentido DEL MORAL GARCIA (2002, p. 2466) afirma que “la simple denuncia no es título hábil para iniciar la causa”.

Penal y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal (BOE núm. 313, de 30.12.1988).

Una interpretación literal conduciría a la conclusión de que el ofendido o el perjudicado sólo podrá ejercitar la acción penal en esta clase de delitos por medio de querrela. Por tanto, supondría entender que en esta clase de delitos la acción penal se deberá ejercitar siempre a través de querrela, de modo que la querrela sería un presupuesto procesal de necesario cumplimiento para la válida incoación del proceso.

Esta interpretación, entendiendo la querrela como un presupuesto procesal, es la que ha sostenido la jurisprudencia en doctrina ya consolidada. Baste citar a título de ejemplo el ATSJ de Castilla-La Mancha, Civil y Penal, de 16.1.2001 (JUR 2001\102776; MP: Emilio Frías Ponce), que señala que “en el caso de autos no procede la incoación de causa penal, por cuanto el art. 405 de la L.O.P.J. dispone que la ‘responsabilidad penal de los Jueces y Magistrados por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de las funciones de su cargo, se exigirá conforme a lo dispuesto en esta Ley’, y según el art. siguiente 406 ‘el juicio de responsabilidad penal contra Jueces y Magistrados podrá incoarse por providencia del Tribunal competente o en virtud de querrela del Ministerio Fiscal o del perjudicado u ofendido o mediante el ejercicio de la acción popular’ y como quiera que en el caso de autos ninguna de ellas se ha efectuado, habiéndose presentado una simple denuncia contra la citada Sra. Juez, resulta evidente la imposibilidad de incoar causa penal alguna”<sup>36</sup>.

No obstante esta última afirmación debe ser matizada. Así, si el proceso penal se hubiera ya iniciado por cualquiera de los otros cauces, el ofendido y el perjudicado podrán mostrarse parte en la causa simplemente a través de un acto procesal en que se haga esa manifestación de voluntad<sup>37</sup>. Por tanto, iniciado el proceso por prevaricación contra un juez o magistrado debemos entender que el ejercicio de la acción penal por el ofendido no sólo se puede realizar a través de la interposición de la correspondiente querrela, sino que va a ser posible también, que tras el preceptivo ofrecimiento de acciones el ofendido decida personarse en la causa a través de un simple acto de personación en el que manifieste su voluntad de constituirse en parte en el proceso<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Igualmente, véanse, ATSJ de Cataluña, Civil y Penal, de 9.3.2009 (JUR 2009\236248; MP: Nuria Bassols Muntada); ATSJ Andalucía, Granada, Civil y Penal, de 13.9.2003 (JUR 2003\235923); ATSJ de Castilla-La Mancha, Civil y Penal, de 25.1.2001 (JUR 2001\102282; MP: Eugenio Cárdenas Calvo); ATSJ Andalucía, Granada, Civil y Penal, de 12.6.2000 (RJ 2000\1845); ATSJ Murcia, Civil y Penal, de 29.6.1998 (RJ 1998\4477; MP: Manuel Abadía Vicente); ATSJ Andalucía, Granada, Civil y Penal, de 5.5.1998 (RJ 1998\2907; MP: Plácido Fernández Viagas); STS, 2<sup>a</sup>, de 12.6.1995 (RJ 1995\4517; MP: José Augusto de Vega Ruiz).

<sup>37</sup> VIEITES PEREZ (1997, p. 33). En este mismo sentido, FONT SERRA (1991, p. 59) y MONTERO AROCA (2001, p. 71).

<sup>38</sup> Normalmente, una vez que ya se ha iniciado el proceso, la constitución en parte se realizará tras el ofrecimiento de acciones. No obstante, también será posible que esa personación se realice sin que se haya realizado el preceptivo ofrecimiento de acciones. En este sentido nos parece muy acertada la matización realizada al respecto por ORTELLS RAMOS (1997, p. 83) al señalar que “los ofendidos por el delito pueden constituirse en parte mediante un simple acto de personación. Para facilitar este acto se establece el deber de ofrecimiento de acciones”. Sin embargo, “este ofrecimiento no es presupuesto de admisibilidad de la personación, que es admisible aunque se realice espontáneamente”.

### 3.4. Ejercicio de la acción popular

Según prevé el art. 406 LOPJ, otra de las formas de iniciar el proceso penal para exigir responsabilidad penal a un juez o magistrado es a través del ejercicio de la acción penal por la acusación popular.

Esta previsión legislativa no era necesaria ya que, según se infiere de los arts. 125 CE, 101 LECrim y 19 LOPJ, la acción popular puede ser ejercitada por cualquier ciudadano español en cualquier delito público, aunque no haya sido ofendido por el delito.

El ejercicio de la acción popular exige necesariamente la interposición de querrela (art. 270 LECrim). No obstante, el Tribunal Supremo ha manifestado que, una vez iniciado el proceso por prevaricación, el acusador popular podrá mostrarse parte sin necesidad de ejercitar querrela. En este sentido se manifiesta la STS, 2<sup>a</sup>, de 12.3.1992 (RJ 1992\2084; MP: Francisco Huet García)<sup>39</sup> al señalar que “el Legislador -tratándose de delito público- no ha limitado la acción popular al derecho de pedir la incoación del proceso penal mediante querrela, sino que ha permitido ejercitarla en las causas ya iniciadas personándose en los términos prevenidos en el art. 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir mostrándose parte como adhesión, en nombre de la ciudadanía, a un proceso pendiente, sin dejar condicionada la eficacia de la acción penal a la formulación de querrela”.

No podemos compartir esta opinión, porque consideramos que esta forma de personación prevista en el art. 110 LECrim es aplicable únicamente al ofendido o perjudicado por el delito y no al acusador popular, porque dicha personación comúnmente se realizará después del ofrecimiento de acciones al ofendido o perjudicado. La exigencia de que el acusador popular se persone a través de la querrela se basa en que éste no se limita a adherirse a la acción penal ejercitada por el Ministerio Fiscal, sino que ejercita una acción propia para la que está expresamente legitimado por la ley.

La admisión de la querrela está condicionada a que el acusador popular preste una fianza de la clase y cuantía que determine el juez para responder a las resultas del juicio (art. 280 LECrim)<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> En este mismo sentido, véase SAP Barcelona, Secc. 2<sup>a</sup>, de 1.7.2004 (RJ 2004\604; MP: Javier Arzua Arrugaeta).

