

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Auto núm. /

Fecha del auto: 16/09/2025

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 7909/2022

Fallo/Acuerdo: Auto Desestimando Nulidad Actuaciones

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Concepción Sáez Rodríguez

Transcrito por: MBP

Nota:

Resumen

No ha lugar al incidente de nulidad.

RECURSO CASACION núm.: 7909/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Concepción

Sáez Rodríguez

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta, presidente

D. Antonio del Moral García

D.^a Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 16 de septiembre de 2025.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El condenado D. Luis Acayro Sánchez Lázaro fue condenado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en sentencia de fecha 31 de octubre de 2022 como autor criminalmente

responsable de un delito de prevaricación judicial del art. 446.3 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a las penas de seis meses de multa con cuota diaria de quince euros (15€) y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad o trabajos en beneficio de la comunidad si fueren aceptados por el penado por cada dos cuotas diarias no satisfechas, e inhabilitación especial para el ejercicio de la función jurisdiccional, con pérdida definitiva de cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales por tiempo de cinco años, así como al pago de la indemnización correspondiente por el perjuicio moral causado, y al de las costas procesales.

SEGUNDO.- Interpuestos recursos de casación contra la sentencia condenatoria por el referido condenado, así como por el Ministerio Fiscal y por la Acusación Particular y Popular D. José M^a Real del Campo e Ilustre Colegio de la Abogacía de Cantabria, este Tribunal lo resolvió por sentencia de fecha 11 de junio de 2025, en la que declaró haber lugar a los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal con estimación de su motivo único y de la Acusación Particular y Popular D. José M^a Real del Campo e Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria, con estimación de su motivo segundo y desestimación del resto, y declarando no haber lugar al recurso de casación de D. Luis Acayro Sánchez Lázaro, que fue condenado como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación judicial tipificado en el art. 446.3 C.P. sin concurrir error de prohibición, y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a la pena de 12 meses de multa a razón de 10 euros/día y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no pagadas o de trabajos en beneficio de la comunidad si fueren aceptados por el penado por cada dos cuotas diarias no satisfechas, e inhabilitación especial para el ejercicio de la función jurisdiccional, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales por tiempo de diez años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez años con la responsabilidad

civil ya fijada en la sentencia y con costas de oficio. Consta Voto Particular de dos de los Magistrados que integraron la Sala de deliberación y fallo del Tribunal Supremo.

TERCERO.- La representación procesal del condenado D. Luis Acayro Sánchez Lázaro, por escrito de 22 de julio de 2025, promueve incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 11 de junio de 2025, resolutorio del mencionado recurso de casación.

La representación procesal del Ilustre Colegio de la Abogacía y de D. José M^a Real del Campo, impugna y solicita la íntegra desestimación de la nulidad de actuaciones promovido por la representación procesal de D. Luis Acayro Sánchez Lázaro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hay que precisar, como premisa básica, varios puntos que son trascendentes y relevantes a la hora de resolver el incidente presentado, a saber:

1.- Esta Sala al desestimar el recurso de la defensa y estimar el interpuesto por el Ministerio Fiscal no ha alterado los hechos probados en modo alguno. La estimación del recurso del Fiscal se lleva a cabo como cuestión jurídica, pero sin afectar al factum de la sentencia que queda incólume.

2.- La clave está en la contradicción jurídica entre prevaricación dolosa y error de prohibición apreciado por el TSJ. No cabe el dictado de una resolución injusta a sabiendas con error de prohibición. Esto es una *contradictio in terminis*.

3.- Además, esta Sala al desestimar el recurso de la defensa y estimar el interpuesto por el Ministerio Fiscal no ha realizado valoración de prueba alguna. Al estimar el recurso del Fiscal se entiende que, jurídicamente, resulta incompatible técnicamente el error de prohibición con la prevaricación dolosa, tal y como se explica con detalle en el FD nº 8. Se hace constar que *prevaricación judicial dolosa y error de prohibición son incompatibles. Si hay prevaricación judicial no puede existir una creencia de actuar con causa de*

justificación en cumplimiento de un deber, porque ello alejaría el dolo. Y para ello no se modifica el factum, porque no es posible hacerlo en casación, y tampoco hay que revalorar prueba, que también está vetado. Es cuestión técnico-jurídica nada más.

4.- La clave de la estimación del recurso del Ministerio Fiscal se centra en que la Sala por mayoría ha entendido que “error de prohibición no puede operar en el delito del artículo 446.3 CP”, pues el tipo objetivo exige “dictar resolución injusta” y el tipo subjetivo “hacerlo a sabiendas de esa injusticia”. No caben causas de justificación”. Y para ello no se ha modificado el factum, ni se ha efectuado valoración de prueba alguna.

5.- La Sala estima el recurso del Ministerio Fiscal al señalar que “se prevarica dolosamente dictando a sabiendas resolución injusta, o se prevarica culposamente por haber dictado esa resolución por negligencia o ignorancia inexcusables. No cabe el error de prohibición indirecto fundado en la concurrencia de la causa de justificación” Y para ello no se ha modificado el factum ni se ha efectuado valoración de prueba alguna.