<sup>40</sup> La doctrina se ha venido cuestionando si la exigencia de la fianza no constituiría una cortapisa al derecho a la tutela judicial efectiva, en su principal manifestación como es el derecho de acceso a la jurisdicción. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en una consolidada jurisprudencia, señalando que la exigencia de una fianza no es en sí misma contraria al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando su cuantía, en relación a los medios de quienes pretenden ejercitarlo, no impida u obstaculice gravemente su ejercicio. En este sentido, véanse por todas, SSTC, de 26.4.1999 (RJ 1999\79; MP: Fernando Garrido Falla); de 2.3.1998 (RJ 1998\50; MP: José Gabaldón López); de 12.12.1994 (RJ 1994\326; MP: Carlos de la Vega Benayas); de 29.10.1985 (RJ 1985\147; MP: Carlos de la Vega Benayas); de 29.11.1984 (RJ 1984\113; MP: Angel Latorre Segura); de 11.7.1983 (RJ 1983\62; MP: Rafael Gómez-Ferrer Morant).

#### 4. Admisión de la querrela a trámite

Con carácter general, la admisibilidad de la querrela estará condicionada al cumplimiento de las prescripciones generales consignadas en el art. 277 LECrim. Por tanto, el juez para proceder a la admisión de la querrela deberá examinar que ésta cumple todos los requisitos formales establecidos en la ley y que el hecho en virtud del cual se procede es constitutivo de delito (art. 313 LECrim).

Pero además, en algunos casos la admisión de la querrela por prevaricación judicial exige el cumplimiento de unas normas particulares previstas en el art. 410 LOPJ<sup>41</sup>. Según este precepto cuando alguna de las partes en un proceso, o persona que tuviese interés en él, formulara querrela contra el juez o magistrado que deba resolver de dicho proceso, con carácter previo a la admisión de ésta el órgano competente para su instrucción podrá recabar los antecedentes que considere oportunos a fin de determinar su propia competencia así como la relevancia penal de los hechos objeto de la misma o la verosimilitud de la imputación<sup>42</sup>.

A la luz de este precepto podemos concluir que estas normas particulares se exigirán cuando durante la tramitación de un proceso, una de las partes o persona interesada se querrela contra el juez o magistrado que está conociendo del mismo. De esta forma el legislador pretende evitar que la querrela se utilice con la única finalidad fraudulenta de apartar al juez o magistrado del conocimiento de un asunto concreto<sup>43</sup>.

Así, según se desprende de dicho precepto, con carácter previo a la admisión de la querrela por prevaricación, el órgano competente para conocer de la misma podrá recabar los antecedentes que considere oportunos para analizar si tales hechos tienen relevancia penal y la imputación resulta verosímil. El legislador no ha especificado que clase de antecedentes se podrían recabar, por lo que se podrían entender incluidas las siguientes actuaciones: la obtención del testimonio de particulares del procedimiento en el que se haya dictado la resolución concreta; recabar

---

<sup>41</sup> La redacción actual de este precepto es fruto de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

<sup>42</sup> La ATSJ de Andalucía, Granada, Civil y Penal, de 22.6.2005 (JUR 2005\276933; MP: Jerónimo Garvín Ojeda) señala claramente que “la interposición de una querrela no implica, pues, la apertura automática de Diligencias Previas para la averiguación de los hechos a que se refiere la misma, pues, en primer lugar, el órgano judicial competente para el conocimiento de tales querrelas ha de realizar un primer juicio, o juicio preliminar, tendente a evitar la apertura de tales Diligencias cuando de ese análisis resulte con toda claridad la inexistencia de relevancia penal alguna de los hechos en los que se basa, o la total inverosimilitud de la imputación. Si así sucede generalmente, para evitar que por la mera voluntad de un particular otro se vea implicado en una causa criminal, en el caso de querrelas contra jueces por parte de quienes son parte en procedimientos que han de ser conocidos por los mismos, es aún más exigible ese juicio preliminar, por cuanto la mera apertura de la causa podría acarrear ya la concurrencia de una causa de recusación y el consiguiente apartamiento del querrellado de ese procedimiento. Esa y no otra es la razón de que el artículo 410 LOPJ obligue a adoptar las máximas cautelas para evitar la apertura en vano de una causa criminal”.

<sup>43</sup> Véase ENCINAR DEL POZO (2008, p. 63). En este sentido resulta muy expresivo el ATSJ Murcia, Civil y Penal, de 22.10.2007 (JUR 2007\85950; MP: Manuel Abadía Vicente) cuando subraya que “el artículo 410 supone, pues, una medida cautelar destinada a proteger la actuación judicial del peligro de querrelas temerarias presentadas por móviles espúreos”.

informe del Ministerio Fiscal, el traslado para alegaciones al resto de las partes del procedimiento concreto, etc<sup>44</sup>.

Ahora bien, partiendo de que la desestimación de la querrela afecta a una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva, como es el libre acceso a la Jurisdicción, será necesario que la resolución en la que ésta se acuerde adopte la forma de auto motivado, en el cual el Juez deberá plasmar cuales son los motivos que le han conducido a considerar que los hechos no tienen apariencia delictiva<sup>45</sup>. Dicho auto deberá de ser notificado al querellante<sup>46</sup>. Por tanto, podemos concluir que, la desestimación *in limine litis* de la querrela, mientras esté debidamente razonada, no contraviene el derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional en doctrina ya consolidada. Así, la STC de 15.2.1994 (RJ 1994\40; MP: Vicente Gimeno Sendra) señala que “es cierto que este *ius ut procedatur* que ostenta el querellante no contiene ni un derecho absoluto a la incoación de toda instrucción penal, ni un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral, pues el derecho de querrela no conlleva el de la obtención de una Sentencia favorable a la pretensión penal (...) El contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE, consiste en obtener una resolución de fondo, pero ello no impide que el derecho también se satisfaga cuando la resolución es de inadmisión, siempre que se dicte en aplicación razonada de una causa legal, debiendo el razonamiento responder a una interpretación de las normas legales de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental”<sup>47</sup>.

Si la querrela cumple todos estos requisitos será admitida a trámite. La admisión a trámite de la querrela conlleva una serie de efectos. El efecto principal que produce la admisión de la querrela por prevaricación es la incoación del correspondiente proceso penal y la constitución del querellante en parte dentro del dicho proceso.

Llegados a este punto debemos preguntarnos que sucederá si la querrela no reúne los requisitos necesarios para ser admitida a trámite. Debemos entender que a pesar de que la querrela no reúna los requisitos necesarios, como transmite la *notitia criminis* obliga al órgano jurisdiccional a abrir el proceso penal. El hecho de que la querrela defectuosa sea tenida como denuncia, produce un efecto importante, que es que el querellante no será parte en el proceso. No obstante, sería perfectamente factible que tras el ofrecimiento de acciones éste se constituya en parte en el

---

<sup>44</sup> ENCINAR DEL POZO (2008, p. 64).

<sup>45</sup> GIMENO SENDRA (2000, p. 57). En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, véase, entre otros, ATSJ de Andalucía, Granada, Civil y Penal, de 22.6.2005 (JUR 2005\276933; MP: Jerónimo Garvín Ojeda)

<sup>46</sup> STC de 3.11.1987 (RJ 1987\173; MP: Luis Díez-Picazo y Ponce de León).

<sup>47</sup> Véanse, también, SSTC de 2.4.2001 (RJ 2001\94; MP: Vicente Conde Martín de Hijas); 29.11.1993 (RJ 1993\351; MP: Alvaro Rodríguez Bereijo); 13.2.1989 (RJ 1989\33; MP: Francisco Tomás y Valiente); 16.11.1989 (RJ 1989\191; MP: Fernando García-Mon y González Regueral); 4.12.1989 (RJ 1989\203; MP: Luis López Guerra); 28.9.1987 (RJ 1987\148; MP: Jesús Leguina Villa). Igualmente, AATC de 19.6.2006 (RJ 2006\193); 10.11.2003 (RJ 2003\360); 1.4.1987 (RJ 1987\424), entre otros.



proceso ya iniciado en virtud de querrela defectuosa, a través de un simple acto de personación (arts. 109, 110 y 761.2 LECrim).

### *5. Ejercicio de la acción civil en el proceso penal por prevaricación judicial*

La pretensión civil por los daños y perjuicios causados podrá ejercitarse en el mismo proceso penal en el que se enjuicie el delito de prevaricación. La regla general en nuestro derecho va a ser la acumulación dentro del proceso penal del enjuiciamiento de los hechos delictivos y de la pretensión reparatoria civil a que tales hechos pudieran dar lugar. No obstante, esta acumulación de la acción civil a la penal no es necesaria sino facultativa, ya que en nuestro ordenamiento se prevé la posibilidad de que la víctima pueda renunciar a la misma o reservar su ejercicio para un proceso civil posterior<sup>48</sup>.

La pretensión de resarcimiento para la indemnización de los daños y perjuicios causados se dirigirá principalmente y de forma directa contra el Juez o Magistrado<sup>49</sup>, que en definitiva es el responsable de los hechos causantes del daño, coincidiendo de esta manera en la misma persona la doble condición de responsable criminal y responsable civil<sup>50</sup>.

Pero la pretensión reparatoria se podrá dirigir además contra el Estado, que es responsable civil subsidiario *ex art. 121 CP*. A propósito de esta cuestión, son elocuentes las palabras de QUINTERO OLIVARES, quien señala que “es evidente que la reparación no puede pender exclusivamente de la capacidad económica del Juez o Magistrado responsable, por lo que habrá que acudir a la responsabilidad subsidiaria”<sup>51</sup>.

Precisamente, esta responsabilidad civil subsidiaria del Estado fue una de las novedades introducida por el legislador en el Código Penal de 1995<sup>52</sup>. Pero, como ha puesto de manifiesto

---

<sup>48</sup> GOMEZ ORBANEJA (1951, p. 372).

<sup>49</sup> MORENO CATENA (2012b, p. 125) señala que “la responsabilidad civil por hecho propio derivada de los daños o perjuicios que hubieren causado los hechos delictivos se hace recaer de forma directa en el que resulte responsable penalmente, sea como autor o como cómplice”. En el mismo sentido, GOMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA (1987, p. 79) indican que “civilmente responsable por el hecho delictivo es ante todo el que haya participado en él en cualquiera de las formas que funda la responsabilidad penal”. Asimismo véanse GOMEZ ORBANEJA (1951, p. 420) y FONT SERRA (1991, p. 38).

<sup>50</sup> Así se desprende del art. 116 CP según el cual “toda persona responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños y perjuicios”.

<sup>51</sup> QUINTERO OLIVARES (2004, p. 2009).

<sup>52</sup> Con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la jurisprudencia ya venía declarando la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, partiendo de una interpretación amplia o extensiva del art. 22 del anterior CP, al entender que se trataba de un precepto descriptivo y que no contenía una enumeración exhaustiva. Así, se consideraba que entre las personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria -enumeración empleada por el artículo citado- se encontraban las personas físicas y las personas jurídicas, y dentro de éstas últimas, tanto las privadas, como las de carácter público, estando también incluido el estado. Véanse, entre otras, las SSTs, 2<sup>a</sup>, de 22.3.2001 (RJ 2001\1357; MP: José Antonio Martín Pallín); 10.7.1995 (RJ 1997\5430; MP: Joaquín Martín Canivell); 17.7.1995 (RJ 1995\5606; MP: Cándido Conde-Pumpido

parte de la doctrina, resulta criticable que esta responsabilidad civil del Estado se configure en el Código penal como subsidiaria, ya que contradice lo dispuesto en el art. 106 CE<sup>53</sup> y los arts. 139 y ss. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27.11.1992; en adelante, LRJAP), que establecen un régimen de responsabilidad objetiva directa de la Administración Pública<sup>54</sup>. Por tanto, la responsabilidad de la Administración en el proceso penal debería ser, al igual que en el proceso contencioso administrativo<sup>55</sup>, directa y no sólo subsidiaria<sup>56</sup>.

Además, esta responsabilidad subsidiaria del Estado en poco beneficia al perjudicado, al ser necesaria la previa declaración de insolvencia del funcionario, cuestión improbable si este cuenta con algún género de ingresos o bienes, por modestos que sean<sup>57</sup>. Por ello, entendemos que el reconocimiento de la responsabilidad directa del Estado, solidaria con la del funcionario causante del daño sería no sólo más coherente con el sistema constitucional y administrativo, sino además más beneficioso para el perjudicado<sup>58</sup>.

Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento anormal de los servicios públicos, exigible según las normas de procedimiento administrativo, sin que en ningún caso pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

---

Tourón); 7.2.1994 (RJ 1994\1273; MP: Luis Román Puerta Luis); 4.5.1994 (RJ 1994\3655; MP: José Antonio Martín Pallín); 4.12.1993 (RJ 1993\9385; MP: Enrique Ruiz Vadillo); 15.11.1993 (RJ 1993\8581; MP: Luis Román Puerta Luis); 31.1.1992 (RJ 1992\615; MP: Justo Carrero Ramos); 12.3.1992 (RJ 1992\2442; MP: José Augusto de Vega Ruiz); 19.12.1990 (RJ 1990\9661; MP: Eduardo Móner Muñoz); 21.12.1990 (RJ 1990\9937; MP: Luis Román Puerta Luis); 28.12.1990 (RJ 1990\10102; MP: Francisco Soto Nieto); 22.11.1989 (RJ 1989\8699; MP: Enrique Ruiz Vadillo) y 13.1.1981 (RJ 1981\132; MP: Mariano Gómez de Liaño y Cobaleda).