6.- La Sala estima el recurso del Ministerio Fiscal al señalar que “No cabe un error de prohibición indirecto fundado en causa de justificación de cumplimiento de un deber. No existe un deber de investigar en un procedimiento en el que “no se debía investigar” cuestiones ajenas a lo pedido. La “investigación” es función judicial cuando se trata de investigar por el objeto del pleito y la jurisdicción donde se lleva a cabo, pero no existe una especie de “deber universal de investigar” en un procedimiento y en cualquier orden jurisdiccional por cuestiones que nada afectan y/o tienen que ver con lo que se ha pedido que sea resuelto en el orden jurisdiccional contencioso administrativo.” Y para ello no se ha modificado el factum ni se ha efectuado valoración de prueba alguna.

7.- La Sala estima el recurso del Ministerio Fiscal al señalar que “el Magistrado era consciente de que no tenía ninguna competencia para revisar esa contratación. Y en modo alguno cabe un error de prohibición indirecto de que actuaba en cumplimiento de un deber, porque ningún deber le trasladaba instar esa información. Había clara “ajenidad” con lo que debía resolver”. Y para ello no se ha modificado el factum ni se ha efectuado valoración de prueba alguna.

8.- La Sala estima el recurso del Ministerio Fiscal al señalar que “No hacía falta, ni procedía, requerir a la Administración a los efectos de completar el expediente administrativo y que esa realidad la conocía el Ilmo. Sr. Magistrado. El expediente administrativo estaba completo. No existió creencia equívoca de actuar conforme a derecho, sino conciencia de utilizarlo arbitrariamente”. Y para ello no se ha modificado el factum ni se ha efectuado valoración de prueba alguna.

9.- Frente a la queja del promotor del incidente de nulidad, lo que consta en el factum de la sentencia, son hechos que permiten la subsunción de los mismos en el tipo penal objeto de condena de prevaricación dolosa, y, muy al contrario, nada que permita sostener un error de prohibición incompatible con aquél.

Se refiere en el factum que:

a.- El objeto del procedimiento contencioso-administrativo era ***La finalidad de este procedimiento era decidir sobre la procedencia de la autorización provisional concedida para paralizar una demolición mientras se restauraba la legalidad urbanística.***

b.- Lo que acuerda el juez de oficio es que “El día 20 de diciembre del 2018, el Ilmo. Sr. Magistrado dictó un auto en el que acordaba ***“requerir al Ayuntamiento de Castañeda, a través de su representación procesal a los efectos de que en el plazo de tres días aporte la documentación completa acreditativa de los contratos menores celebrados con los autores de los informes jurídicos y técnicos obrantes en el expediente administrativo”.***

c.- ***Los informes jurídicos y técnicos emitidos sí constaban en el expediente administrativo remitido por el Ayuntamiento de Castañeda, sin que el Letrado de la Administración de Justicia ni las partes hubiesen apreciado irregularidad u omisión alguna en el expediente administrativo remitido, lo que conocía el juzgador.***

d.- Tal decisión fue recurrida y desestimada por el juez y se planteó incidente de nulidad también desestimado, insistiendo en reclamar esa prueba.

e.- El 15 de Abril de 2019 el acusado dicta un auto acordando mandar testimonio de las facturas indicadas a la Agencia Tributaria a los efectos legales oportunos.

f.- La Agencia Tributaria no inició expediente alguno ni promovió ninguna otra actuación contra el Sr. Real del Campo.

En consecuencia, claramente se comprueba la “absoluta ajenidad” del objeto del procedimiento judicial con la prueba que, de oficio, acuerda el recurrente.

10.- Esta Sala no puede alterar los hechos probados. Está vetado en sede casacional como es sabido. Y no lo ha hecho, porque nada consta en el factum de la sentencia del TSJ del error de prohibición, por lo que suprimirlo como cuestión jurídica no afecta al factum, por lo que no es ajustado lo que se señala en el voto particular. No es cierto, por ello, que el dictado de la sentencia mayoritaria conlleve alteración del factum. Pero tampoco ha revalorado la prueba. Porque no hacía falta para excluir el error de prohibición. Así, ni lo ha hecho la sentencia mayoritaria, ni podía hacerlo. Y, además, no hace falta para excluir el error de prohibición, el cual se excluye automáticamente con la aceptación por el TSJ de que el Juez dictó resolución injusta a sabiendas de que lo era. Y esto no admite error de prohibición alguno. Es incorrecto, por ello, el tenor literal del voto particular cuando apunta que esta Sala ha alterado el factum y ha revalorado la prueba. Simplemente, no es cierto.

Lo que la Sala lleva a cabo al estimar el recurso del Fiscal es mantener el factum y la valoración probatoria del TSJ que, como se indica en la sentencia de la Sala respecto de la del TSJ, *además, añade en el FD nº 9 que “no quedando justificada su conducta por causa de justificación alguna”,* lo que desarticula jurídicamente el error de prohibición, que es lo único que suprime la Sala en su sentencia mayoritaria. Y ello se lleva a cabo sin alterar los hechos, ni efectuar nueva valoración de la prueba, la cual es mantenida, obviamente, por esta Sala al admitir la prevaricación dolosa que fue apreciada por el TSJ y sus argumentos de condena, aunque incompatible con el error de prohibición.

No consta en el factum base fáctica alguna para admitir el error de prohibición que es recurrido por el Ministerio Fiscal y estimado por la Sala en cuanto a la incompatibilidad del mismo con la prevaricación dolosa de un Juez. Por ello, frente al incidente de nulidad planteado que cuestiona que consta en el factum base para la condena, lo que no consta en el factum es base alguna para la admisión del error de prohibición que admite el TSJ y suprime la sentencia mayoritaria.

El TSJ señaló en su sentencia en la que condenó por prevaricación judicial dolosa que:

- 1.- Para la existencia del delito de prevaricación judicial se requiere que la ilegalidad sea tan evidente que revele por sí misma la injusticia, el abuso y el plus de antijuricidad de la decisión judicial.
- 2.- Lo que en modo alguno procedía, según el propio informe, era acordar la deducción de testimonio de las facturas indicadas y su remisión a la Agencia Tributaria al apreciar que se han podido cometer irregularidades con trascendencia tributaria.
- 3.- Tampoco procedía reclamar del Ayuntamiento de Castañeda información sobre la contratación de técnicos externos y requerir la aportación de los contratos menores.
- 4.- Lo que hace (El juez) es acordar pruebas que ninguna relación tienen con el procedimiento y cuya finalidad es averiguar “por qué y cómo se le contrata” al letrado querellante -expresión contenida en el auto de 11 de febrero de 2019-, razonando que “la contratación de un técnico ajeno a la Administración para que informe sobre un expediente concreto necesariamente debe formar parte del expediente”.
- 5.- Las facultades que la ley atribuye al juzgador son amplias, pero han de ejercitarse dentro de los límites que el propio legislador establece.
- 6.- Lo que se pretendía era investigar (indagar para descubrir algo) sobre una cuestión que excedía notoriamente del objeto del procedimiento.
- 7.- El conjunto de actuaciones iniciadas por el Ilmo. Sr. Magistrado querellado desde su providencia de 15 de octubre de 2018 (aunque en ella no se expresó y tampoco en el auto de 12 de noviembre de 2018 en que se acordaba citar a la secretaria del Ayuntamiento) tenían por objeto y finalidad iniciar una investigación sobre una cuestión totalmente ajena al procedimiento, averiguar “por qué y cómo” se contrata, fundamentalmente, al letrado querellante.
- 8.- La decisión del juzgador excedía notoriamente del objeto del procedimiento y que afectó al Sr. Real del Campo.
- 9.- La fundamentación de dicha decisión fue, ya lo hemos dicho, que no constaban los antecedentes administrativos que justificasen la externalización de los informes en los que se basa la resolución ahora recurrida. Dicha justificación, junto con la pretendida necesidad de completar el expediente, no es admisible, aunque sea el juzgador quien tenga la última y definitiva palabra

tanto sobre el contenido e integración del expediente como sobre su ordenación y confección. Amplísima facultad que debe ejercitarse, insistimos, dentro de los límites que impone el legislador. Tal pretendida justificación bien puede calificarse, como lo hace la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 20 de julio de 2017, de “subterfugio de acompañar la decisión, que se sabe injusta, de argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto.

10.- La decisión adoptada por el Ilmo. Sr. Magistrado de recabar información sobre la justificación de contratación de técnicos externos y requerir la aportación de los propios contratos menores -con los que se había llevado a efecto dicha contratación-, materializada en el auto 20 de diciembre de 2018, integra el delito de prevaricación del artículo 446.3 del Código Penal porque es injusta.

11.- La decisión del juzgador no puede sostenerse mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley, no está basada en una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor y, desde el punto de vista objetivo, no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos.

12.- Con la decisión adoptada por el juzgador ha quedado de manifiesto que no ha aplicado la norma dirigida a la resolución del conflicto entre el administrado y la Administración, sino que ha hecho efectiva su voluntad de iniciar una investigación ajena a la cuestión sometida a su resolución, sin fundamento técnico-jurídico aceptable. La decisión se adoptó, sin duda, desde consideraciones ajenas a la Ley.

13.- En conclusión, estimamos que el propósito del juzgador al requerir justificación sobre la contratación de técnicos externos y solicitar la aportación de los contratos menores, (no resultando en absoluto necesario para la más acertada decisión del asunto sometido a su consideración y excediendo notoriamente del objeto del procedimiento), era, precisamente, investigar supuestas irregularidades en dicha contratación. Y, finalmente creyó encontrar alguna, al menos una que estimaba pudiera tener trascendencia tributaria, lo que motivó la deducción de testimonio a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

14.- Aunque se hubieran descubierto gravísimas irregularidades en el proceso de contratación, ello en modo alguno justificaba, o sanaba, la decisión del juzgador de investigarlas. No las había, pero esto es irrelevante, pues, de

haberse constatado su existencia, la finalidad de su eventual descubrimiento no justificaría la investigación realizada en un procedimiento administrativo que tenía otro objeto, claro y bien definido en la sentencia de 24 de junio de 2019 que puso fin al procedimiento.

15.- El Ilmo. Sr. Magistrado querellado conocía plenamente cual era el objeto del procedimiento sometido a su decisión.... Reiteramos que no hacía falta, ni procedía, requerir, a la Administración a los efectos de completar el expediente administrativo y que esta realidad la conocía el Ilmo. Sr. Magistrado. El expediente administrativo, reiteramos, estaba completo.