<sup>53</sup> El art. 106 CE establece que “los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

<sup>54</sup> MOLINA BLAZQUEZ (1998, p. 129); VAZQUEZ GONZALEZ (1998, p. 104) y YZQUIERDO TOLSADA (2001, pp. 284 y ss.).

<sup>55</sup> La Ley 30/1992 regula la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en los arts. 139 a 144. Las principales características de este sistema pueden resumirse, en palabras de MARTIN REBOLLO (1996, p. 14), en que “es un sistema unitario en cuanto rige para todas las Administraciones Públicas; general en la medida en que se refiere a toda la actividad administrativa, sea de carácter jurídico o puramente fáctico, y tanto por acción como por omisión; de responsabilidad directa de modo que la Administración cubre directamente, y no sólo de forma subsidiaria, la actividad dañosa de sus autoridades, funcionarios y personal laboral, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar luego la acción de regreso cuando aquéllos hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia graves; es, sobre todo, un régimen de carácter objetivo que, por tanto, prescinde de la idea de culpa, por lo que el problema de la causalidad adquiere aquí la máxima relevancia; y, finalmente pretende lograr una reparación integral”. En similar sentido, véase LEGUINA VILLA (1993, pp. 395 y ss.)

<sup>56</sup> Así LEGUINA VILLA (1993, p. 404) afirma que “sería absurdo que la Administración estuviera obligada a indemnizar directamente por hechos menos graves y no, en cambio, por hechos más graves que le son igualmente imputables si se han producido dentro del círculo de funciones públicas encomendadas al agente declarado culpable”. En este mismo sentido véanse BARCELONA LLOP (1994, pp. 333 y ss.); CASINO RUBIO (1998, pp. 129 y ss.); FERNANDEZ FUSTES (2004, p. 136); MARTIN REBOLLO (1994, p. 97) y MOLINA BLAZQUEZ (1998, p. 129).

<sup>57</sup> LEGUINA VILLA (1993, p. 404) y MOLINA BLAZQUEZ (1998, p. 129).

<sup>58</sup> MOLINA BLAZQUEZ (1998, p. 129).

## 6. Procedimiento por el que se tramita

La LECrim regulaba en el Título II del libro IV (Del antejuicio necesario para exigir responsabilidad criminal a Jueces y Magistrados) un procedimiento especial para exigir responsabilidad penal a los Jueces y Magistrados. Dicho procedimiento especial ha sido derogado por la Disposición Adicional Primera de la LOTJ<sup>59</sup>. Tras la derogación del antejuicio, la LECrim no prevé expresamente a través de que clase de procedimiento se debe ventilar el delito de prevaricación judicial.

El hecho de que el antejuicio haya sido derogado por la Ley Orgánica que regula el Tribunal del Jurado no implica que las querellas contra jueces y magistrados por delitos y faltas cometidos en el ejercicio de sus cargos se deban tramitar a través de este procedimiento. Así, a pesar de que en principio el art. 1 LOTJ en su apartado primero atribuye al Tribunal del Jurado de forma general el conocimiento de los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, en el apartado segundo matiza esa primera afirmación, limitando la competencia a unos tipos delictivos concretos, entre los que no figura el delito de prevaricación judicial. Además, el art. 5.2.II del mismo texto legal establece que la competencia del Tribunal del Jurado en ningún caso se extenderá por conexión al enjuiciamiento del delito de prevaricación judicial<sup>60</sup>.

La LECrim determina el cauce procesal que debe seguirse para el enjuiciamiento de los hechos delictivos atendiendo fundamentalmente a la gravedad de los mismos. Así, tanto el art. 779 LECrim en su redacción de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 diciembre, como el art. 757 redactado conforme a la Ley 38/2002, de 24 de octubre, disponen que el procedimiento abreviado “se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración”.

Por tanto, teniendo en cuenta que el delito de prevaricación judicial tiene asignada una pena que no excede en ningún caso los nueve años de prisión, hay que entender que su enjuiciamiento deberá tramitarse necesariamente a través del denominado procedimiento abreviado.

Sin embargo, la jurisprudencia no es unánime a la hora de determinar a través de que procedimiento debe tramitarse el delito de prevaricación judicial. Por un lado, en algunas sentencias el Tribunal Supremo entiende que esta clase de delitos deben de sustanciarse a través del proceso ordinario. Así, la STS, 2<sup>a</sup>, de 15.10.1999 (RJ 1999\7176; MP: Gregorio García Ancos)<sup>61</sup> señala que “cierto es que, de acuerdo con el tenor literal del art. 779 LECrim, cabe pensar en la

---

<sup>59</sup> Derogó expresamente el art. 410 LOPJ y el Título II del Libro IV de la LECrim, arts. 757 a 778.

<sup>60</sup> VIEITES PEREZ (1997, p. 36).

<sup>61</sup> En este mismo sentido, el ATS, 2<sup>a</sup>, de 17.1.2002 (RJ 2002\2344; MP: Enrique Bacigalupo Zapater) acuerda que se instruya la causa según el procedimiento previsto en los arts. 299 y ss. LECrim, esto es por los trámites del Proceso Ordinario. Asimismo, véanse también, AATS de 23.2.1998 (RJ 1998\2533; MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez) y 3.11.1998 (RJ 1998\3123; MP: Gregorio García Ancos).

aplicación del procedimiento abreviado. Sin embargo, nadie puede negar que -derogadas las normas que regían el antejuicio para exigir la responsabilidad criminal a los Jueces y Magistrados- el proceso dirigido contra un Juez sigue exigiendo ciertas cautelas que se derivan de la esencia misma de la función judicial. La acusación contra un Juez afecta al Estado de Derecho y, por lo tanto, debe ser tramitada en un proceso que tenga en cuenta tanto la especial posición institucional del Juez como la seriedad de un proceso que tiene la misión de reforzar el Estado de Derecho. Estas cautelas eran la razón de la existencia del antejuicio, que en verdad era prácticamente igual en su contenido al juicio mismo, pero que estaba culminada sólo con la admisión a trámite de la querrela, la orden de instruir el sumario y la suspensión del Juez contra el que se dirigiera la querrela (art. 775 LECrim, derogado en 1995). El antejuicio permitía comprobar un grado mínimo de consistencia de la querrela, necesario para proceder a la suspensión del Juez. La falta de una decisión intermedia de estas características en el procedimiento abreviado, en el que el auto de apertura del juicio oral no es recurrible, salvo en lo que se refiere a la situación personal del acusado, demuestra que, pese a la reforma de la Ley Procesal, los Tribunales deben adoptar medidas que tengan presentes las particularidades del proceso contra un Juez. La Sala entendió que si era necesaria una medida de esta trascendencia, su gravedad requería que el Juez afectado pudiera disponer de la posibilidad de una revisión de la instrucción antes del juicio en sentido estricto, que permitiera garantizar que su derecho de defensa había sido respetado, las pruebas que se pretendían utilizar habían sido legalmente obtenidas y que la aplicación del derecho pretendido no era manifiestamente inconsistente. Tales garantías y cautelas sólo se podrían salvaguardar mediante el procedimiento ordinario que permitía recurrir el auto de procesamiento, que requiere, como es sabido, una mayor solidez que la habitualmente dada en la práctica al auto del art. 790.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin perjuicio de lo anterior es conveniente tener presente que el delito de prevaricación es un delito grave por su repercusión en los principios del Estado de Derecho, con independencia de la pena para él prevista, y que por ello es evidente que el legislador no puede haber querido abreviar el debate sobre su existencia, reduciendo al tiempo la posibilidad de recursos para el acusado. Esta decisión de la Sala no vulnera el art. 14 CE, dado que este caso es el primero en el que se juzga a un Juez después de derogadas las normas del antejuicio. No existe ningún otro caso en el que la Sala haya procedido de manera distinta en la situación legal actual, es decir, después de la derogación de las normas del antejuicio. Tampoco se infringe el principio de legalidad. En primer lugar porque el procedimiento aplicado está regulado en la ley y, en segundo lugar, porque la exclusión del procedimiento abreviado, una vez derogado el antejuicio, hubiera significado poner al Juez en una situación incompatible con la función que desempeña y la necesaria protección de la institución judicial. Sin perjuicio de ello el principio de legalidad sólo se infringe cuando la solución jurídica adoptada perjudica, pero en ningún caso si beneficia. Por otra parte, tampoco se lesiona el derecho de defensa, pues el procedimiento ordinario permite el derecho de defensa con mayor amplitud que el procedimiento abreviado”.

A favor de la utilización del proceso ordinario se han esgrimido, siguiendo el ATS de 3.11.1998 (RJ 1998\3123; MP: Gregorio García Ancos), los siguientes argumentos: En primer lugar, que “la elección de este trámite procesal (sumario ordinario) sólo tuvo por finalidad, amén de llevar a cabo una más completa investigación de lo sucedido y denunciado”. En segundo lugar, que en el proceso ordinario una vez que se llega a la convicción de que existen indicios racionales de

criminalidad, el juez de instrucción dictará el auto de procesamiento que, sin duda, “garantiza una mejor y más amplia defensa del querellado, pues es obvio que tales garantías son menores y quedan muy restringidas en el llamado procedimiento abreviado hasta tal punto que muy poco después de ser admitida a trámite la querrela y con levísima investigación se puede abrir el juicio oral y a través de este acuerdo ‘sentar en el banquillo’ al querellado (...) En contra de ello se alega que tales más amplias garantías tienen su contrapunto en el hecho mismo del procesamiento que supone, además de un desprestigio para el procesado, la suspensión de empleo y parte de los emolumentos que hubiera percibido en activo. En este sentido esta Sala no ignora (sería necio hacerlo) que el procesamiento de cualquier persona, sobre todo de las que gozan de un cierto ‘status’ social y profesional, como es el caso, conlleva una fuerte carga de sufrimiento moral e incluso material para quien la padece, pero ello no quiere decir que si se hubiera tramitado el proceso por el procedimiento abreviado esa carga aflictiva hubiera sido de menor entidad, ya que, incluso con la simple inculpación, se podían haber adoptado esas medidas contra el imputado, sin esperar a la apertura del juicio oral, como recientemente sucedió en algún supuesto”.

Por otro lado, en otras sentencias el Tribunal Supremo considera, en doctrina hoy consolidada, que el delito de prevaricación judicial deberá sustanciarse por los trámites del procedimiento abreviado. En este sentido se manifiesta la STS, 2<sup>a</sup>, de 11.12.2001 (RJ 2002\1792; MP: Joaquín Giménez García) al señalar que “la disyuntiva que presenta el recurrente en favor del Sumario Ordinario no tiene, precisamente, apoyo legal en la medida que a la vista de la pena señalada al delito de prevaricación, en cualquiera de las formas descritas en los artículos 446 y 447 nunca excede de los nueve años de prisión que marca el límite a partir del cual el cauce procesal adecuado es el Sumario Ordinario, de conformidad con el art. 779 de la LECrim. En concreto, como ya se recoge en el auto de admisión de la querrela, los hechos, de ser ciertos, podrían integrar un delito (...) bien en la modalidad del art. 446.3, bien en la del 447 del Código Penal (...). Pues bien, las penas previstas en ambos artículos son de multa e inhabilitación especial en el primer caso, y solo inhabilitación en el segundo, por ello, el Auto del señor Magistrado Instructor acordando la continuación de la causa por el Procedimiento Abreviado competencia de la Audiencia Provincial -o en su caso del Tribunal Superior de Justicia dada la condición de aforado del recurrente según el art. 73.3.b de la LOPJ- está plenamente ajustado a las previsiones legales. Por otra parte, el recurrente se limita a alegar vulneración de los derechos que se dicen violados sin argumentar ni mínimamente de qué modo y manera se le ha privado de la tutela judicial, donde se ha vulnerado la legalidad o donde está la quiebra de la seguridad jurídica, por lo que ya está por esta falta de acreditación debería ser desestimada la denuncia y el motivo. Recordemos a modo de ejemplo, las SSTC 186/1998 (RTC 1998\186) y 185/1992 (RTC 1992\185) que consolidando y reiterando una consagrada doctrina, declaran que la infracción de un precepto procesal cualquiera, o el acaecimiento de cualquier irregularidad, no tiene porqué ocasionar siempre y en todo caso la lesión automática al derecho a la tutela judicial efectiva. Antes bien -se razona en la primera sentencia- la indefensión a la que se refiere el art. 24-1 de la CE en tan solo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte procesal, un perjuicio de índole material que le impide defender sus derechos e intereses legítimos en la esfera del proceso penal. En idéntico sentido, la segunda sentencia reitera que la indefensión en

sentido constitucional se caracteriza por suponer una privación o limitación del derecho de defensa, con mengua del derecho a intervenir en el proceso. El recurrente hace referencia, como no podía ser menos, a la reciente STS 2/1999, de 15 de octubre, Causa Especial 2940/1997 -asunto Gómez de Liaño- en el que se acordó la tramitación de la causa por el procedimiento del Sumario, y donde, curiosamente, se efectuó idéntica denuncia a la ahora efectuada, pero allí porque la causa se había tramitado por el cauce del Sumario y no por el Procedimiento Abreviado, es decir, justo a la inversa. El presente se trata del segundo caso, tras el anteriormente citado, pero como bien se razonó por el Tribunal sentenciador al rechazar la cuestión previa planteada en este sentido por el recurrente en el trámite de la Audiencia Preliminar, la sentencia 2/1999 fue dictada por la Sala Segunda juzgando en instancia única, por lo que no puede verificarse la existencia de una doctrina jurisprudencial. Al respecto habrá que convenir que sin perjuicio de reconocer la conveniencia de un criterio uniforme en atención al cual se determine el proceso a seguir en los casos de prevaricación judicial, el argumento legal, ya expuesto, nos envía al Procedimiento Abreviado<sup>62</sup>.