16.- El Ilmo. Sr. Magistrado querellado:

1º. Conoce y declara en sentencia cual es el objeto preciso del procedimiento;

2º. Conoce que su decisión, materializada en el Auto de 20 de diciembre de 2018, excede notoriamente de ese objeto y que la documentación que solicita no es antecedente ni fundamento de la resolución impugnada y por tanto no es preciso completar el expediente remitido por el Ayuntamiento y

3º. Tiene voluntad de adoptar y ejecutar la decisión, acordada de oficio, de requerir al Ayuntamiento de Castañeda para que justificase la externalización de los informes en los que se basaba la resolución recurrida y aportase los contratos menores pese a que dichos informes sí figuraban en el expediente. Estimamos por ello que ha de apreciarse en la conducta enjuiciada dolo directo de primer grado.

Pues bien, todo esto es lo que señala el TSJ en su sentencia respecto a la actuación prevaricadora llevada a cabo por el Juez y determina la condena del TSJ por delito de prevaricación dolosa.

Por ello, **no es cierto, y queda al margen de lo resuelto en la sentencia mayoritaria, lo que se hace constar en el voto particular relativo a que la sentencia con el voto mayoritario realiza una nueva valoración probatoria al margen de la llevada a cabo por el TSJ.** En modo alguno es así y nos remitimos a la contundente fundamentación jurídica llevada a cabo por el TSJ para dictar la condena por delito de prevaricación dolosa que se confirma por esta Sala sin valorar absolutamente la prueba.

Y tampoco es cierto lo que consta en la página 96 de la sentencia dentro del voto particular en relación a que en la sentencia se “manipulan

o retuercen” los hechos probados. En modo alguno ocurre así, y no es cierta tal aseveración, que es utilizada, a su vez, por el promotor del incidente de nulidad, ya que, al margen de las expresiones utilizadas (“manipular” y “retorcer”) para plasmar la disparidad de criterio con la sentencia mayoritaria, hay que significar que, **para dictar la sentencia de esta Sala del TS estimando el recurso del Ministerio Fiscal, la Sala ha mantenido inalterables los hechos probados, -como no podía ser de otra manera-, y no ha realizado valoración de prueba alguna.**

Ha sido el TSJ el que ha fijado el factum que permite la subsunción de los hechos probados en la prevaricación dolosa, -aunque discrepe el promotor del incidente de nulidad-, y ha sido el TSJ, no esta Sala del TS, la que ha realizado la valoración probatoria que determina la condena por prevaricación dolosa. Por ello, la sentencia mayoritaria ni “manipula” ni “retuerce” los hechos probados.

Lo que resuelve esta Sala del TS, nada más, es que esta prevaricación dolosa es técnicamente incompatible con el error de prohibición, -y esto es una cuestión netamente jurídica de contenido, porque prevaricación dolosa no puede “casar” con error de prohibición, y el Fiscal de Sala del Tribunal Supremo lo explicó a la perfección en su recurso que fue estimado, lo que constituye una cuestión netamente jurídica exenta y no necesitada (además de ser imposible técnicamente en casación) de una modificación del factum y una nueva valoración de prueba.

Por ello, **no es cierto lo que consta respecto a que los Magistrados que dictaron la sentencia han alterado el factum, para llevar a cabo la condena por la prevaricación dolosa.** Y ello, por cuanto es el TSJ el que condena en base a ese factum, y que esta Sala ha respetado, por delito de prevaricación dolosa, por lo que esta Sala no ha alterado los hechos probados, porque son esos mismos por los que el TSJ motivó la condena por delito de prevaricación dolosa y con omisión respecto a la concurrencia de un error de prohibición que es cuestión incompatible con la propia condena del TSJ por delito de prevaricación dolosa y que motivó perfectamente, como anteriormente se ha expuesto de forma sistematizada, la estimación del recurso del Fiscal. Por ello, la referencia del voto particular a que la sentencia del TS altera los hechos probados no se ajusta en modo alguno al contenido de la sentencia 535/2025, de 11 de Junio.

Pero, además, como bien dice el voto particular, la sentencia no examina la prueba y solo lo hace respecto de la sentencia, pero **no es correcto decir que la sentencia “revalora” la prueba**, porque para concluir que se estima el recurso del Fiscal solo hay que acudir a una cuestión estrictamente jurídica y es que “prevaricación dolosa y error de prohibición” son absolutamente incompatibles. Y para ello no hay que realizar una valoración probatoria como incide en ello el voto particular.

Pero es que, además, como hemos expuesto, **es el propio TSJ el que en el FD nº 9 señala que “no quedando justificada su conducta por causa de justificación alguna”, por lo que no cabe error de prohibición alguno**, y, en cualquier caso, incompatible con el delito de prevaricación dolosa, porque si hubiera sido justificada la conducta del juez, lo correcto hubiera sido la absolución y no la condena, precisamente por prevaricación judicial dolosa. O se había dictado resolución judicial injusta a sabiendas de que lo era, o no se había dictado en estas condiciones. Pero lo que no cabe admitir es que “se prevarica dolosamente y a sabiendas de la injusticia de forma justificada”. Esto es absolutamente incompatible, de ahí la supresión del error de prohibición.

Y cuando el voto particular refiere que la sentencia mayoritaria lleva a cabo valoraciones probatorias propias al margen de la sentencia no es así lo que consta en la sentencia, ya que las conclusiones valorativas no son del TS, sino las propias del TSJ que anteriormente hemos enumerado.

Y, así, entre los puntos anteriormente referenciados extraídos del propio TSJ, y sin añadir palabra o comentario alguno, el TSJ concluyó que:

1.- La decisión del juzgador no puede sostenerse mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley, no está basada en una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor y, desde el punto de vista objetivo, no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos.

2.- En conclusión, estimamos que el propósito del juzgador al requerir justificación sobre la contratación de técnicos externos y solicitar la aportación de los contratos menores, (no resultando en absoluto necesario para la más acertada decisión del asunto sometido a su consideración y excediendo notoriamente del objeto del procedimiento), era precisamente investigar supuestas irregularidades en dicha contratación. Y finalmente creyó encontrar

alguna, al menos una que estimaba pudiera tener trascendencia tributaria, lo que motivó la deducción de testimonio a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

3.- Aunque se hubieran descubierto gravísimas irregularidades en el proceso de contratación, ello en modo alguno justificaba o sanaba la decisión del juzgador investigarlas. No las había, pero esto es irrelevante pues, de haberse constatado su existencia, la finalidad de su eventual descubrimiento no justificaría la investigación realizada en un procedimiento administrativo que tenía otro objeto, claro y bien definido en la sentencia de 24 de junio de 2019 que puso fin al procedimiento.

4.- El Ilmo. Sr. Magistrado querellado conocía plenamente cual era el objeto del procedimiento sometido a su decisión.... Reiteramos que no hacía falta, ni procedía, requerir, a la Administración a los efectos de completar el expediente administrativo y que esta realidad la conocía el Ilmo. Sr. Magistrado. El expediente administrativo, reiteramos, estaba completo.

5.- El Ilmo. Sr. Magistrado querellado: 1º. Conoce y declara en sentencia cual es el objeto preciso del procedimiento; 2º. Conoce que su decisión, materializada en el Auto de 20 de diciembre de 2018, excede notoriamente de ese objeto y que la documentación que solicita no es antecedente ni fundamento de la resolución impugnada y por tanto no es preciso completar el expediente remitido por el Ayuntamiento y 3º. Tiene voluntad de adoptar y ejecutar la decisión, acordada de oficio, de requerir al Ayuntamiento de Castañeda para que justificase la externalización de los informes en los que se basaba la resolución recurrida y aportase los contratos menores pese a que dichos informes sí figuraban en el expediente.

Por ello, no hay valoración alguna contra el reo. Lo que hace la sentencia mayoritaria es estimar el recurso de casación de la Fiscalía por una cuestión técnico jurídica basada en la contundente incompatibilidad entre la prevaricación dolosa y el error de prohibición. Y ello, sin haber procedido a realizar una modificación de los hechos probados, porque consta claramente, que la sentencia de la Sala para nada los altera, ya que supone solo una relación de hechos de la actuación del juez determinante de la prevaricación dolosa, y, es más, sin justificación alguna indicativa, y la supresión del error de prohibición se lleva a cabo en base a la propia fundamentación jurídica de la sentencia del TSJ que es contundente en torno a la arbitrariedad del juez a la

hora de recabar una documentación al Ayuntamiento absolutamente ajena al procedimiento administrativo en sí. Y esa “ajenidad” es recogida y reconocida ampliamente en la sentencia, como hemos expuesto tanto en la sentencia mayoritaria de la Sala, como en los puntos que anteriormente hemos referido extraídos y sistematizados de lo que el propio TSJ fijó para condenar por delito de prevaricación dolosa incompatible absolutamente con el error de prohibición. Ahí está la clave de la sentencia mayoritaria de esta Sala en donde, insistimos, no se han modificado los hechos probados ni realizado valoración probatoria alguna.

Dado que la respuesta que da esta Sala al recurso del Ministerio Fiscal se verifica en una cuestión estrictamente jurídica, como se expone, no estamos en un supuesto en el que se haya hecho un cambio en la calificación jurídica del título de imputación en perjuicio del reo. En absoluto. La sentencia mayoritaria de esta Sala lo que lleva a cabo es motivar el mantenimiento de la condena por prevaricación dolosa, pero suprimiendo un pronunciamiento incompatible con esta condena, como es el error de prohibición. Y no se trata, como apunta el voto particular, de que para ello se hayan modificado los hechos probados y se haya revalorado la prueba. No es así, sencillamente porque no es cierto que este haya sido el proceder de esta Sala consciente de que ello no se puede llevar a cabo en esta sede.

Lo que se resuelve en la sentencia mayoritaria es simplemente una cuestión jurídica de imposibilidad de mezclar condena por prevaricación dolosa y error de prohibición. Y es la misma argumentación jurídica que se destacó en la sentencia de esta Sala respecto a la que llevó a cabo el TSJ para fundar la condena por prevaricación dolosa la que provoca, a su vez, la incompatibilidad de esta condena con el error de prohibición, sin que para ello se hayan tocado los hechos probados, porque no se ha hecho, pese a la insistencia del voto particular en que sí se ha hecho, cuando claramente no es así, y tampoco se ha revalorado la prueba, porque en modo alguno se ha hecho, pese a la también insistencia del voto particular en lo contrario.