Por tanto, siguiendo la doctrina ya consolidada por el TS, consideramos que el delito de prevaricación judicial se sustanciará por los trámites del procedimiento abreviado, dado que la pena señalada para el delito de prevaricación, en los arts. 446 y 447 CP, no es superior a los nueve años de pena privativa de libertad (art. 757 LECrim).

### ***7. Efectos de la iniciación del proceso penal por prevaricación judicial***

La iniciación del proceso penal por el delito de prevaricación judicial puede incidir sobre el ejercicio de la función jurisdiccional ya que puede ocasionar la suspensión provisional del juez o magistrado.

La inamovilidad es una de las garantías de la independencia judicial e implica que los jueces y magistrados no pueden ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley (art. 117.2 CE).

La suspensión supone el apartamiento temporal del juez o magistrado de sus funciones. El art. 383 LOPJ dispone que “la suspensión de los Jueces y Magistrados sólo tendrá lugar en los casos siguientes: 1º. Cuando se hubiera declarado haber lugar a proceder contra ellos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones; 2º. Cuando por cualquier otro delito doloso se hubiere dictado contra ellos auto de prisión, de libertad bajo fianza o de procesamiento (...)”.

---

<sup>62</sup> En sentido similar véanse, entre otras, STS, 2ª, de 27.2.2012 (RJ 2012\3659; MP: Andrés Martínez Arrieta); de 13.2.2012 (RJ 2012\2650; MP: Manuel Marchena Gómez) y de 9.2.2012 (RJ 2012\199; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Luarda); STSJ de Andalucía, Granada, Civil y Penal, de 13.10.2011 (RJ 2011\1237; MP: Lorenzo del Río Fernández); STS, 2ª, de 3.2.2009 (RJ 2009\1771; MP: Luciano Varela Castro); STSJ de Cataluña, Civil y Penal, de 3.1.2005 (RJ 2005\502; MP: Ponç Feliu i Llansa); STS, 2ª, de 28.6.2004 (RJ 2004\5074; MP: Joaquín Delgado García); STSJ de Cataluña, Civil y Penal, de 22.11.1999 (RJ 1999\3422; MP: Lluís Puig i Ferriol).

Es necesario distinguir entre esta suspensión provisional o cautelar, que determina que el Juez o Magistrado quede privado de sus funciones durante la sustanciación del proceso penal, y la suspensión definitiva, que se puede imponer como pena por sentencia firme. La suspensión temporal implica que el Juez o Magistrado será privado temporalmente del ejercicio de la Potestad Jurisdiccional y, por tanto, también de todos los derechos y las prerrogativas que son inherentes a su condición de funcionario público.

Llegados a este punto, hemos de preguntarnos desde cuando se le debe suspender provisionalmente. Para responder a esta cuestión debemos determinar cómo se debe interpretar la expresión “cuando se hubiese declarado haber lugar a proceder contra ellos por delitos cometido en el ejercicio de sus cargos”.

Por un lado, podría interpretarse que dicha expresión significa que la suspensión se producirá desde la misma admisión a trámite de la querrela. Esta interpretación podría conllevar graves inconvenientes, ya que a la parte que no estuviera conforme con la actuación de un determinado Juez o Magistrado, le bastaría con interponer una querrela para conseguir apartar al mismo del conocimiento del asunto. No obstante, como hemos tenido ocasión de señalar, estos inconvenientes se pueden salvar mediante la aplicación del art. 410 LOPJ, en virtud del cual el órgano competente para decidir sobre la admisión de la querrela valorará si tales hechos tienen relevancia penal y si la imputación resulta verosímil.

Por otro lado, podríamos entender que la simple admisión de la querrela no conlleva la suspensión provisional del Juez o Magistrado. Pero esto también conduciría a un grave inconveniente, ya que si la admisión de la querrela no llevará aparejada la suspensión del juez o magistrado, nos encontraríamos con el contrasentido de que se esté instruyendo un proceso penal frente a un juez o magistrado por el ejercicio de sus funciones y, sin embargo, éste continúe desempeñándolas<sup>63</sup>.

Dada la gravedad de esta medida, entendemos que la adopción de la misma exige no sólo la admisión a trámite de la querrela, sino la existencia de un título de imputación concreto, esto es que existan indicios racionales de criminalidad<sup>64</sup>. En este mismo sentido se manifiesta la Comisión Permanente del CGPJ, que acordó proponer al Pleno del Consejo la improcedencia de la suspensión provisional en el ejercicio de sus funciones de un magistrado titular de un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, señalando que “la expresión utilizada en el art. 383.1 de la LOPJ ‘haber lugar a proceder’, no equivale a la simple admisión de la querrela, sino que se exige un título de inculpación concreto, y que la supresión del antejuicio, obliga a concluir que el Auto de admisión de una querrela no puede, ineluctablemente, conducir a la suspensión del juez (o magistrado) querrellado sin al menos un pronunciamiento específico de la Sala que entienda del asunto”<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> En este sentido véase, MONTERO AROCA (1990, p. 212).

<sup>64</sup> MARTINEZ TRISTAN (2003, p. 182).

<sup>65</sup> Acuerdo citado por VIEITES PEREZ (1997, p. 40).

Además, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en sus últimos acuerdos, ha dado un paso más al hacer efectiva la suspensión provisional de funciones como consecuencia del auto de apertura del juicio oral<sup>66</sup>. Consideramos muy acertado que se posponga la decisión sobre la suspensión provisional hasta que las partes hayan formulado sus escritos de acusación solicitando la apertura del juicio oral y se haya dictado el auto de apertura del juicio oral por entender que concurren los presupuestos necesarios para ello<sup>67</sup>.

La suspensión provisional tiene carácter automático. Así, el Juez o Tribunal que conociera de la causa lo comunicará al Consejo General del Poder Judicial, que deberá hacer efectiva la suspensión provisional, con audiencia del Ministerio Fiscal. Esta suspensión durará hasta que se dicte sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento (art. 384 LOPJ).

## 8. Tabla de sentencias

### *Sentencias y Autos del Tribunal Supremo*

<i>Sala y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 2 <sup>a</sup> , de 13.1.1981	RJ 1981\132	Mariano Gómez de Liaño y Cobaleda
STS, 2 <sup>a</sup> , de 22.11.1989	RJ 1989\8699	Enrique Ruiz Vadillo
STS, 2 <sup>a</sup> , de 28.12.1990	RJ 1990\10102	Francisco Soto Nieto
STS, 2 <sup>a</sup> , de 21.12.1990	RJ 1990\9937	Luis Román Puerta Luis
STS, 2 <sup>a</sup> , de 19.12.1990	RJ 1990\9661	Eduardo Móner Muñoz
STS, 2 <sup>a</sup> , de 12.3.1992	RJ 1992\2084	Francisco Huet García
STS, 2 <sup>a</sup> , de 12.3.1992	RJ 1992\2442	José Augusto Vega Ruiz
STS, 2 <sup>a</sup> , 31.1.1992	RJ 1992\615	Justo Carrero Ramos
STS, 2 <sup>a</sup> , de 4.12.1993	RJ 1993\9385	Enrique Ruiz Vadillo
STS, 2 <sup>a</sup> , de 15.11.1993	RJ 1993\8581	Luis Román Puerta Luis
STS, 2 <sup>a</sup> , de 4.3.1994	RJ 1994\3655	José Antonio Martín Pallín
STS, 2 <sup>a</sup> , de 7.2.1994	RJ 1994\1273	Luis Román Puerta Luis
STC de 15.2.1994	RJ 1994\40	Vicente Gimeno Sendra
STS, 2 <sup>a</sup> , de 12.6.1995	RJ 1995\4517	José Augusto de Vega Ruiz
STS, 2 <sup>a</sup> , de 10.7.1995	RJ 1995\5430	Joaquín Martín Canivell
STS, 2 <sup>a</sup> , de 17.7.1995	RJ 1995\5606	Cándido Conde-Pumpido Tourón
STS, 2 <sup>a</sup> , de 10.10.1995	RJ 1995\7549	Fernando Cotta Márquez de Prado
STS, 2 <sup>a</sup> , de 2.2.1996	RJ 1996\788	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez

<sup>66</sup> Así la STS, 3<sup>a</sup>, de 3.5.2012 (RJ 2012\6472; MP: José Díaz Delgado) señala que “se enjuicia en el presente recurso el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de fecha 28 de abril de 2011, cuyo punto I-25<sup>o</sup> resolvió ratificar el acuerdo de la Comisión Permanente de 19 de abril de 2011, adoptado por razones de urgencia y en funciones de Pleno, por el que se acordó hacer efectiva la suspensión provisional de funciones del Magistrado Sr. Carlos Daniel como consecuencia del auto de apertura de juicio oral dictado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con fecha 11 de abril del citado año, en la causa especial nº 20716/2009”. En este mismo sentido véase STS, 3<sup>a</sup>, de 30.1.2012 (RJ 2012\3695; MP: Pablo Lucas Murillo de la Cueva).

<sup>67</sup> El delito de prevaricación judicial se tramita, como hemos mencionado, a través del procedimiento abreviado (véase apartado 6). En este procedimiento, el instructor es el competente para controlar la existencia de un mínimo de fundamento para la apertura del juicio oral. Así, ordenará que se de traslado de las diligencias previas al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas, para que en el plazo común de diez días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación (art. 780.1 LECrim).



STS, 2 <sup>a</sup> , de 26.9.1997	RJ 1997\6366	Gregorio García Ancos
STS, 2 <sup>a</sup> , de 24.6.1998	RJ 1998\5694	Eduardo Móner Muñoz
STS, 2 <sup>a</sup> , de 15.10.1999	RJ 1999\7176	Gregorio García Ancos
STS, 2 <sup>a</sup> , de 22.3.2001	RJ 2001\1357	José Antonio Martín Pallín
STS, 2 <sup>a</sup> , de 11.12.2001	RJ 2002\1792	Joaquín Giménez García
STS, 2 <sup>a</sup> , de 28.6.2004	RJ 2004\5074	Joaquín Delgado García
STS, 2 <sup>a</sup> , de 3.2.2009	RJ 2009\1771	Luciano Varela Castro
STS, 3 <sup>a</sup> , de 30.1.2012	RJ 2012\3695	Pablo Lucas Murillo de la Cueva
STS, 3 <sup>a</sup> , de 3.5.2012	RJ 2012\6472	José Díaz Delgado
STS, 2 <sup>a</sup> , de 9.2.2012	RJ 2012\199	Miguel Colmenero Menéndez de Luarda
STS, 2 <sup>a</sup> , de 13.2.2012	RJ 2012\2650	Manuel Marchena Gómez
STS, 2 <sup>a</sup> , de 27.2.2012	RJ 2012\3659	Andrés Martínez Arrieta
ATS de 23.2.1998	RJ 1998\2533	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez
ATS de 3.11.1998	RJ 1998\3123	Gregorio García Ancos
ATS, 2 <sup>a</sup> , de 17.1.2002	RJ 2002\2344	Enrique Bacigalupo Zapater

### *Sentencias y Autos del Tribunal Constitucional*

<i>Sala y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC de 11.7.1983	RJ 1983\62	Rafael Gómez-Ferrer Morant
STC de 29.11.1984	RJ 1984\113	Angel Latorre Segura
STC de 29.10.1985	RJ 1985\147	Carlos de la Vega Benayas
STC de 28.9.1987	RJ 1987\148	Jesús Leguina Villa
STC de 3.11.1987	JUR 1987\173	Luis Díez-Picazo y Ponce de León
STC de 4.12.1989	RJ 1989\203	Luis López Guerra
STC de 13.2.1989	RJ 1989\33	Francisco Tomás y Valiente
STC de 16.11.1989	RJ 1989\191	Fernando García-Mon y González Regueral
STC de 29.11.1993	RJ 1993\351	Álvaro Rodríguez Bereijo
STC de 12.12.1994	RJ 1994\326	Carlos de la Vega Benayas
STC de 15.2.1994	RJ 1994\40	Vicente Gimeno Sendra
STC de 31.1.1994	RJ 1994\34	Eugenio Díaz Eimil
STC de 2.3.1998	RJ 1998\50	José Gabaldón López
STC de 26.4.1999	RJ 1999\79	Fernando Garrido Falla
STC de 2.4.2001	RJ 2001\94	Vicente Conde Martín de Hijas
ATC de 1.4.1987	RJ 1987\424	
ATC de 10.11.2003	RJ 2003\360	
ATC de 19 de junio de 2006	RJ 2006\193	