Ni se han alterado los hechos probados ni se ha revalorado la prueba en perjuicio del reo. En modo alguno es así.

Por ello, frente al incidente de nulidad por el que se sostienen aspectos ya resueltos en la sentencia se recuerda que era evidente la condena por el TSJ por delito de prevaricación dolosa del art. 446.3 CP tal y como resulta del

factum, pese a la distinta valoración del recurrente, por lo que el incidente de nulidad no puede prosperar, dado que:

1.- El objeto del procedimiento judicial sometido al conocimiento del recurrente estaba claro, y era ***decidir sobre la procedencia de la autorización provisional concedida para paralizar una demolición mientras se restauraba la legalidad urbanística.***

2.- Lo que acuerda el juez de oficio es que “El día 20 de diciembre del 2018, el Ilmo. Sr. Magistrado dictó un auto en el que acordaba ***“requerir al Ayuntamiento de Castañeda, a través de su representación procesal a los efectos de que en el plazo de tres días aporte la documentación completa acreditativa de los contratos menores celebrados con los autores de los informes jurídicos y técnicos obrantes en el expediente administrativo”.***

c.- ***Los informes jurídicos y técnicos emitidos sí constaban en el expediente administrativo remitido por el Ayuntamiento de Castañeda, sin que el Letrado de la Administración de Justicia ni las partes hubiesen apreciado irregularidad u omisión alguna en el expediente administrativo remitido, lo que conocía el juzgador.***

d.- El recurrente conoce que su decisión, materializada en el Auto de 20 de diciembre de 2018, excede notoriamente de ese objeto y que la documentación que solicita no es antecedente ni fundamento de la resolución impugnada y por tanto no es preciso completar el expediente remitido por el Ayuntamiento y

e.- Tiene voluntad de adoptar y ejecutar la decisión, acordada de oficio, de requerir al Ayuntamiento de Castañeda para que justificase la externalización de los informes en los que se basaba la resolución recurrida y aportase los contratos menores pese a que dichos informes sí figuraban en el expediente.

f.- Nada tenía que ver el objeto del procedimiento contencioso-administrativo con la prueba que interesó y que vinculaba a contratos del letrado con el Ayuntamiento y con ellos manda la información a la Agencia tributaria. El interrogante que se hizo el TSJ y la sentencia mayoritaria de esta Sala estaba claro: ¿Para qué interesó el Juez de oficio una prueba que nadie pidió y que nada tenía que ver con el objeto del procedimiento judicial? No había justificación alguna para la resolución que se dictó y que lo era a sabiendas de su injusticia. Y es por ello por lo que el TSJ condena y esta Sala confirma.

g.- No obstante, como se ha expuesto, prevaricación dolosa y error de prohibición son técnicamente incompatibles. Y nada consta en el factum para fundar el error de prohibición, por lo que, frente al planteamiento del incidente de nulidad, nada se ha tocado el factum para dictar la sentencia mayoritaria, - porque nada había que tocar, además que resulta imposible en casación-, y ninguna prueba se ha revalorado, porque nada había que valorar. Hubo prevaricación dolosa admitida por el TSJ y confirmada por esta Sala y ello resulta incompatible jurídicamente con el error de prohibición, tal y como interesó la Fiscalía del Tribunal al interponer el recurso frente a la sentencia del TSJ que ha sido estimado, porque hay que recordar que lo que la Sala hace es estimar el recurso del Fiscal dándole la razón en sus justos términos. No hay que olvidarlo.

De esta manera, y como indica el Fiscal de la Sala al responder el incidente de nulidad planteado, el promotor del incidente se limita a mostrar su disenso con el núcleo de la discrepancia en casación: la incompatibilidad absoluta entre la prevaricación judicial dolosa y el error de prohibición vencible.

No es cierto que la sentencia del TS haya ampliado los hechos probados, sino que se ha limitado a constatar que dictar a sabiendas una resolución injusta es incompatible con el error de prohibición vencible.

Al incluirse en el tipo objetivo del artículo 446.3 CP, el elemento normativo de la resolución “injusta” y exigir el dolo la actuación “a sabiendas” no cabe integrar ambos conceptos antagónicos. Si el error de prohibición vencible es el desconocimiento o conocimiento equivocado, aunque superable con el asesoramiento, de la antijuridicidad del comportamiento, al exigir el tipo objetivo que la resolución sea injusta y proponer el tipo subjetivo una actuación “a sabiendas”, evidentemente quien quiere y sabe que dicta una resolución injusta no está incurrido en un error de prohibición vencible.

¿Por qué son incompatibles prevaricación judicial dolosa y error de prohibición vencible? Bien, aunque en teoría el error de prohibición vencible es compatible con el dolo –artículo 14.3 CP-, nunca podría serlo en el delito del artículo 446.3 CP, pues el tipo objetivo exige “dictar resolución injusta” y el tipo subjetivo “hacerlo a sabiendas de esa injusticia”, lo que comporta que el dolo del autor debe entenderse como “conciencia de estar dictando una resolución contraria a derecho” -STS 2338/2001, de 11.12- y quien dicta esa resolución injusta sabe que lo es y además lo hace “a sabiendas” de que lo es. Luego es

imposible que ese autor actúe en la creencia de que el hecho es lícito, pues si así lo creyera no concurriría el dolo directo de primer grado de actuar sabiendo que es injusta la resolución dictada.

La sentencia de esta Sala restituye, por ello el derecho penal y modifica el juicio de subsunción, es decir, lleva a cabo una corrección jurídica, pero desde el respeto absoluto por los hechos probados.

Así, se utiliza la vía de la nulidad actuaciones para volver a reiterar cuestiones y aspectos que han sido tratados en la sentencia tras el recurso de casación interpuesto. Y ello, habida cuenta que se hace mención a aspectos que ya se citaron en el recurso de casación y que fueron resueltos en la sentencia, planteando una nueva revisión de la misma mediante los siguientes extremos ya debatidos y analizados en la sentencia y en la que se desestimaron las mismas pretensiones que ahora se vuelven a plantear insistiendo en que deben estimarse las mismas que ya se plantearon y resolvieron en la sentencia de esta Sala.

Pero este trámite no puede consistir en una especie de “segunda oportunidad” para volver a sostener y plantear peticiones que fueron desestimadas bajo la persistencia de que le ampara la razón al recurrente.

En definitiva, la versión impugnativa propuesta por el recurrente que realizó en su momento, ahora lo reitera, de nuevo, en un incidente de nulidad de actuaciones que es inviable con respecto a las alegaciones que efectúa el recurrente en este caso en reproducción de las ya expuestas.

Esta vía del incidente de nulidad no puede concebirse como una nueva valoración y revisión de la sentencia de casación, y es por ello, que debe desestimarse el incidente de nulidad de actuaciones, al utilizar en el mismo una revisión de la casación que no tiene viabilidad procesal alguna y que, en consecuencia, conlleva la denegación del incidente de nulidad y su desestimación con imposición de costas.

No existe, por ello, vicio invalidante de la sentencia por la que se resolvió el recurso de casación que pudiera hacer prosperar el incidente de nulidad de actuaciones, confundiendo el objeto del mismo con una revisión de la casación como se ha expuesto.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Se desestima el incidente de nulidad deducido por la representación procesal de LUIS ACAYRO SÁNCHEZ LÁZARO contra la Sentencia del Tribunal Supremo nº 535/2025, de 11 de Junio por la que se declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa que ahora plantea incidente de nulidad, con costas causadas.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet Leopoldo Puente Segura

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS EXCMOS. SRES. MAGISTRADOS D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA Y D. LEOPOLDO PUENTE SEGURA AL AUTO QUE DESESTIMA EL INCIDENTE DE NULIDAD PROMOVIDO FRENTE A LA SENTENCIA QUE RESUELVE EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 7909/2022.

I.

Resultaba obligado este voto particular en continuidad con el que suscribimos frente a la sentencia mayoritaria cuya nulidad se impetra ahora con una base argumental coincidente, en lo básico, con las razones que sustentaban aquella opinión discrepante.

Sólo por razones procesales podríamos postular una decisión desestimatoria. Pero concurren todos los presupuestos de un incidente de nulidad (art. 241 LOPJ): se denuncia una cuestión que no pudo haber sido impugnada con anterioridad y, además, está vinculada con derechos constitucionales (art. 24 CE, según entendimiento reiterado de forma insistente a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre). Coincidimos, así pues, con la mayoría en la procedencia de tramitar el incidente, como se ha hecho, y en entrar en el fondo del asunto planteado, como hace con extensión, rigor y profundidad el Auto.

No es esa la única coincidencia con el Auto al que está destinado a ser adosada esta opinión disidente cuyo contenido, por lo demás, es más que previsible a la vista del voto precedente. Bastaría una genérica remisión. No obstante, no sobraría una escueta síntesis del núcleo de la discrepancia, por deferencia al trabajado Auto y, con mayor generosidad expositiva, una identificación de los puntos compartidos. Aceptamos muchas de las consideraciones del Auto. No nos genera empacho alguno resaltarlo.

II.

Suscribimos íntegramente la reiterada proclamación de que *error de prohibición* (ya sea vencible o invencible) y *prevaricación dolosa* son

incompatibles; son realidades contradictorias. O lo uno; o lo otro. Son como agua y fuego: no pueden ir de la mano; uno excluye al otro.

En todo caso, introducimos un matiz en la concepción de la mayoría. Quizás es la que explica la discrepancia final. Pensamos que esa *incompatibilidad* no es una cuestión técnico-jurídica, asequible solo al penalista, o a quien maneja conceptos penales. No es como la incompatibilidad, v.gr., entre abuso de superioridad y alevosía, o la condena simultánea por falsedad en documento privado y estafa. La incompatibilidad a que nos enfrentamos es de otro carácter; es *prejurídica*. Cualquier persona, aunque carezca de todo conocimiento no ya de derecho penal, sino jurídico, la capta. No es una conclusión que surja de razonamientos jurídicos, más o menos elaborados o complicados; sino de la simple realidad de las cosas. Para poner de manifiesto esa incompatibilidad no es necesario razonamiento jurídico alguno. No es un error jurídico, es algo previo. *Actuar a sabiendas, decidir de forma injusta deliberadamente* no cabe -por razones gramaticales y lógicas y hasta metafísicas (una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo) y no por razones jurídicas- en quien *obra en la creencia de estar cumpliendo sus obligaciones legales*. Esa es una aseveración que cualquier ciudadano aceptará sin demasiadas explicaciones y sin necesidad de abrir ningún manual jurídico ni de consultar un sistema de IAL. Si quien decide piensa (aunque sea equivocadamente) que su decisión es la procedente no se le puede achacar que haya decidido *conscientemente* de forma impropia. Sostener lo contrario, aunque sea por caminos sinuosos, no es un error jurídico-penal que deba ser corregido por expertos en derecho. Es algo más: un error conceptual que cualquiera detectará. Es una contradicción que no es puramente jurídica, y, por tanto, solo corregible a través de la técnica jurídica; sino fáctica. La contradicción no estriba en que se haya aplicado un error vencible a un delito de prevaricación dolosa, sino en que la sentencia de instancia sostiene de forma simultánea que el autor resolvió de forma *deliberadamente* injusta, y que le animaba la *creencia de estar cumpliendo su deber como juez*.

III.

Insiste el Auto sustentado por la opinión mayoritaria en que el *factum* no ha sido objeto de variación por la sentencia de casación. Hemos de suscribir también esa aseveración. Lo que es el *factum*, entendido como relato formal que se declara expresamente probado en una sentencia penal. permanece incólume, inalterado. Precisamente por eso no le falta razón al Auto cuando insiste en que no fue ni *manipulado* ni *retorcido*, como de forma innecesariamente hiperbólica y, por ello, inexacta, llegaba a afirmar el voto particular, haciéndose quizás merecedor paradójicamente del mismo reproche: *retorcer* el argumentario de la sentencia mayoritaria. Ésta construía su razonamiento sobre los hechos probados. Estos, ciertamente, no dicen nada sobre el elemento subjetivo (el dolo o la conciencia de estar actuando de espaldas al derecho), pero muchas veces es innecesaria esa mención expresa en el relato pues se deduce sin más del contexto.

Es usual encontrar hechos probados sin precisiones subjetivas de ese tenor por inferirse implícitamente sin dificultad de la narración explícita. En un delito doloso de prevaricación judicial quizás esa omisión puede ser más trascendente y, por tanto, censurable en tanto el tipo subjetivo adquiere una especial relevancia. Considerarlo implícito en la aséptica descripción de la resolución puede ser insuficiente. Si, como es probable, aunque nuestra convicción sea otra, la decisión correcta en este asunto es la ofrecida por la mayoría, la consignación de nuestros dos votos particulares sin aclaración alguna constituirían, sin más, un ejemplo de una *proposición* no exitosa (art. 17 CP) para cometer un delito de prevaricación (¡!); aunque, en todo caso, impune, no por falta de antijuricidad, sino por estar excluidas de punición esas formas preparatorias en los delitos contra la Administración de Justicia.

IV.

El punto que no asumimos de la sentencia y que nos llevó a formular una opinión divergente que ahora ratificamos, es que la mayoría prescinda en su análisis, no del *factum*, sino de algunos pasajes de los fundamentos de derecho que de forma inequívoca consignan que el acusado actuaba *en la convicción de que estaba resolviendo lo procedente* (Aunque ya hemos indicado al final del fundamento jurídico sexto que la conducta no estaba en modo alguno justificada, estimamos que **el Ilmo. Sr. Magistrado querellado actuó con la errónea convicción de**

que su conducta quedaba amparada por la causa de justificación del artículo 20.7 del Código Penal al obrar en cumplimiento de un deber).

No es la fundamentación jurídica espacio idóneo para ese tipo de declaraciones fácticas, aunque es defecto que aparece no pocas veces. Cuando son apreciaciones que benefician al acusado ha concluido la jurisprudencia que un desliz sistemático de la sentencia no puede ser cargado en la posición del acusado: sería un dislate acoger el recurso de la acusación postulando la supresión de una eximente incompleta por no corresponderse con el hecho probado en tanto los padecimientos psíquicos se silencian en el *factum*, aflorando solo en la fundamentación jurídica (lo que no es inhabitual).

En ese único extremo radica nuestra discrepancia: creemos que no se pueden obviar los pasajes de la fundamentación jurídica que, quizás de forma poco coherente con otras afirmaciones, reflejan que la Sala de instancia consideró acreditado, hasta el punto de apreciar un *error vencible de prohibición*, que el acusado dictó su resolución convencido de que venía autorizada por el ordenamiento. Al amputarse implícitamente esos pasajes o tratarlos como si fuesen argumentos jurídicos equivocados (cuando son hechos), para efectuar la subsunción jurídica se produce, en nuestra opinión, un apartamiento de la valoración probatoria sobre el elemento subjetivo que realizó el Tribunal de instancia. Es lo que, según el Tribunal Constitucional, viene prohibido por el art. 24 CE.

Fdo.- Antonio del Moral García. Fdo.- Leopoldo Puente Segura