### *Sentencias y Autos de los Tribunales Superiores de Justicia y otros*

<i>Sala y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STSJ de Cataluña, Civil y Penal, de 22.11.1999	RJ 1999\3422	Lluís Puig i Ferriol
STSJ de Cataluña, Civil y Penal, de 3.1.2005	RJ 2005\502	Ponç Feliu i Llansa
STSJ de Andalucía, Granada, Civil y Penal, de 13.10.2011	RJ 2011\1237	Lorenzo del Río Fernández
ATSJ Andalucía, Granada, Civil y Penal, de 5.5.1998	RJ 1998\2907	Plácido Fernández Viagas
ATSJ Murcia, Civil y Penal, 29.6.1998	RJ 1998\4477	Manuel Abadía Vicente
ATSJ de Castilla-La Mancha, Civil y Penal, de 16.1.2001	JUR 2001\102776	Emilio Frías Ponce

ATSJ de Castilla-La Mancha, Civil y Penal, de 25.1.2001	JUR 2001\102282	Eugenio Cárdenas Calvo
ATSJ Andalucía, Granada, Civil y Penal, de 13.9.2003	JUR 2003\235923	
ATSJ de Andalucía, Granada, Civil y Penal, de 22.6.2005	JUR 2005\276933	Jerónimo Garvín Ojeda
ATSJ Murcia, Civil y Penal, de 22.19.2007	JUR 2007\85950	Manuel Abadía Vicente
ATSJ de Cataluña, Civil y Penal, de 9.3.2009	JUR 2009\236248	Nuria Bassols Muntada
SAP de Barcelona, Secc. 2 <sup>a</sup> , de 1.7.2004	RJ 2004\604	Javier Arzua Arrugaeta

## 9. Bibliografía

Carmen ALASTUEY DOBON *et al.* (1996), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Francisco Javier ÁLVAREZ GARCIA (1987), *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Bosch, Barcelona.

Sara ARAGONESES MARTINEZ (1995), "Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección", *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, pp. 409 y ss.

Javier BARCELONA LLOP (1994), "Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales", *Documentación Administrativa*, núm. 237-238.

Luis BENEYTEZ MERINO *et al.* (1997), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, T. 3, Trivium, Madrid.

Manuel CANCIO MELIA *et al.* (1997), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid.

Miguel CASINO RUBIO (1998), *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, Madrid.

Manuel COBO DEL ROSAL *et al.* (1991), *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Antonio DEL MORAL GARCIA (2002), *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, T. 2, Comares, Granada.

Miguel Ángel ENCINAR DEL POZO (2008), "La responsabilidad penal de los jueces y magistrados", en *La responsabilidad personal del juez*, Thomson-Civitas, Navarra.

María Dolores FERNANDEZ FUSTES (2004), *La intervención de la víctima en el proceso penal (Especial referencia a la acción civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- Ramón FERRER BARQUERO (2002), *El delito de prevaricación judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Eduardo FONT SERRA (1991), *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, La Ley, Madrid.
- Mercedes GARCIA ARAN (1990), *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid.
- Mercedes GARCIA ARAN *et al.* (1996), *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Tecnos, Madrid.
- Vicente GIMENO SENDRA *et al.* (2000), *Los procesos penales*, T. 3, Bosch, Barcelona.
- Emilio GOMEZ ORBANEJA *et al.* (1987), *Derecho Procesal Penal*, Madrid.
- Emilio GOMEZ ORBANEJA (1951), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. 2, Vol. I, Barcelona.
- José Luis GONZALEZ CUSSAC (2002), "Prevaricación judicial: de lo general al caso particular", *IURIS, Actualidad y práctica del Derecho*, núm. 60, pp. 26 y ss.
- Jaime GOYENA HUERTA *et al.* (2002), "La prevaricación", en *Los delitos contra la administración de justicia*, Aranzadi, Navarra.
- Jesús LEGUINA VILLA (1993), "La responsabilidad patrimonial de la administración, de sus autoridades y del personal a su servicio", en *La nueva Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común*, Tecnos, Madrid.
- Diego Manuel LUZON PEÑA (1982), "Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la administración de justicia", en *Libro homenaje al Profesor J. Antón Oncea*, Ediciones Universidad de Salamanca.
- María José MAGALDI *et al.* (1983), "Los delitos contra la administración de justicia ante la reforma penal", *Documentación Jurídica*, núm. 37/40, Vol. 2, pp. 1117 y ss.
- Luis MARTIN REBOLLO (1996), "La responsabilidad de las administraciones públicas en España: Nota introductoria", en *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid.
- Luis MARTIN REBOLLO (1994), "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España: Estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica", *Documentación Administrativa*, núm. 237-238.

Francisco Gerardo MARTINEZ TRISTAN (2003), "La relación de servicio. Contenido dinámico", en *Derecho judicial. Estatuto de Jueces y Magistrados. Situaciones e incompatibilidades. Inspección de Tribunales*, Aranzadi, Navarra.

María Concepción MOLINA BLAZQUEZ (1998), *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, Barcelona.

Juan MONTERO AROCA (1990), *Independencia y responsabilidad del Juez*, Civitas, Madrid.

Juan MONTERO AROCA *et al.* (2001), *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Víctor MORENO CATENA *et al.* (2012a), *Introducción al derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

--- (2012b), *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (1980), *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid.

Manuel ORTELLS RAMOS (1997), *El proceso penal abreviado. (Nueve estudios)*, Comares, Granada.

Enrique ORTS BERENGUER *et al.* (1996), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Gonzalo QUINTERO OLIVARES *et al.* (2004), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Navarra.

Gonzalo QUINTERO OLIVARES (1999), *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Aranzadi, Pamplona.

María Inmaculada RAMOS TAPIA (2000), *El delito de prevaricación judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Juan José REIGOSA GONZALEZ (1994), "La prevaricación judicial", en *Delitos de los funcionarios públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid.

Carlos VAZQUEZ GONZALEZ (1998), "La responsabilidad civil derivada del delito", *Actualidad Civil*, núm. 4.

Carlos VIEITES PEREZ (1997), "Delitos de prevaricación. Nueva regulación dentro de los delitos contra la administración de justicia. Efectos de la supresión del antejuicio", en *Delitos contra la Administración de justicia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid.

Mariano YZQUIERDO TOLSADA (2001), *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid.