ADMINISTRACION DE JUSTICIA

NOTA.- Se advierte que, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en relación con lo regulado en el art. 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta resolución o acto de comunicación son confidenciales y su traslado o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento esté prohibida, sin perjuicio de las competencias que al Consejo General del Poder Judicial se le reconocen en el art. 560.1 - 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

Sentencia núm. 535/2025

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 11 de junio de 2025.

Esta Sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por el **MINISTERIO FISCAL** y por las representaciones de la Acusación Particular **D. JOSÉ Mª REAL DEL CAMPO** y de la Acusación Popular **ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACÍA DE CANTABRIA** y del acusado **Ilmo. Sr. Magistrado D. LUIS ACAYRO SÁNCHEZ LÁZARO**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de fecha 31 de octubre de 2022, que condenó al citado acusado por delito de prevaricación, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes Acusación Particular y Popular representadas por el Procurador D. Ignacio Arcos Linares y bajo la dirección Letrada de Carmen Sánchez Morán y el acusado Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Acayro Sánchez

Lázaro representado por la Procuradora Dña. Beatriz Sánchez-Vera Gómez-Trelles y bajo la dirección Letrada de D. Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Procedimiento Abreviado nº 1/2021 seguido ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en causa contra LUIS ACAYRO SÁNCHEZ LÁZARO, seguido ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, se dictó sentencia en fecha 31 de octubre de 2022, que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Por el resultado de la prueba practicada en el acto del juicio oral, se declaran probados los siguientes hechos:

El Ilmo. Sr. D. Luis Acayro Sánchez Lázaro, mayor de edad y sin antecedentes penales, accedió a la carrera judicial en el año 2002, habiendo ejercido su cargo como juez y magistrado en juzgados de primera instancia e instrucción hasta el año 2015, en el que obtuvo traslado por concurso ordinario al Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Santander,destino en el que permanece a la fecha de la presente resolución.

El referido magistrado, intervino en el ejercicio de sus funciones, entre otros, en los siguientes procedimientos tramitados en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Santander: Procedimiento Ordinario número 29/2017 y Procedimiento de Ejecución de títulos Judiciales número 12/2015. Dichos procedimientos siguieron una tramitación paralela en el tiempo que se desarrolló entre los años 2017 y 2019.

El procedimiento ordinario número 29/2017 fue iniciado por la representación de un ciudadano que recurrió el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Castañeda de 21 de diciembre del 2016, por el que se desestimaba el recurso de reposición formulado contra la concesión de autorización provisional a los edificios B1 y B2 de la Comunidad de Propietarios ……", siendo el Ayuntamiento representado y defendido en dicho procedimiento por el letrado D. José María Real del Campo. 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.

Con fecha 15 de octubre de 2018 se celebró vista presidida por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Acayro Sánchez Lázaro en la que se practicó toda la prueba propuesta por las partes salvo una que fue renunciada por la parte demandante.

Concluido dicho acto, el Ilmo. Sr. Magistrado, dictó, el mismo día, una providencia, del siguiente tenor literal: “celebrada vista oral en el día de hoy para practicar la prueba propuesta y admitida se acuerda, de oficio, al amparo del art. 61.2 de la LJCA, la testifical del secretario Municipal del Ayuntamiento de Castañeda”.

Contra dicha resolución interpuso recurso de reposición la representación del Ayuntamiento de Castañeda alegando la improcedencia de tomar esa decisión mediante providencia, así como su falta de motivación, estimándose por el Ilmo. Sr. Magistrado tan solo el primer motivo, por auto de fecha 6 de noviembre, admitiendo la improcedencia de resolver mediante providencia ya que la resolución procedente tenía que revestir la forma de auto.

Con fecha 12 de noviembre de 2018, el Ilmo. Sr. el Ilmo. Sr. Magistrado dictó auto acordando, de nuevo la testifical del secretario del Ayuntamiento de Castañeda, a celebrar el 17 de diciembre, con fundamento en el artículo 61.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA). Dicha resolución no fue recurrida.

La prueba testifical acordada se celebró en la fecha señalada.

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”.

Esta resolución contenía un antecedente de hecho único en el que se relataba que “el 17 de diciembre de 2018 se practicó la testifical de la Secretaria municipal del Ayuntamiento de Castañeda quien, entre otros extremos, corroboró que los informes jurídicos y técnicos fueron realizados por personal externo a la Administración en base a contratos menores. En el caso del informe jurídico, por la supuesta complejidad de la materia. No obstante, no consta documento alguno en el expediente administrativo aportado”.

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.

Contra el citado auto, la representación procesal del Ayuntamiento de Castañeda interpuso recurso de reposición, con una extensa fundamentación relativa a la infracción de los artículos 61.2 de la LJCA y de los artículos 281 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que fue desestimado por auto fechado el 11 de febrero del 2019 dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado, sin que contra dicha resolución se pudiese presentar recurso alguno. En el razonamiento jurídico primero de referida resolución, se expresa lo siguiente: “alega el recurrente, en síntesis, que la prueba acordada de oficio es inútil e impertinente porque no tiene relación con los hechos controvertidos, que la contratación de personal externo a la Administración para informar sobre un expediente administrativo concreto no forman parte del expediente administrativo y que, incluso, una eventual contratación ilícita, no podría tomarse en consideración al tratarse de actos

administrativos firmes y que solo pueden tomarse por legales y válidos a todos los efectos. No obstante, no se comparte porque la contratación de un técnico ajeno a la Administración para que informe sobre un expediente concreto, necesariamente debe formar parte del expediente. La razón es obvia. Si dentro de un expediente se decide contratar a un técnico externo, debe constar por qué y cómo se le contrata. Y por eso, al no constar, se está requiriendo que se complete el expediente administrativo lo cual entra dentro de mi competencia, y del resultado de la misma, se valorará las eventuales consecuencias legales.

Entre otras, si luego resulta, como anticipa el recurrente, que se ha podido incurrir en contrataciones ilegales, evidentemente no corresponde a este juzgador enjuiciar las mismas. Para eso está el art 282 de la LECRIM que obliga a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal".

Tras recibirse la documentación solicitada, por auto de 1 de marzo del 2019, se acordó "requerir al Ayuntamiento de Castañeda a través de su representación procesal a los efectos de que en el plazo de tres días aporte el folio nº 7 legible en su integridad y practicar la prueba testifical de la Secretaria municipal del Ayuntamiento de Castañeda". La resolución fue recurrida en reposición por la representación legal del Ayuntamiento, pero el acusado practicó la prueba testifical el día 22 de marzo, sin haber resuelto el recurso, lo que efectuó por auto fechado el 25 de marzo, contra el que no cabía interponer recurso alguno. En el razonamiento jurídico primero de referida resolución se exponía, reproduciendo el auto recurrido, el motivo por el que se había acordado la diligencia, "aclarar las contradicciones apreciadas en la documentación aportada". Igualmente se rechaza la alegación de falta de pertinencia de la diligencia de prueba acordada "porque se refiere a documentación que afecta al expediente administrativo y la pertinencia es clara".

El recurrente en reposición, Sr. Real del Campo, acto seguido, promovió incidente de nulidad mediante escrito presentado el día 25 de marzo, que fue desestimado por resolución de 15 de abril. En el razonamiento jurídico único de citada resolución se razona lo siguiente: "si se analiza el procedimiento y las pruebas que se han acordado practicar de oficio, puede apreciarse que se ha realizado dentro de la competencia objetiva de quien suscribe. En el expediente administrativo tienen que constar todos los documentos que se hayan elaborado en relación al mismo y, si se externaliza la realización de los informes jurídicos y técnicos para resolver, es exigible que en el expediente administrativo conste cómo y por qué se ha hecho. No se puede presumir. Aportados los mismos, lo cierto es que parte de la misma no coincidía con el procedimiento lo que se entendió como una contradicción y se han solicitado las aclaraciones que se han estimado oportunas. De hecho, la secretaria municipal corroboró las incongruencias, aunque, en lo sustancial, consta la contratación de externos. Por ello, no producida indefensión alguna y habiéndose actuado dentro de las competencias legales, procede desestimar la nulidad solicitada, condenando en todas las costas del incidente al solicitante".

El mismo día 15 de abril del 2019, el Ilmo. Sr. magistrado, dictó auto con fundamento en el artículo 94 de la Ley General Tributaria cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

“procede acordar la deducción de testimonio de las facturas indicadas y su remisión a la Agencia Tributaria a los efectos legales oportunos”. En el antecedente de hecho único de la resolución se afirma: “mediante auto de 20 de diciembre de 2018 se acordó de oficio requerir a la Administración a los efectos de que completase el expediente administrativo al no constar en el mismo la contratación de los técnicos externos que han elaborado los informes que han servido de base a la resolución recurrida. En cumplimiento del mismo, se aportó la documentación solicitada apreciándose que, en la relativa al Letrado José María Real del Campo, se han podido cometer irregularidades con trascendencia tributaria en cuanto que las facturas aportadas, ni la numeración ni el concepto coinciden con el procedimiento en cuestión y, en varias de ellas, constan como única forma de pago por parte de la Administración contado”.

Dicha resolución no podía ser recurrida pero el letrado Sr. Real del Campo formuló incidente de nulidad frente a la misma, que también fue desestimado mediante auto de 19 de junio de 2019. En dicha resolución y en su fundamento jurídico único, quinto párrafo, se contiene el siguiente razonamiento: “por otra parte, en lo que se refiere al vicio de origen, en las actuaciones ya se ha indicado que se ha actuado dentro de la competencia legal que prevé la LJCA y el requerimiento de solicitar que se complete un expediente administrativo entra dentro de las mismas. Al respecto, la resolución recurrida objeto del presente procedimiento se basa en un informe de un externo a la Administración, sin que constasen en el propio expediente los precedentes administrativos necesarios que justificasen la misma tal y como exige la LJCA y que es lo que se ha solicitado”.

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

El día 3 de mayo de 2019 el Sr. Real del Campo había presentado un escrito en el juzgado de lo contencioso administrativo número 2 de Santander en el que ponía en conocimiento del órgano judicial que la actuación del Ilmo. Sr. Magistrado le estaba coartando la independencia y libertad necesaria para cumplir sus deberes profesionales, por lo que procedía a tramitar la oportuna queja ante el Colegio de Abogados de Cantabria, solicitando el amparo de su libertad, independencia y consideración profesional.

El Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria otorgó el amparo al letrado Sr. Real del Campo, tras la celebración de sendas Juntas de Gobierno de Corporación, los días 16 y 30 de mayo de 2019.

Igualmente acordó presentar una queja frente al Ilmo. Sr. Magistrado ante Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, siendo remitida por su presidente al Promotor de la Acción Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial. Dicha remisión se notificó personalmente al Ilmo. Sr. Magistrado el día 19 de junio de 2019.

Por sentencia de fecha 24 de junio del 2019 se puso fin al procedimiento ordinario 29/2017, que desestimó el recurso presentado contra el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Castañeda de 21 de diciembre de 2016. En su fundamento de derecho primero se concreta el objeto del recurso en “el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Castañeda de 21 de diciembre de 2016

que desestima el recurso de reposición formulado contra la concesión de la autorización provisional de los edificios B1 y B2 de la Comunidad de Propietarios ….. En el fundamento jurídico tercero, dedicado a la "prueba practicada y valoración", se expresa literalmente lo siguiente: "la cuestión controvertida se limita a valorar si se ha realizado una desviación de poder mediante una aplicación fraudulenta del artículo 65 bis de la Ley 2/2001 y, en su caso, si el acto recurrido tenía cobertura legal válida o era contrario al planeamiento municipal. La prueba practicada ha consistido en el expediente administrativo (EA), documental, una testifical y tres periciales", destacando, en cuanto al expediente administrativo y la documental, "por un lado, la solicitud de autorización provisional realizada por la comunidad de propietarios.

Por otro, los distintos informes técnicos y jurídicos".

Y añade, "al no constar los antecedentes administrativos que justificasen la externalización de los informes en los que se basa la resolución ahora recurrida, de oficio, se acordó requerir a la Administración a los efectos de completar el expediente administrativo. Dicha documentación fue aportada. Asimismo, también se acordó de oficio la declaración testifical de la Secretaria Municipal quien corroboró la misma y permite descartar cualquier posible nulidad del procedimiento".

En el procedimiento de ejecución de títulos judiciales seguido ante el juzgado de lo contencioso administrativo número 2 de Santander con el número 12/2015, que tenía por finalidad ejecutar la sentencia recaída el 13 de diciembre del 2013 en el procedimiento ordinario 471/2010, en el que se había anulado la concesión de una licencia de construcción de sesenta y una viviendas por parte del Ayuntamiento de Alfoz de Lloredo a una entidad mercantil, al inicio de la ejecución, la representación del Ayuntamiento, ejercida por el letrado Sr. Real del Campo, alegó imposibilidad de ejecución de la misma.

Durante la tramitación del procedimiento el acusado acordó, mediante providencia fechada el 12 de marzo del 2018, requerir al Ayuntamiento, a través de su representación procesal, para que aportase y remitiese al Juzgado los emplazamientos realizados a los interesados en la ejecución, con apercibimiento expreso de incurrir en un delito de desobediencia judicial en caso de no hacerlo. El letrado aportó documentación que la parte ejecutante consideró insuficiente, por lo que el Magistrado dictó nueva providencia el 17 de octubre del 2018 en la que estimaba que no se había realizado la publicación adecuada que sirviese de emplazamiento a los interesados y requería nuevamente al Ayuntamiento de Alfoz de Lloredo para que, a través de su letrado Sr. Real del Campo, remitiese los emplazamientos y la documental con apercibimiento expreso de que, de no hacerlo, incurriría en un delito de desobediencia judicial.

En cumplimiento del requerimiento personal, el letrado presentó la relación de los titulares de los inmuebles objeto del procedimiento junto con la documental, entre la que se encontraba una escritura notarial fechada en Madrid el 4 de julio del 2012, en la que intervenía la promotora de los inmuebles y la adquirente, pero al darse traslado a la parte ejecutante puso de manifiesto que se había producido falsedad en el documento público de compraventa de 4 de julio del 2012 autorizado por el notario de Madrid, al contener la afirmación de que no existía ningún

procedimiento judicial sobre los inmuebles vendidos en esa fecha, así como que ese documento, a sabiendas de su falsedad, se había presentado en juicio para hacerlo valer en defensa del Ayuntamiento de Alfoz en autos de Ejecución Provisional nº 46/2019 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Torrelavega, por lo que interesaba "que se dé traslado al Ministerio Fiscal por si hubiera algún hecho constitutivo de un ilícito punible, en especial del 393 en relación con el 390.4 del CP", sin atribuir autoría al presunto delito.

El Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Acayro Sánchez Lázaro, conociendo que el letrado Sr. Real no había sido parte en la escritura de 4 de julio del 2012, que la misma se había presentado en otro procedimiento en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Torrelavega en el que no se había deducido testimonio, y que el documento público solo se había aportado a requerimiento judicial y a los solos efectos de facilitar la notificación de la existencia del procedimiento a los interesados a los que pudiera afectar la ejecución, acordó, mediante providencia fechada el 1 de julio del 2019, "en relación a …la petición de traslado al Ministerio Fiscal por si la aportación como documento nº 4, consistente en escritura de compraventa de 4 de julio de 2012 presentada por el letrado José María Real del Campo en representación del Ayuntamiento de Alfoz de Lloredo, pudiera ser constitutiva de un delito de falsedad en documento público previsto en los art 393 en relación con el art 390.4 del Código Penal al haberse presentado a sabiendas de su falsedad, de conformidad con el art 283 de la LECRIM"…, deducir testimonio de la escritura aportada así como del escrito solicitante y remitirla al Ministerio Fiscal a los efectos legales correspondientes".

Contra la resolución, interpuso recurso D. José María Real, alegando motivos jurídicos y poniendo de manifiesto la imposibilidad de cometer un particular una falsedad ideológica en el documento público, del cual se dio traslado a las partes. La representación de Mirador Bribaur SL se opuso el recurso solicitando su desestimación pese a que consideró que "el delito probablemente lo habrían cometido los funcionarios del Ayuntamiento de Alfoz que han tenido conocimiento de la falsedad de documento público cometida por el representante de la entidad mercantil y no lo denunciaron". No obstante, la representación de dicha entidad mercantil introdujo la consideración de que "la defensa del Ayuntamiento de Alfoz de Lloredo no niega que el documento sea falso por su contenido, ni que se haya aportado en juicio sabiendo que ese contenido era falso, pero realiza una defensa propia en términos penales para convencer de que no se cumple el tipo en su caso". Termina por exponer la representación de Mirador Bribaur SL que "lo que de contrario se alega son argumentos que podrá exponer ante el Ministerio Público en el hipotético caso de que éste considere conveniente abrir una investigación y dirigirla contra la parte contraria, cosa que este Juzgado no ha hecho, ni resolverá, dado que estamos en otro orden jurisdiccional. Si las cosas son como dice la parte contraria, no sabemos qué inconveniente tiene en que se deduzca testimonio, si no le afectará". El Ilmo. Sr. Magistrado, sin tener en cuenta la argumentación alegada por el representante del Ayuntamiento de Alfoz de Lloredo, y sí la del representante de Mirador Bribaur SL, resolvió el recurso por auto fechado el 9 de septiembre del 2019, con el siguiente razonamiento: "ninguna razón, que no haya sido

aducida o tenida en cuenta al ser dictada la resolución recurrida, se contiene en el escrito interponiendo la reposición, por lo que, en consecuencia, se mantiene en su integridad la resolución recurrida. En este sentido, no es controvertido que el Letrado ha aportado documentación cuyo contenido es parcialmente falso y este hecho puede tener relevancia penal." Dicha resolución era irrecurrible.

Las diligencias de investigación incoadas en Fiscalía Superior (nº139/2019) a raíz del testimonio remitido por el titular del Juzgado de lo Contencioso nº 2 de Santander, se archivaron de plano al no tratarse de un documento falso la escritura pública de 4 de julio del 2012, por ser notorio entre los juristas que al tratarse de una escritura pública "de lo que el notario da fe es de la fecha, del conocimiento de los otorgantes y de la conformidad entre la redacción y los términos del negocio contractual y de las declaraciones verificadas por los otorgantes en relación con el mismo, sin que la función fedataria alcance la correspondencia de estas manifestaciones de los particulares con la realidad a que el contrato se refiere; la tipificación falsaria dolosa existirá cuando el Notario, al redactar la escritura atribuye a las partes intervinientes, manifestaciones distintas de las efectuadas, pero no cuando los particulares emiten alguna manifestación mendaz. Por tanto, el documento es auténtico, no es falso. Por otra parte, la actuación de quienes faltan a la verdad en la narración de los hechos tampoco es reprochable penalmente. El legislador en la reforma llevada a cabo en el año 1995 destipificó la falsedad ideológica para los particulares, por lo que faltar a la verdad en la narración de los hechos en un documento público solo es punible cuando la realice un funcionario público y es atípica para los particulares…".

Las actuaciones del Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Acayro Sánchez Lázaro que se reseñan en el presente relato de hechos probados han afectado a D. José María Real del Campo en el ejercicio de su trabajo profesional, al sentirse cuestionado ante sus clientes y perturbado en su ánimo".

SEGUNDO.- El citado Tribunal Superior de Justicia dictó el siguiente fallo:

"Que debemos condenar y condenamos al Ilmo. Sr. Magistrado D. LUIS ACAYRO SÁNCHEZ LÁZARO como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación judicial del artículo 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 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 CINCO AÑOS.

El Ilmo. Sr. Magistrado D. LUIS ACAYRO SÁNCHEZ LÁZARO indemnizará a D. José María Real Del Campo, por el perjuicio moral causado, en la cantidad de cinco mil euros (5.000 €), con devengo de los intereses previstos por el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se impone al condenado, el abono de las costas de la presente causa, incluyendo las de la acusación particular.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 236 quinquies de la Ley Orgánica del Poder Judicial, redactado por el apartado ocho de la disposición final tercera de la L.O 7/2021 de 26 de mayo de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales: a) Los datos personales que las partes conocen a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación también incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento, b) Las Oficinas de Comunicación establecidas por dicha Ley, en el ejercicio de sus funciones de comunicación institucional, deberán velar por el respeto del derecho fundamental a la protección de datos personales de aquellos que hubieran intervenido en el procedimiento de que se trate. Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma ante la Sala segunda del Tribunal Supremo en la forma y plazos previstos por los artículos 847 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursoa de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por el **Ministerio Fiscal** y por las representaciones de la **Acusación Particular** y **Popular D. José Mª Real del Campo** e **Ilustre Colegio de la Abogacía de Cantabria** y del acusado **Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Acayro Sánchez Lázaro**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Al amparo de lo establecido en los arts. 847.1.b), 849.1, 852, 854, 873, y concordantes de la L.E.Cr., por infracción de ley contra la sentencia 22/2022 de 31 de octubre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, recaída en el Procedimiento Abreviado nº 1/2021, dimanante de las Diligencias Previas 1/2015 de esa Sala de lo Civil y Penal en virtud de querella por delito de prevaricación.

II.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular y Popular **D. JOSÉ Mª REAL DEL CAMPO** e **ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACÍA DE CANTABRIA**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Infracción del art. 24.1 de la Constitución, por conculcación de la tutela judicial efectiva, e infracción de ley, por indebida aplicación del error vencible de prohibición indirecto, previsto en el art.14.3 del Código Penal, sin haber sido alegado por la parte.

Segundo.- Infracción de ley por falta de aplicación del delito de prevaricación del art. 446.3º del Código Penal a los hechos declarados probados relativos al procedimiento de ejecución de títulos judiciales 12/2015.

Tercero.- Infracción de ley por falta de aplicación del delito continuado previsto en el art. 74.1 del Código Penal, en relación con el delito de prevaricación del art. 446.3º del mismo texto legal.

III.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **ILMO. SR. MAGISTRADO D. LUIS ACAYRO SÁNCHEZ LÁZARO**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Crim. por indebida aplicación del art. 446.3 C. P., al haber subsumido en dicho delito el dictado de una resolución de trámite, sin contenido decisorio y, además –y por lo demás– perfectamente conforme con la legalidad; e igualmente al amparo del art. 852 L.E.Crim., porque el error de subsunción es tan claro que incide en y constituye directamente una vulneración del principio de legalidad penal del art. 25.1 C.E.

Segundo.- Al amparo del art. 849.1 L.E.Crim, por indebida aplicación del art. 446.3 C. P., por haber subsumido en dicho delito el dictado de una resolución de contenido discrecional sin que concurrieran motivaciones ajenas al ordenamiento jurídico.

Tercero.- Subsidiariamente a los motivos anteriores, al amparo del artículo 852 LECrim, por infracción del principio acusatorio y, con él, su derecho fundamental a la defensa en su vertiente al principio de contradicción así como el derecho a

la presunción de inocencia del art. 24.2 C.E., por haber condenado la sentencia con base en la apreciación de concurrencia de un elemento fáctico ("*propósito de investigar prospectivamente supuestas irregularidades en la contratación*") que no había sido objeto de acusación y cuya apreciación es absolutamente irracional a partir de la prueba practicada.

Cuarto.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 14.3 C. P. e indebida inaplicación del art. 14.1 C. P., al haber procedido el TSJ a subsumir como si existiese un "error de prohibición" cuando, en realidad, siendo consecuentes con la argumentación de la propia sentencia, concurriría un "error de tipo" –sobre un elemento normativo del tipo (en concreto: el elemento "injusticia")–, lo que impide apreciar el elemento subjetivo del tipo del art. 446.2 C.P.; habida cuenta del contenido de la resolución, debe descartarse también una hipotética imprudencia "grave" de modo que tampoco sería posible una condena por el art. 447 C.P.

Quinto.- Al amparo del art. 852 LECrim. por vulneración del derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), en concreto, del derecho fundamental a un juez imparcial (art. 24.2 C.E., art. 47 Carta de los Derechos Fundamentales de la U.E. y art. 6 CEDH) e igualmente al amparo del art. 851.6.º LECrim., por haber concurrido a dictar sentencia un magistrado cuya recusación, intentada en tiempo y forma y fundada en causa legal, fue rechazada.

Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por haber condenado la sentencia al Ilmo. Sr. Sánchez Lázaro al pago de 5.000 euros más intereses en concepto de responsabilidad civil derivada del delito de prevaricación, pese a que la supuesta resolución injusta no ocasionó ningún perjuicio susceptible de indemnización al amparo de los arts. 109 y ss. C.P.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó la admisión del motivo primero de la Acusación Particular y Popular que apoya y solicita la inadmisión y subsidiaria desestimación de los demás motivos, así como los del otro recurso del acusado, dándose asimismo por instruida la representación del acusado Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Acayro Sánchez Lázaro que solicitó también la inadmisión y subsidiaria desestimación de los recursos

del Ministerio Fiscal y de la Acusación Particular y Popular; con la instrucción de la Acusación Particular y Popular que impugnó el recurso del acusado Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Acayro Sánchez Lázaro, adhiriéndose al recurso del Ministerio Fiscal, y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por tuno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 10 de junio de 2025, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación de LUIS ACAYRO SÁNCHEZ LÁZARO y COLEGIO DE ABOGADOS DE CANTABRIA Y JOSÉ Mª REAL DEL CAMPO, contra la sentencia nº 22/2022 de fecha 31 de octubre de 2022, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

RECURSO DE LUIS ACAYRO SÁNCHEZ LÁZARO

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del art. 849.1 LECRIM. por indebida aplicación del art. 446.3 CP al haber subsumido en dicho delito el dictado de una resolución de trámite, sin contenido decisorio y, además –y por lo demás– perfectamente conforme con la legalidad; e igualmente al amparo del art. 852 LECrim., porque el error de subsunción es tan claro que incide en y constituye directamente una vulneración del principio de legalidad penal del art. 25.1 CE.

Señala el recurrente que *El Auto de 20 de diciembre de 2018 (única resolución que sirve de base para la condena a mi representado por un delito de prevaricación judicial del art. 446.3 CP) no cumple los requisitos para integrar el tipo objetivo de este delito, por cuanto es perfectamente conforme a Derecho*

y, además, carece del contenido decisorio que exige el concepto de "resolución" que integra el tipo.

Hay que señalar en primer lugar que no es correcta la técnica procesal de articular dos motivos en uno solo, ya que se utiliza la vía del art. 849.1 LECRIM basado en error iuris y el art. 852 LECRIM basado en que se vulnera norma constitucional, lo que no es posible articularlo bajo un mismo motivo, ya que estos se formulan de forma separada con arreglo a cada precepto que le sirve de basamento, por lo que no se pueden utilizar los arts. 849.1 LECRIM y 852 LECRIM en un mismo motivo.

Dicho esto hay que señalar que la condena no está basada solo en una resolución de trámite para referirse al auto de 20 de Diciembre de 2018.

Recordemos que el TSJ ya descartó en su fundamentación para argumentar la condena que no apreciaba la continuidad delictiva, por cuanto existe una "unidad de acción", pero la condena no está centrada en el dictado del auto citado, aunque es la clave del proceder que se ha entendido delictivo.

Y, así, señala el TSJ que no hubo continuidad delictiva. Y que todo se ciñe a la petición de complemento de los contratos externos, pero con un proceder continuado (aunque no bajo el "paraguas" del art. 74 CP) dirigido en esa dirección hacia los contratos externos:

"La resolución en que se materializa la decisión del juzgador de requerir justificación sobre la contratación de técnicos externos y solicitar la aportación de los contratos menores (cuando en absoluto resultaba necesario para la más acertada decisión del asunto sometido a su consideración y excedía notoriamente del objeto del procedimiento judicial) es la ya citada de 20 de diciembre de 2018. Es cierto que entre todas las resoluciones dictadas existe una estrecha conexión temporal y material, y que se aprecia en el Ilmo. Sr. Magistrado que las dicta una culpabilidad unitaria. Pero entendemos que las distintas y sucesivas resoluciones no producen elevación cualitativa de lesión al bien jurídico protegido, porque la postergación de la validez del derecho y, por lo tanto, la vulneración del Estado de Derecho, se produjo con la primera de las resoluciones en que se materializa su decisión, exteriorizándola con claridad. Resulta significativo a este respecto que el letrado Sr. Real del Campo, en su declaración testifical en juicio manifestase que no recurrió el auto anterior de 12

de noviembre de 2018, porque "no le molestaba" ya que ignoraba el propósito del juzgador al citar a la secretaria del Ayuntamiento como testigo.

En efecto, mediante Auto de 12 de noviembre de 2018 se confirma la voluntad del juzgador de citar como testigo a la secretaria del Ayuntamiento, voluntad ya exteriorizada mediante providencia de 15 de octubre 2018, que fue dejada sin efecto por Auto de 6 de noviembre por motivos de forma. Pero como decimos, la voluntad del juzgador no se conoce hasta que se lleva a efecto la declaración testifical de la Sra. secretaria del Ayuntamiento de Castañeda. Y es en el auto de 20 de diciembre de 2018 en el que por primera vez se hace constar por el Ilmo. Sr. Magistrado, que dicha funcionaria "corroboró que los informes técnicos y jurídicos fueron realizados por personal externo a la Administración en base a contratos menores", concluyendo que "no obstante, no consta documento alguno en el expediente administrativo aportado", razón por la que realiza el requerimiento al Ayuntamiento y materializa su decisión de investigar el proceso de contratación. Dicho requerimiento se concretó, como sabemos, en la solicitud de aportación de "la documentación completa acreditativa de los contratos menores celebrados con los autores de los informes jurídicos y técnicos obrantes en el expediente administrativo". La siguiente resolución, de fecha 11 de febrero de 2019, no hace sino ratificar la decisión ya adoptada.

Lo mismo entendemos que sucede con el auto de 1 de marzo de 2019 en el que, con idéntico propósito, se acuerda citar nuevamente a la Sra. secretaria del Ayuntamiento "a los efectos de aclarar las contradicciones apreciadas en la documentación aportada", siendo confirmada mediante auto de 25 marzo de 2019 desestimatorio del recurso de reposición formulado por el letrado representante del Ayuntamiento. A análoga conclusión llegamos respecto del auto de 15 de abril de 2018 que desestima el incidente de nulidad formulado por el referido letrado frente a la confirmación por el juzgador de la decisión acordada el 1 de marzo de 2019.

No se aprecia continuidad delictiva en el dictado de más de una resolución cuando una era simple confirmación de la resolución prevaricadora. No se aprecia continuidad delictiva pese a constatar un "cúmulo de actuaciones injustas".

Existe un segundo auto de 15 de abril de 2019 que acuerda deducir testimonio de las facturas que el Sr. Real del Campo remitió al Ayuntamiento de Castañeda "a los efectos legales oportunos" por apreciar el juzgador en dichas facturas que el letrado podría haber cometido "irregularidades con trascendencia tributaria".

Dicha resolución no está desconectada de las anteriores porque es precisamente la decisión adoptada la que ya se anunció en el auto de 11 de febrero de 2019 (confirmatoria del auto de 20 diciembre de 2018) cuando el juzgador indicó al letrado recurrente que del resultado de la documentación cuya aportación se requiere al Ayuntamiento de Castañeda "se valorará las eventuales consecuencias legales. Entre otras, si luego resulta, como anticipa el recurrente, que se ha podido incurrir en contrataciones ilegales, evidentemente no corresponde a este juzgador enjuiciar las mismas. Para eso está el artículo 282 de la LECRIM que obliga a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal".

Las razones de la tipicidad del proceder del recurrente se ubican en que:

1.- Se trató de un proceder en unidad de acción, aunque la resolución en que se materializa la decisión del juzgador de requerir justificación sobre la contratación de técnicos externos y solicitar la aportación de los contratos menores (cuando en absoluto resultaba necesario para la más acertada decisión del asunto sometido a su consideración y excedía notoriamente del objeto del procedimiento judicial) es la ya citada de 20 de diciembre de 2018, pues todas las demás resoluciones dictadas tenían una estrecha conexión temporal y material, por lo que se apreciaba en el Ilmo. Sr. Magistrado que las dictara una culpabilidad unitaria.

2.- Y no se trata de una mera decisión de trámite en el sentido de que no fuera relevante. No puede "minusvalorarse" a los efectos de la tipicidad que se trate de un auto como el dictado en el que se reclame una información que no podía haber pedido por no tener absolutamente ninguna conexión con el objeto del procedimiento judicial.

3.- La resolución plasmaba claramente una absoluta "ajenidad" con el objeto del procedimiento.

4.- Además, la resolución judicial tachada de prevaricadora implicaba un "exceso" en la tramitación del procedimiento claramente incompatible con su objeto.

Así, frente a las alegaciones del recurrente de que la normativa administrativa no era incompatible con instar información sobre estos contratos externos sistematizamos los argumentos expuestos por el TSJ para la condena en los FD nº 6 y 7 en este punto, a saber:

1.- El artículo 61.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa faculta al juzgador para disponer la práctica de cuantas pruebas estime pertinentes *"para la más acertada decisión del asunto*". Es decir, la referida norma únicamente le autoriza, como es lógico, para la práctica de pruebas relacionadas con el objeto de procedimiento que sean imprescindibles o necesarias para la más acertada decisión de la cuestión controvertida.

2.- El mismo sentido y finalidad cabe atribuir a la facultad contenida en el número 2 del mismo artículo cuando permite al órgano jurisdiccional acordar la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimare necesaria finalizado el período de prueba y hasta que el pleito sea declarado concluso para sentencia.

3.- Ni lo uno ni lo otro hace el Ilmo. Sr. Magistrado querellado, lo que hace 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".

4.- El artículo 70.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, entiende por expediente administrativo "el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla". Reiteramos que servir de "antecedente y fundamento a la resolución administrativa" es una cosa, investigar sobre las causas que justificaban la externalización de los informes en los que se basa la resolución recurrida y solicitar la aportación de los contratos menores, que es lo que hizo el querellado, es otra.

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.- El artículo 33 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa también es claro al ordenar que los órganos del orden jurisdiccional contencioso administrativo juzguen dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición.

Y en el caso de que el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, deberá someterlo a aquéllas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo.

7.- El Ilmo. Sr. Magistrado querellado no hizo uso de la facultad que le otorga el número 2 de este precepto porque no se daba el supuesto de hecho que regula.

8.- No se trataba de que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo que se pretendía era investigar (indagar para descubrir algo) sobre una cuestión que excedía notoriamente del objeto del procedimiento. Y así se puso de relieve al juzgador por el letrado querellante cuando recurrió en reposición el auto de 20 de diciembre de 2018, desestimado por el auto posterior de 11 de febrero de 2019.

9.- En el razonamiento jurídico primero de dicha resolución recoge el juzgador las alegaciones del recurrente: “Que la prueba acordada de oficio es inútil e impertinente porque no tiene relación con los hechos controvertidos, que la contratación de personal externo a la Administración para informar sobre un expediente administrativo concreto no forma parte del expediente administrativo y que, incluso, una eventual contratación ilícita, no podría tomarse en consideración al tratarse de actos administrativos firmes y que solo pueden tomarse por legales a todos los efectos”.

La respuesta del juzgador a tal alegación fue la de expresar que “la contratación de un técnico ajeno a la Administración para que informe sobre un expediente concreto, necesariamente debe formar parte del expediente” Y añade que, del resultado de la documentación cuya aportación se requiere “se valorará las eventuales consecuencias legales. Entre otras, si luego resulta, como anticipa el recurrente, que se ha podido incurrir en contrataciones ilegales, evidentemente no corresponde a este juzgador enjuiciar las mismas. Para eso está el artículo 282 de la LECRIM que obliga a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal”.

10.- Lo cierto es que el letrado querellante no anticipaba que se había podido incurrir en contrataciones ilegales, lo que afirmaba, con evidente acierto, es que una eventual contratación ilícita no podría considerarse en un procedimiento cuyo objeto era otro.

11.- En la sentencia de 24 de junio de 2019 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado querellado se reitera la consideración ya contenida en el auto de 11 de febrero de 2019, que “se acordó requerir a la Administración a los efectos de completar el expediente administrativo”. Pero no se apreció por el Letrado de la Administración de Justicia que el expediente estaba incompleto en el trámite previsto por el artículo 48.7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ni tampoco las partes estimaron omisión alguna en el expediente administrativo aportado, por ello se abstuvieron de ejercitar la facultad que les otorga el artículo 55 de dicha Ley. Porque el expediente estaba completo.

12.- 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. Y desde la resolución de 20 de diciembre de 2018 se evidencia el especial interés del Ilmo. Sr. Magistrado por conocer los motivos y la forma en que se contrató al letrado querellante, pues así se recoge en el antecedente de hecho único cuando, de forma expresa, se alude al “caso del informe jurídico”, cuya emisión se fundamenta en “la supuesta complejidad de la materia”. Y el

hecho de que se investigara la contratación del letrado que intervino en el procedimiento administrativo y no de quien representó al Ayuntamiento en el procedimiento judicial, aunque sea la misma persona, carece de la relevancia que expuso la defensa del acusado en el acto del juicio oral. Lo determinante es que la decisión del juzgador excedía notoriamente del objeto del procedimiento y que afectó al Sr. Real del Campo.

13.- La fundamentación de dicha decisión fue 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.

14.- La decisión adoptada por el Ilmo. Sr. Magistrado 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.

15.- Aunque se considere que la actuación en el ejercicio de la facultad derivada del artículo 61.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es discrecional, la decisión prevaricadora surge si el juzgador sobrepasa el contenido de su autorización y adopta su decisión desde consideraciones ajenas a la Ley, o apartándose del método de interpretación y valoración previsto en el ordenamiento. Y esto es precisamente lo que hace el juzgador, utiliza una facultad que le otorga la ley para, excediéndose notoriamente del contenido de la autorización (“para la más acertada decisión del asunto”), recabar información sobre extremos que en nada precisaba acreditar para resolver sobre lo que era objeto del procedimiento.

16.- 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 (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). 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.

17.- La norma citada en sus resoluciones, ni ninguna otra, le autorizaba a realizar una actividad de control de legalidad de una contratación administrativa que, ni era objeto del procedimiento ni había sido cuestionada."

No puede el recurrente ampararse en la pretendida cobertura que alega sobre la base del art. 70 LPAC, o art. 61 LJCA.

Y, como decimos, el auto de 20 de Diciembre de 2018 no era una resolución de trámite al modo de pretenderse su no relevancia a los efectos de anudar a la misma el contenido prevaricador que se ha determinado en la sentencia recurrida.

Pese a la extensa explicación del recurrente para tratar de justificar la petición de aportación de los contratos externos que justificaron los informes, ello no tenía significación alguna al objeto del procedimiento. Y así lo recoge con claridad el TSJ en tres puntos que sistematizamos de la argumentación jurídica:

1.- "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. Y desde la resolución de 20 de diciembre de 2018 se evidencia el especial interés del Ilmo. Sr. Magistrado por conocer los motivos y la forma en que se contrató al letrado querellante, pues así se recoge en el antecedente de hecho único cuando, de forma expresa, se alude al "caso del informe jurídico", cuya emisión se fundamenta en "la supuesta complejidad de la materia". Y el hecho de que se investigara la contratación del letrado que intervino en el

procedimiento administrativo y no de quien representó al Ayuntamiento en el procedimiento judicial, aunque sea la misma persona, carece de la relevancia que expuso la defensa del acusado en el acto del juicio oral. Lo determinante es que la decisión del juzgador excedía notoriamente del objeto del procedimiento y que afectó al Sr. Real del Campo."

2.- "La fundamentación de dicha decisión fue 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."

3.- "La decisión adoptada por el Ilmo. Sr. Magistrado 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."

Por ello, pese a que el recurrente trata de justificar su actuación conforme a derecho la sentencia ha especificado de forma razonada la inexistencia de justificación de la reclamación de estos contratos al objeto del procedimiento y su carácter innecesario y ajeno a lo que era el objeto, ya que la "investigación" que se pretendía llevar a cabo permanecía absolutamente al margen y así consta en la sentencia.

Además, al utilizarse la vía del art. 849.1 LECRIM el recurrente no respeta los hechos probados, de los que se pueden extraer los siguientes puntos de relevancia a los efectos que nos interesan respecto a cuál era el objeto del procedimiento y la absoluta ajenidad al mismo de lo interesado por el recurrente a saber:

1.- El referido magistrado, intervino en el ejercicio de sus funciones, entre otros, en los siguientes procedimientos tramitados en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Santander: Procedimiento Ordinario número

29/2017 y Procedimiento de Ejecución de títulos Judiciales número 12/2015. Dichos procedimientos siguieron una tramitación paralela en el tiempo que se desarrolló entre los años 2017 y 2019.

2.- El procedimiento ordinario número 29/2017 fue iniciado por la representación de un ciudadano que recurrió el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Castañeda de 21 de diciembre del 2016, por el que se desestimaba el recurso de reposición formulado contra la concesión de autorización provisional a los edificios B1 y B2 de la Comunidad de Propietarios ……., siendo el Ayuntamiento representado y defendido en dicho procedimiento por el letrado D. José María Real del Campo.

3.- 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.

4.- Con fecha 15 de octubre de 2018 se celebró vista presidida por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Acayro Sánchez Lázaro en la que se practicó toda la prueba propuesta por las partes salvo una que fue renunciada por la parte demandante.

5.- Concluido dicho acto, el Ilmo. Sr. Magistrado, dictó, el mismo día, una providencia, del siguiente tenor literal: “celebrada vista oral en el día de hoy para practicar la prueba propuesta y admitida se acuerda, de oficio, al amparo del art. 61.2 de la LJCA, la testifical del secretario Municipal del Ayuntamiento de Castañeda”.

6.- Contra dicha resolución interpuso recurso de reposición la representación del Ayuntamiento de Castañeda alegando la improcedencia de tomar esa decisión mediante providencia, así como su falta de motivación, estimándose por el Ilmo. Sr. Magistrado tan solo el primer motivo, por auto de fecha 6 de noviembre, admitiendo la improcedencia de resolver mediante providencia ya que la resolución procedente tenía que revestir la forma de auto.

7.- Con fecha 12 de noviembre de 2018, el Ilmo. Sr. Magistrado dictó auto acordando, de nuevo, la testifical del secretario del Ayuntamiento de Castañeda, a celebrar el 17 de diciembre, con fundamento en el artículo 61.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA). Dicha resolución no fue recurrida. La prueba testifical acordada se celebró en la fecha señalada.

8.- 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”.

9.- Esta resolución contenía un antecedente de hecho único en el que se relataba que “el 17 de diciembre de 2018 se practicó la testifical de la Secretaria municipal del Ayuntamiento de Castañeda quien, entre otros extremos, corroboró que los informes jurídicos y técnicos fueron realizados por personal externo a la Administración en base a contratos menores. En el caso del informe jurídico, por la supuesta complejidad de la materia. No obstante, no consta documento alguno en el expediente administrativo aportado”.

10.- 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.

11.- Contra el citado auto, la representación procesal del Ayuntamiento de Castañeda interpuso recurso de reposición, con una extensa fundamentación relativa a la infracción de los artículos 61.2 de la LJCA y de los artículos 281 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que fue desestimado por auto fechado el 11 de febrero del 2019 dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado, sin que contra dicha resolución se pudiese presentar recurso alguno.

En el razonamiento jurídico primero de referida resolución, se expresa lo siguiente: “alega el recurrente, en síntesis, que la prueba acordada de oficio es inútil e impertinente porque no tiene relación con los hechos controvertidos, que la contratación de personal externo a la Administración para informar sobre un expediente administrativo concreto no forman parte del expediente administrativo y que, incluso, una eventual contratación ilícita, no podría tomarse en consideración al tratarse de actos administrativos firmes y que solo pueden tomarse por legales y válidos a todos los efectos.

No obstante, no se comparte porque la contratación de un técnico ajeno a la Administración para que informe sobre un expediente concreto, necesariamente debe formar parte del expediente. La razón es obvia. Si dentro de un expediente se decide contratar a un técnico externo, debe constar por qué y cómo se le contrata. Y por eso, al no constar, se está requiriendo que se complete el expediente administrativo lo cual entra dentro de mi competencia, y del resultado de la misma, se valorará las eventuales consecuencias legales. Entre otras, si luego resulta, como anticipa el recurrente, que se ha podido incurrir en contrataciones ilegales, evidentemente no corresponde a este juzgador enjuiciar las mismas. Para eso está el art 282 de la LECRIM que obliga a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal".

12.- Tras recibirse la documentación solicitada, por auto de 1 de marzo del 2019, se acordó "requerir al Ayuntamiento de Castañeda a través de su representación procesal a los efectos de que en el plazo de tres días aporte el folio nº 7 legible en su integridad y practicar la prueba testifical de la Secretaria municipal del Ayuntamiento de Castañeda".

13.- La resolución fue recurrida en reposición por la representación legal del Ayuntamiento, pero el acusado practicó la prueba testifical el día 22 de marzo, sin haber resuelto el recurso, lo que efectuó por auto fechado el 25 de marzo, contra el que no cabía interponer recurso alguno. En el razonamiento jurídico primero de referida resolución se exponía, reproduciendo el auto recurrido, el motivo por el que se había acordado la diligencia, "aclarar las contradicciones apreciadas en la documentación aportada". Igualmente se rechaza la alegación de falta de pertinencia de la diligencia de prueba acordada "porque se refiere a documentación que afecta al expediente administrativo y la pertinencia es clara".

14.- El recurrente en reposición, Sr. Real del Campo, acto seguido, promovió incidente de nulidad mediante escrito presentado el día 25 de marzo, que fue desestimado por resolución de 15 de abril. En el razonamiento jurídico único de citada resolución se razona lo siguiente: "si se analiza el procedimiento y las pruebas que se han acordado practicar de oficio, puede apreciarse que se ha realizado dentro de la competencia objetiva de quien suscribe. En el expediente administrativo tienen que constar todos los documentos que se hayan elaborado en relación al mismo y, si se externaliza la realización de los informes jurídicos

y técnicos para resolver, es exigible que en el expediente administrativo conste cómo y por qué se ha hecho. No se puede presumir. Aportados los mismos, lo cierto es que parte de la misma no coincidía con el procedimiento lo que se entendió como una contradicción y se han solicitado las aclaraciones que se han estimado oportunas. De hecho, la secretaria municipal corroboró las incongruencias, aunque, en lo sustancial, consta la contratación de externos. Por ello, no producida indefensión alguna y habiéndose actuado dentro de las competencias legales, procede desestimar la nulidad solicitada, condenando en todas las costas del incidente al solicitante".

15.- El mismo día 15 de abril del 2019, el Ilmo. Sr. magistrado, dictó auto con fundamento en el artículo 94 de la Ley General Tributaria cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "procede acordar la deducción de testimonio de las facturas indicadas y su remisión a la Agencia Tributaria a los efectos legales oportunos". En el antecedente de hecho único de la resolución se afirma: "mediante auto de 20 de diciembre de 2018 se acordó de oficio requerir a la Administración a los efectos de que completase el expediente administrativo al no constar en el mismo la contratación de los técnicos externos que han elaborado los informes que han servido de base a la resolución recurrida. En cumplimiento del mismo, se aportó la documentación solicitada apreciándose que, en la relativa al Letrado José María Real del Campo, se han podido cometer irregularidades con trascendencia tributaria en cuanto que las facturas aportadas, ni la numeración ni el concepto coinciden con el procedimiento en cuestión y, en varias de ellas, constan como única forma de pago por parte de la Administración contado".

Se parte por el recurrente de una interpretación errónea de los arts, 70 LPAC, y 61.1 LRJAE. El art. 70 señala que *Se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla.*

Y sobre el art. 61.2 LRJAE señala el TSJ con acierto que *Aunque se considere que la actuación en el ejercicio de la facultad derivada del artículo 61.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es discrecional, la decisión prevaricadora surge si el juzgador sobrepasa el contenido de su*

autorización y adopta su decisión desde consideraciones ajenas a la Ley, o apartándose del método de interpretación y valoración previsto en el ordenamiento. Y esto es precisamente lo que hace el juzgador, utiliza una facultad que le otorga la ley para, excediéndose notoriamente del contenido de la autorización ("para la más acertada decisión del asunto"), recabar información sobre extremos que en nada precisaba acreditar para resolver sobre lo que era objeto del procedimiento.

La petición llevada a cabo de la aportación de contratos era ajena al objeto, aunque el recurrente pretenda justificarlo. En nada afectaba a la causa. 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, como consta en el factum. Y, pese a ello, insistió en pedir lo que no debía pedir y era conocedor de ello.

Respecto a lo que el recurrente insiste en relación a que se le condena por una resolución de trámite y que alega que sin contenido prevaricador hay que recordar que el TSJ condenó aplicando el principio de unidad natural de acción entendiendo que si bien una de las resoluciones integraba el delito de prevaricación judicial (Auto de 20 de diciembre de 2018), todas las que le seguían, y constan en el factum estaban integrados en unidad natural de acción con el primero de ellos citados.

Y ante el alegato del recurrente de que esa resolución no reúne los requisitos del tipo penal objeto de condena del art. 446 CP señala con acierto el TSJ que:

1.- 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. Y desde la resolución de 20 de diciembre de 2018 se evidencia el especial interés del Ilmo. Sr. Magistrado por conocer los motivos y la forma en

que se contrató al letrado querellante, pues así se recoge en el antecedente de hecho único cuando, de forma expresa, se alude al “caso del informe jurídico”, cuya emisión se fundamenta en “la supuesta complejidad de la materia”. Y el hecho de que se investigara la contratación del letrado que intervino en el procedimiento administrativo y no de quien representó al Ayuntamiento en el procedimiento judicial, aunque sea la misma persona, carece de la relevancia que expuso la defensa del acusado en el acto del juicio oral. Lo determinante es que la decisión del juzgador excedía notoriamente del objeto del procedimiento y que afectó al Sr. Real del Campo.

2.- La fundamentación de dicha decisión fue 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.

3.- La decisión adoptada por el Ilmo. Sr. Magistrado 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.

4.- 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 (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). 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.

5.- La norma citada en sus resoluciones, ni ninguna otra, le autorizaba a realizar una actividad de control de legalidad de una contratación administrativa que, ni era objeto del procedimiento ni había sido cuestionada.

El recurrente pretende llevar a efecto una interpretación más amplia de los arts. 70 LPAC y 61 LJCA, pero no se puede abarcar una especie de extensión tan abierta como la que consta en los hechos probados de absoluta ajenidad al objeto del procedimiento, aunque el recurrente pretenda establecer una “cadena” entre la decisión del juez y el objeto, sin que se haya admitido por el TSJ de forma argumentada esta conexidad, siendo la desconexión llevada a cabo por el recurrente a sabiendas de su injusticia, porque no era consciente de que “no podía “estirar” ese procedimiento para incluir peticiones que nada tenían que ver con el objeto del procedimiento que es el que consta en el factum, y no el que se pretende introducir por el recurrente alterando el contenido de los hechos probados.

El objeto enjuiciado era una autorización provisional prevista en el artículo 65 bis de la Ley 2/2001 de Cantabria de Ordenación del Territorio y Régimen Urbanístico del Suelo. Se trataba de una licencia que ampara provisionalmente una construcción sobre la que pesa una orden de demolición dictada en expediente administrativo, en tanto se termina la tramitación ya iniciada de un nuevo planeamiento urbanístico con cuyas previsiones se le podría conceder licencia definitiva, una vez dicho planeamiento fuera aprobado definitivamente.

Consta, así, en el factum que:

El procedimiento ordinario número 29/2017 fue iniciado por la representación de un ciudadano que recurrió el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Castañeda de 21 de diciembre del 2016, por el que se desestimaba el recurso de reposición formulado contra la concesión de autorización provisional a los edificios B1 y B2 de la Comunidad de Propietarios …..., siendo el Ayuntamiento representado y defendido en dicho procedimiento por el letrado D. José María Real del Campo. 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.

No era necesario "completar el expediente" como plantea el recurrente, con esta petición llevada a cabo a sabiendas de que no se podía realizar y con absoluto exceso y desconexión, como ha argumentado de forma detallada el TSJ para fundar la condena.

Respecto a la conformación de los elementos del tipo penal del art. 446 CP no hay duda de que el auto dictado objeto de debate es una "resolución". El recurrente pretende hacer desaparecer el contenido del auto como equivalente a resolución.

Recordemos que el art. 245.1 LOPJ señala que:

1. Las resoluciones de los Jueces y Tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominarán: …

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.

El auto dictado y las resoluciones judiciales dictadas con relación al mismo son "resoluciones judiciales" a los efectos del art. 446 CP. Y, por ello, se incardina la tipicidad del precepto por el que ha sido condenado.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 446.3 CP por haber subsumido en dicho delito el dictado de una resolución de contenido discrecional sin que concurrieran motivaciones ajenas al ordenamiento jurídico.

Señala el recurrente que *todas las resoluciones del Procedimiento Ordinario 29/2017 objeto de acusación, y en particular el Auto de 20 de diciembre de 2018 que pretende servir de base para la condena de nuestro representado, no sólo tenían un contenido no resolutorio, sino también discrecional.*

Basa su motivo el recurrente en un pretendido contenido "discrecional" de la normativa antes analizada que sostiene que le permitía hacer lo que llevó

a cabo en la petición de esos contratos ajenos al procedimiento en concreto. Nos remitimos a lo antes expuesto para la desestimación.

Insiste el recurrente en la amplitud y extensión con la que se deben interpretar los preceptos de la normativa administrativa antes citados, lo que no puede sostenerse si lo que se acuerda es absolutamente ajeno al procedimiento como así consta acreditado y se evidencia en el factum.

Y para nada sirve a los efectos que nos interesan si existía, o no, animadversión, ya que el propio TSJ ya ha expuesto que las razones del móvil o razón por la que se perpetra un ilícito penal es ajeno al examen de las razones de la determinación de la condena y la culpabilidad, sino si el hecho en sí mismo considerado es delictivo, como en este caso ha razonado el TSJ en su motivada sentencia.

En este caso, además, como señala el Fiscal de Sala no es lo mismo la prevaricación administrativa que la judicial. El juez es un funcionario cualificado por su conocimiento del derecho. La resolución administrativa que exige la prevaricación administrativa debe ser resolución que resuelva el procedimiento con eficacia en los derechos de los administrados, pero no ocurre así con la judicial. Y la separación del derecho en el funcionario administrativo ha de ser grosera, esperpéntica o escandalosa, no así en la prevaricación judicial. En ésta, es decir, la prevaricación judicial, basta el apartamiento voluntario del derecho en el dictado de cualquier resolución.

Podemos sistematizar los criterios de esta Sala en cuanto al delito objeto de condena del art. 446 CP, a saber:

1.- Nuestra jurisprudencia en orden a la conceptuación de lo que debe entenderse por resolución injusta, ha abandonado posiciones subjetivas, que hacían depender de la subjetividad del juez lo justo de lo injusto, y construye su contenido en el quebrantamiento del derecho objetivo, que se produce cuando la aplicación realizada del derecho no resulta objetivamente sostenible, según los métodos generalmente admitidas en la interpretación del derecho. Se exige, por lo tanto, una indudable infracción del derecho, y, además, una arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 571/2012 de 29 Jun. 2012, Rec. 2171/2011).

2.- Lo injusto y lo justo no depende, por lo tanto, de la voluntad del juez, sino de la misma aplicación de la norma y realizada ésta es justa cuando el juez la aplica acudiendo a fuentes de interpretación válidas y admisibles.

3.- En la interpretación de la injusticia de la resolución esta Sala ha acudido a una formulación objetiva de manera que, como dijimos en la STS 755/2007, de 25 de septiembre, puede decirse que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada –desde el punto de vista objetivo– no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero)». Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que el sujeto activo del delito no aplica la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable. (STS 101/2012, de 27 de febrero).

4.- La prevaricación judicial es un delito de técnicos del Derecho, de ahí que no deban trasladarse «sic et simpliciter» los calificativos que tradicionalmente ha utilizado la jurisprudencia para definir el acto injusto, como «esperpéntica», «apreciable por cualquiera», etc., pues éstos han sido forjados para funcionarios no técnicos en Derecho.

5.- Mayor gravedad de este delito frente a la prevaricación administrativa.

6.- La falta de acierto en la legalidad y la injusticia no son lo mismo, pues la legalidad la marca la ley y la interpretación que de la misma realice el órgano dispuesto en la organización de tribunales como superior en el orden jurisdiccional de que se trate, en tanto que la injusticia supone un plus, una acción a sabiendas de la arbitrariedad de la decisión judicial adoptada. (Sentencia TS 101/2012, de 27 de febrero).

7.- La resolución será injusta tanto cuando se refiere a la aplicación arbitraria de una norma sustantiva al hecho sujeto a decisión, como cuando la actuación judicial se realiza, de forma arbitraria, fuera de competencia o sin observar las normas del proceso debido.

8.- Cabe admitir que una resolución sea injusta no solo por el contenido material de la resolución sino por todo el proceso seguido para su adopción. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 571/2012 de 29 Jun. 2012, Rec. 2171/2011).

9.- Los diferentes delitos de prevaricación exigen como elemento objetivo la absoluta notoriedad en la injusticia, faltando tal elemento cuando se trata de apreciaciones que, en uno u otro grado, son discutibles en derecho. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 806/2004 de 28 Jun. 2004, Rec. 1091/2003).

10.- Dos son los elementos del delito definido en esta norma del art. 446.3º CP:

1º. Un elemento objetivo, consistente en que la autoridad que desempeña el poder judicial en el ejercicio de las funciones propias de su cargo dicte una «resolución injusta».

El término «injusto» o «injusta» que aparece repetido en distintos tipos del delito de prevaricación, referido tanto a resoluciones judiciales como a las administrativas, aparece cualificado con el adverbio «manifiestamente» cuando se define la prevaricación judicial en su modalidad culposa (art. 447 CP), como si el legislador en estos delitos hubiera querido exigir un menor grado de injusticia para las infracciones dolosas.

Pero es lo cierto que tanto en unas como en otras este elemento objetivo se viene requiriendo por la jurisprudencia de esta Sala, ya de antiguo (Sentencias de 14-2-1891 y 21-1-1911), de modo extremadamente riguroso, pues sólo cabe prevaricación, cualquiera que sea su clase (judicial o administrativa) o su modalidad de comisión (dolosa o culposa), cuando de modo claro y evidente, sin posibilidad de duda alguna al respecto, la resolución de que se trate carece de toda posible explicación razonable, es decir, cuando es a todas luces contraria a Derecho, porque su contenido, incluso en el supuesto de más favorable interpretación de la norma aplicable al caso o de las pruebas concurrentes, no se compadece con lo ordenado por la ley, pudiendo referirse tal ilegalidad así cualificada, tanto a aspectos de procedimiento como materiales, ya se trate de cuestiones de calificación jurídica, ya de problemas de hecho o de apreciación de la prueba.

Y así esta Sala viene con frecuencia utilizando los términos de «patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico», «tan patente y grosera que pueda ser apreciada por cualquiera», y otros semejantes, que ponen de relieve que no basta una mera ilegalidad que pudiera entenderse más o menos justificable con algún modo razonable de interpretar los hechos o la norma jurídica, que tiene sus posibilidades de corrección en el ámbito de los recursos propios del caso, sino que se reserva el Derecho Penal para aquellos otros de tan flagrante ilegalidad que quede de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trate, conforme al principio de «intervención mínima». (Sentencias de esta Sala de 20-4, 10-7, 14-7, 6-10, 13-10 y 14-11 todas de 1995, entre otras muchas).

En conclusión, los diferentes delitos de prevaricación exigen como elemento objetivo la absoluta notoriedad en la injusticia, faltando tal elemento cuando se trata de apreciaciones que, en uno u otro grado, son discutibles en derecho.

2º. Un elemento subjetivo, exigido con la expresión «a sabiendas», que asimismo se repite en los diversos delitos de prevaricación dolosa, que no es otra cosa que la inclusión expresa en los correspondientes tipos penales del dolo como requisito necesario en toda clase de delitos dolosos y que aquí se incluye en las respectivas definiciones legales para poner de manifiesto la necesidad de que la autoridad o funcionario autor de estas infracciones ha de actuar con plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta. En estos casos, el dolo, en su aspecto de conocimiento relativo a los elementos objetivos del tipo, aparece expresamente exigido en la norma penal. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 806/2004 de 28 Jun. 2004, Rec. 1091/2003)

11.- El medio de comisión consiste en dictar una sentencia o resolución injusta. Tal injusticia puede derivar de razones de fondo y también existirá cuando haya importantes defectos de forma o procedimiento. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 101/2012 de 27 Feb. 2012, Rec. 20048/2009).

12.- Se subsume la tipicidad de la prevaricación destacando cómo la esencia de la misma no es la contradicción al Derecho, sino la arbitrariedad en

el ejercicio de la función jurisdiccional, el abuso de la función, en definitiva, la infracción del deber. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 101/2012 de 27 Feb. 2012, Rec. 20048/2009).

13.- La falta de acierto en la legalidad y la injusticia, obviamente, no son lo mismo, pues la legalidad la marca, evidentemente, la ley y la interpretación que de la misma realice el órgano dispuesto en la organización de tribunales como superior en el orden jurisdiccional de que se trate, en tanto que la injusticia supone un plus, una acción a sabiendas de la arbitrariedad de la decisión judicial adoptada.

14.- La prevaricación judicial que la misma, se construye mediante una contradicción al Derecho de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable y que incorpora un disvalor verificado en el hecho. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 101/2012 de 27 Feb. 2012, Rec. 20048/2009).

15.- Una resolución resulta injusta al anudarse a una finalidad ajena a las propias de aquel procedimiento en concreto y a las propias del proceso en general. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 887/2021 de 17 Nov. 2021, Rec. 4507/2019).

16.- La determinación de tal injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 79/2012 de 9 Feb. 2012, Rec. 20716/2009).

17.- En definitiva, se entenderá por resolución injusta aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles según los métodos usualmente admitidos en Derecho, careciendo de toda interpretación razonable, y siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. Por lo tanto, una resolución basada en una interpretación que pueda reputarse errónea, no es injusta a los efectos del delito de prevaricación, siempre que, alcanzada por los métodos de interpretación usualmente admitidos, sea defendible en Derecho.

18.- Esta configuración del elemento del tipo objetivo viene a rechazar al mismo tiempo la teoría subjetiva de la prevaricación, según la cual se apreciaría el delito poniendo el acento en la actitud o la convicción del juez al resolver, y

prescindiendo de que la resolución sea objetivamente conforme a la ley. Desde este punto de vista es evidente que «...la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que el Juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de la justicia», (STS 2/1999). Por lo tanto, no puede admitirse que una resolución sea justa solo porque el juez que la dicta, sin referencia alguna a criterios objetivos, así la considere. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 585/2017 de 20 Jul. 2017, Rec. 1146/2016).

19.- En cuanto al elemento subjetivo, plasmado en la expresión «a sabiendas», no es otra cosa que la inclusión expresa del dolo, en el sentido de que el autor debe tener plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta. Es decir, debe ser consciente de la adopción de la resolución, de su sentido y de sus consecuencias y de que todo ello no puede estar amparado en una interpretación razonable de la ley. En este sentido, el elemento subjetivo se integra por «...la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones, elemento que debe ser puesto en relación con la condición del Juez de técnico en derecho, y por tanto conocedor del derecho y de la ciencia jurídica --«iura novit curia»--. (STS nº 2338/2001).

20.- La resolución resulta así injusta al carecer de cualquier justificación derivada de una valoración racional de las circunstancias y de una interpretación de las normas aplicables que resulte aceptable en Derecho. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 126/2012 de 28 Feb. 2012, Rec. 1624/2010).

Con ello, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1.- La decisión acordada de instar los contratos no estaba basada en norma alguna. Era algo ajeno al objeto. Y era consciente de ello. No existía justificación alguna con arreglo a lo que consta en el factum.

2.- El auto dictado es una resolución judicial. El delito no se integra solo por sentencias, sino también por autos. La jurisprudencia admite en este delito tanto autos como sentencias. Los primeros no tienen un sentido excluyente de la posibilidad de cometer un delito de prevaricación.

3.- Cabe admitir que una resolución sea injusta no solo por el contenido material de la resolución sino por todo el proceso seguido para su adopción, como en este caso ha ocurrido.

4.- En este caso el TSJ ha construido con motivación que se ha producido el quebrantamiento del derecho objetivo, que se produce cuando la aplicación realizada del derecho no resulta objetivamente sostenible, según los métodos generalmente admitidas en la interpretación del derecho. Era absolutamente ajena al procedimiento el acuerdo adoptado en el auto y actuaciones subsiguientes. No se sostenía en modo alguno, siendo irrelevante las razones por las que así se acordó a los efectos de la tipicidad.

5.- El recurrente no acudió a fuentes de interpretación validas y admisibles, pese a que sostenga la interpretación extensiva de los preceptos administrativos en los que basa el recurrente la legalidad de lo interesado. Era ajeno al objeto y así se desprende del factum.

6.- Una resolución resulta injusta al anudarse a una finalidad ajena a las propias de aquel procedimiento en concreto y a las propias del proceso en general.

7.- Debe partirse de una tesis objetiva de la prevaricación judicial. La injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor. En este caso, lo acordado era absolutamente ajeno al procedimiento. No cabe basarse o ampararse en presuntas interpretaciones extensivas de la normativa administrativa para justificar solicitar lo que era ajeno al procedimiento en sí.

8.- No cabía llevar a cabo un “estiramiento” de la normativa administrativa para encontrar “encaje” en lo instado en el auto antes citado para requerir algo que no estaba en el objeto del procedimiento y sin ser solicitado a tal efecto como necesario para la resolución del caso.

9.- No es preciso en la prevaricación judicial el móvil espurio, o motivos “torcidos”.

10.- El delito de prevaricación judicial es un delito de técnicos en derecho, y que, por ello, las adjetivaciones de que la desviación de la decisión respecto del derecho debe resultar "esperpéntica", "apreciable por cualquiera", u otras expresiones semejantes, resultarán oportunas para otros funcionarios públicos,

pero no para los jueces, que tienen la máxima cualificación jurídica y no pueden ser tratados como el resto de colaboradores de la Administración; previniendo incluso del subterfugio de acompañar la decisión, que se sabe injusta, de argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 585/2017 de 20 Jul. 2017, Rec. 1146/2016).

Y, además, sistematizamos las razones de la condena por prevaricación analizadas por el TSJ en el FD nº 8:

1.- El elemento subjetivo del tipo del artículo 446.3 del Código Penal se concreta en la expresión típica "a sabiendas".

2.- Exigencia de que el sujeto activo tenga conciencia del total apartamiento de la legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, lo que debe ser evaluado desde la consideración de que el Juez es técnico en derecho y un profundo conocedor del ordenamiento jurídico.

3.- El Ilmo. Sr. Magistrado querellado conocía plenamente cual era el objeto del procedimiento sometido a su decisión.

4.- En la sentencia de fecha 24 de junio del 2019 que puso fin al procedimiento ordinario 29/2017. Dicha sentencia desestimó el recurso presentado por el administrado y, en su fundamento de derecho primero, concreta con claridad el objeto del recurso y del procedimiento: “el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Castañeda de 21 de diciembre de 2016 que desestima el recurso de reposición formulado contra la concesión de la autorización provisional de los edificios B1 y B2 de la Comunidad de Propietarios ……..

Por otra parte, en el fundamento jurídico tercero, dedicado a la “prueba practicada y valoración”, se expresa literalmente que “la cuestión controvertida se limita a valorar si se ha realizado una desviación de poder mediante una aplicación fraudulenta del artículo 65 bis de la Ley 2/2001 y, en su caso, si el acto recurrido tenía cobertura legal válida o era contrario al planeamiento municipal”. Y al describir la prueba practicada se explica que ha consistido en el expediente administrativo (EA), documental, una testifical y tres periciales”, destacando, en cuanto al expediente administrativo y la documental, por un lado, la solicitud de autorización provisional realizada por la comunidad de propietarios, por otro, los distintos informes técnicos y jurídicos, añadiendo que

“al no constar los antecedentes administrativos que justificasen la externalización de los informes en los que se basa la resolución ahora recurrida, de oficio, se acordó requerir a la Administración a los efectos de completar el expediente administrativo. Dicha documentación fue aportada. Asimismo, también se acordó de oficio la declaración testifical de la Secretaria Municipal quien corroboró la misma y permite descartar cualquier posible nulidad del procedimiento”.

5.- El Ilmo. Sr. Magistrado fundamenta su decisión de investigar el proceso de contratación de los autores de los informes técnicos y jurídicos que sirvieron de base a la resolución recurrida en que no constaban los antecedentes administrativos que justificasen la externalización de los informes en los que se fundaba la resolución ante él recurrida. Pero, como hemos razonado en el anterior fundamento jurídico, esos antecedentes administrativos no tenían por qué incorporarse al expediente administrativo porque en el mismo sí constaban los informes técnicos y jurídicos en que se sustentaba la decisión del Pleno y esto lo conocía perfectamente el juzgador. Así se reconoce expresamente en el razonamiento jurídico único del auto de 20 de diciembre de 2018: “…informes técnicos y jurídicos obrantes en el expediente administrativo”.

6.- 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. Y ni el letrado de la Administración de Justicia ni ninguna de las partes interesó que se completara, como hemos razonado.

7.- Tampoco la práctica de dicha prueba acordada de oficio -desde la testifical de la secretaria del Ayuntamiento, pasando por la petición de documentación sobre los contratos menores y terminando en las aclaraciones solicitadas en nueva comparecencia de la secretaria para, finalmente, remitir a la AEAT determinadas facturas emitidas por el letrado querellante- permitió descartar cualquier posible nulidad del procedimiento. ¿Qué posible causa de nulidad del procedimiento podría derivarse de eventuales irregularidades en el proceso de contratación de los autores de los informes?, ninguna en el procedimiento de impugnación de la concesión de la autorización provisional de los edificios B1 y

B2 de la Comunidad de Propietarios …….. Y ninguna se cita en la sentencia que pone fin al procedimiento.

8.- El objeto del procedimiento y de la decisión que se sometió al Ilmo. Sr. Magistrado era, única y exclusivamente, el que cita con claridad en su sentencia de 24 de junio de 2019. Insistimos en ello porque es relevante: “el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Castañeda de 21 de diciembre de 2016 que desestima el recurso de reposición formulado contra la concesión de la autorización provisional de los edificios B1 y B2 de la Comunidad de Propietarios …….

9.- En definitiva, 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.

En definitiva, relacionamos los criterios antes fijados de esta Sala con respecto al delito del art. 446.3 CP en correlación con las acertadas razones expuestas por el TSJ para la condena por prevaricación judicial.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Subsidiariamente a los motivos anteriores, al amparo del artículo 852 LECrim, por infracción del principio acusatorio y, con él, su derecho fundamental a la defensa en su vertiente al principio de contradicción así como el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, por haber condenado la sentencia con base en la apreciación de concurrencia de un elemento fáctico (“propósito de investigar prospectivamente supuestas irregularidades en la contratación”) que no había sido objeto de acusación y cuya apreciación es absolutamente irracional a partir de la prueba practicada.

Se alega que la Sala a quo habría introducido un hecho nuevo, que no fue objeto de acusación ni contradicción en todo el procedimiento judicial (y tampoco en el juicio oral), vulnerando el principio acusatorio y, con él, el derecho de defensa en su vertiente de principio de contradicción del art. 24.2 CE. Y que la Sala se excedió en sus facultades al estar presidida por una motivación de perseguir irregularidades en una suerte de investigación cuasi penal, prospectiva quiere decirse, pues la Sentencia habría introducido un hecho nuevo que no fue objeto de acusación ni contradicción en todo el procedimiento judicial (y tampoco en el juicio oral), vulnerando el principio acusatorio y, con él, el derecho de defensa en su vertiente de principio de contradicción del art. 24.2 CE.

No puede admitirse el motivo deducido, ya que, como bien señala el Fiscal de Sala, El Ministerio Fiscal calificó los hechos como legalmente constitutivos de un delito continuado de prevaricación judicial previsto y penado en el artículo 446.3 y 74.1 del Código Penal con referencia a las siguientes resoluciones: Providencia de 15 de octubre de 2018, Auto de 6 de noviembre de 2018, Auto de 12 de noviembre de 2018, Auto de 20 de diciembre de 2018, Auto de 11 de febrero de 2019, Auto de 1 de marzo de 2019, Auto de 25 de marzo de 2019, Autos de 15 de abril de 2019, Auto de 19 de junio de 2019, resoluciones dictadas en el procedimiento ordinario 29/2017, y la providencia de 1 de julio de 2019 y el Auto de 9 de septiembre de 2019, dictadas en el Procedimiento de Ejecución de Títulos Judiciales número 12/2015. Es decir, el auto de 20.12.2018 estaba perfectamente incluido.

La Sala condenó aplicando el principio de unidad natural de acción entendiendo que una de ellas de ellas integraba el delito de prevaricación (Auto de 20 de diciembre de 2018) y que todas las que le seguían, los posteriores autos de 11 de febrero de 2019, 1 de marzo de 2019, 25 de marzo de 2019, 15 de abril de 2019, otro Auto de 15 de abril de 2019 y Auto de 19 de junio de 2019), estaban integrados en unidad natural de acción con el primero de ellos citados. Entendió la Sala que aunque el Tribunal Supremo tiene declarado, entre otras en Sentencia de su Sala 2ª, de 21 de abril de 2015, que en el supuesto de que fueran varias las resoluciones, dictadas en un mismo ámbito temporal y procedimental, lo procedente es aplicar el instituto de la continuidad delictiva, y

ello motivaba sin duda la calificación realizada por las acusaciones tomando en consideración que también acusaban por la resolución dictada en el procedimiento de ejecución 12/2015, ello no obstante la Sala consideró que la resolución en que se materializa la decisión del juzgador de requerir justificación sobre la contratación de técnicos externos y solicitar la aportación de los contratos menores (cuando en absoluto resultaba necesario para la más acertada decisión del asunto sometido a su consideración y excedía notoriamente del objeto del procedimiento judicial) es la ya citada de 20 de diciembre de 2018, pues todas las demás resoluciones dictadas tenían una estrecha conexión temporal y material, por lo que se apreciaba en el Ilmo. Sr. Magistrado que las dictara una culpabilidad unitaria.

Hay que volver a señalar, como antes ya se ha puesto de manifiesto, que la sentencia no condena, en modo alguno, por una existencia de motivación concreta referida a perseguir presuntas irregularidades, o por una motivación espuria, o por un contenido concreto, sino por el dictado de una resolución judicial a sabiendas de su injusticia, fuera ya de cuál ha sido el objetivo, o la intención perseguida por el recurrente. Y ello, en base a que ya hemos precisado anteriormente los criterios seguidos por la jurisprudencia de esta sala en torno al delito de prevaricación judicial, que el componente de la tipicidad se centra en el carácter objetivable del delito tipificado en el artículo 446 CP, fuera ya de connotaciones de tipo subjetivo, y ahondando en las de naturaleza objetiva que antes han sido puestas de manifiesto en los criterios fijados en torno a los especificados por la jurisprudencia de esta sala en torno al delito de prevaricación.

Por ello, es absolutamente irrelevante el objetivo o finalidad subjetiva de llevar a cabo una investigación prospectiva, o no, por parte del recurrente, ya que ese no es el dato en virtud del cual se ha dictado la sentencia condenatoria por el delito de prevaricación judicial, sino por la objetivación reflejada por el TSJ en su sentencia acerca del contenido injusto de la resolución judicial y del componente plasmado en la unidad natural de acción al que se ha referido el TSJ en su sentencia.

De la fundamentación del TSJ en cuanto ofrece las razones de la condena destacamos, lejos de la motivación del recurrente, que:

1.- La decisión adoptada por el Ilmo. Sr. Magistrado 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.

2.- Aunque se considere que la actuación en el ejercicio de la facultad derivada del artículo 61.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es discrecional, la decisión prevaricadora surge si el juzgador sobrepasa el contenido de su autorización y adopta su decisión desde consideraciones ajenas a la Ley, o apartándose del método de interpretación y valoración previsto en el ordenamiento. Y esto es precisamente lo que hace el juzgador, utiliza una facultad que le otorga la ley para, excediéndose notoriamente del contenido de la autorización (“para la más acertada decisión del asunto”), recabar información sobre extremos que en nada precisaba acreditar para resolver sobre lo que era objeto del procedimiento.

3.- 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 (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). 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.

4.- La norma citada en sus resoluciones, ni ninguna otra, le autorizaba a realizar una actividad de control de legalidad de una contratación administrativa que, ni era objeto del procedimiento ni había sido cuestionada.

La condena no se basa en razones de investigación prospectiva del recurrente, o de perseguir irregularidades, sino porque la resolución judicial y la

unidad natural de acción que acompañó a la resolución arbitrara era prevaricadora, no por cuáles eran las razones de su adopción.

No hay, por ello, vulneración del acusatorio. El TSJ no introduce ningún ingrediente fáctico ajeno al objeto del juicio definido por la acusación. No hay razón alguna que justificara pedir como diligencia final esa documentación que se instó con el fin de resolver el objeto del procedimiento. Para nada la clave de la condena es la intención que subyacía en el recurrente. Se dictó una resolución judicial y la cadena que siguió a ella, como decisión discrecional para un fin ajeno al proceso judicial. El móvil de la actuación prevaricadora era irrelevante. La condena lo fue por la carencia de justificación en el ejercicio de potestad jurisdiccional.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 14.3 CP e indebida inaplicación del art. 14.1 CP al haber procedido el TSJ a subsumir como si existiese un “error de prohibición” cuando, en realidad, siendo consecuentes con la argumentación de la propia sentencia, concurriría un “error de tipo” –sobre un elemento normativo del tipo (en concreto: el elemento “injusticia”)–, lo que impide apreciar el elemento subjetivo del tipo del art. 446.2 CP; habida cuenta del contenido de la resolución, debe descartarse también una hipotética imprudencia “grave” de modo que tampoco sería posible una condena por el art. 447 CP.

Nos remitimos en este motivo a lo resuelto en el FD nº 8 en cuanto al recurso del Ministerio Fiscal. No hay error de tipo ni error de prohibición. Las consideraciones expuestas por el tribunal no pueden encontrar acomodo en la tesis del error en los hechos declarados probados. Se debe suprimir la vía del art.14 CP por las razones que se indican en el FD nº 8.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Al amparo del art. 852 LECRIM por vulneración del derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE), en concreto, del derecho fundamental a un juez imparcial (art. 24.2 CE, art. 47 carta de los derechos fundamentales de la UE y art. 6 CEDH) e igualmente al amparo

del art. 851.6.º LECRIM, por haber concurrido a dictar sentencia un magistrado cuya recusación, intentada en tiempo y forma y fundada en causa legal, fue rechazada.

Se alega que El Excmo. Sr. presidente de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (en adelante, "TSJ"), D. José Luis López del Moral Echevarría, que presidió la Sala que dictó la Sentencia recurrida, participó también en la Sala designada para la admisión a trámite de la querella que dio origen al procedimiento.

Señala el recurrente que:

1.- Participó también en la Sala designada para la admisión a trámite de la querella que dio origen al procedimiento. Había causa de abstención/recusación que concurrió en el Excmo. Magistrado denunciado en el momento de enjuiciar a mi mandante: la recogida en el art. 219.11.ª LOPJ: "haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia". Y ello, por cuanto el Auto de admisión a trámite de la querella de 23 de abril de 2021 ya expresaba una señalada toma de postura sobre los principales elementos de prueba que han sido tomados en consideración en el juicio oral, las resoluciones que la querella tachaba de prevaricadoras.

2.- Tenía pleito pendiente con el Sr. Sánchez Lázaro y evidente interés directo en el pleito.

Acababa de resultar emplazado como interesado en el Procedimiento Ordinario n.º 38/2021 instado por mi mandante, en que impugnaba el Acuerdo del CGPJ de 29 de octubre de 2020 por el que dicho Magistrado (que sería objeto de recusación por ello) había resultado nombrado Presidente del TSJ de Cantabria en un procedimiento al que solamente concurrían dicho Magistrado y el Ilmo. Sr. Sánchez Lázaro. Por tanto, en dicho momento, el recusado incurría en las causas de abstención/recusación 8.ª y 11.ª del art. 219 LOPJ, pues tenía un pleito pendiente con mi representado y, además, interés directo o indirecto en el resultado del proceso penal. … el Excmo. Magistrado recusado se considera "parte demandada" en el procedimiento.

3.- Con respecto a la segunda causa de abstención/recusación relativa al "interés directo" del Excmo. Magistrado recusado en el pleito penal, se deriva

también de que, de resultar condenado mi representado (como luego ocurriría) quedaría alejado de la carrera judicial y el procedimiento contencioso habría quedado sin objeto material, al desaparecer la concurrencia del único otro candidato al puesto gubernativo.

Pues bien, el mero hecho de formar parte del tribunal que admite una querella no supone que lleve consigo la abstención o causa de recusación para no formar parte del tribunal de enjuiciamiento.

Señala el Tribunal Supremo, Sala Especial del art. 61 LOPJ, Auto de 20 Jun. 2011, Rec. 1/2011 que: *Esta resolución inicial, como dijo expresamente en alguna ocasión el Tribunal Constitucional -STS 162/1999, de 27 de diciembre- y también el STEDH de 22-7-2008 Gómez de Liaño contra España- por sí misma no tiene por qué producir ningún efecto contaminante del Tribunal que la dicta dado que la admisión de una querella a trámite tiene, en principio, un mero carácter procesal pues se trata de una decisión que viene limitada a comprobar si los hechos alegados por el querellante tienen visos de integrar el delito de que se trata o, como dijeron los Magistrados recusados en su informe, es una resolución procesal que resuelve una petición también procesal y que no valora otra cosa que la procedencia de iniciar el proceso penal a la vista de lo meramente relatado por el querellante. Pero esta conclusión, que ha de calificarse normalmente así, y por ello y en términos generales nada impediría que los integrantes de la Sala que admite una querella pueda después (a salvo otras intervenciones contaminantes) participar en el juicio.*

Otra cosa, insiste la resolución, es que *existan indicios objetivos suficientes para entender que los Magistrados, que habían sido designados para conocer del enjuiciamiento y fallo en la causa penal, durante su participación en la fase de instrucción hayan llegado a tener una relación con el objeto del proceso que les inhabilitaba para poder participar con garantías plenas de imparcialidad en el enjuiciamiento de la misma.*

El recurrente achaca la concurrencia de la causa de recusación en que se cita por quienes admitieron la querella que “los hechos narrados en la querella estaban “documentados””. Pero ello no es más que una causa objetiva que no conlleva mayor valoración que ofrecer razones objetivas para la admisión de la querella. No se ha realizado investigación que conllevara la necesaria

"contaminación" para ser razón impeditiva para formar parte del tribunal de enjuiciamiento, por lo que, por sí mismo, la circunstancia de haber formado parte del tribunal que admite una querella a trámite no inhabilita para integrar el de enjuiciamiento, salvo expresa instrucción previa o toma de contacto directo y/o pronunciamientos expresos que impliquen una contaminación o toma de decisión previa que inhabilitaría para estar en la fase de enjuiciamiento. Pero nada de esto ha ocurrido en el presente caso.

Y es que, para admitir la querella, al menos habrá que expresar algunas razones objetivas indiciarias para su admisión, y no por ello conlleva "contaminación" con la causa previa que invalidez un enjuiciamiento, como pretende el recurrente.

La referencia que hace constar el recurrente es que se cita que *"Los hechos relatados en la querella, documentados, obligan a concluir que no resultan inverosímiles, y revisten en términos indiciarios significación delictiva, en tanto que describe unas acciones cuya subsunción en el tipo de prevaricación judicial ab initio, no es descartable".*

Desde luego, resulta lo suficientemente escueta y de mero formalismos para, al menos, fundar la admisión de una querella, sin que ello haya supuesto una "toma de contacto" con diligencias a practicar que le hubieran contaminado. Cuando se ha apreciado la causa de abstención y recusación lo ha sido, bien porque se hayan hecho constar expresiones que impliquen una mayor implicación en un pronunciamiento que pueda entenderse que "prejuzga" la culpabilidad, o que hayan llevado a cabo diligencias instructoras que inhabilitan al magistrado para tomar parte del órgano de enjuiciamiento, que no ha ocurrido en el presente caso.

Por ello, lejos de lo que expone el recurrente, el Magistrado no efectuó una toma de postura sobre el fondo del asunto. No cabía ni la abstención ni la recusación.

Por otro lado, la circunstancia de que el Magistrado ponente hubiera sido emplazado en el procedimiento de impugnación del Acuerdo del CGPJ de 29 de octubre de 2020, que nombraba a dicho Magistrado Presidente del TSJ de Cantabria no supone la existencia de un "presunto" interés del Presidente del TSJ de Cantabria para impedirle intervenir en el juicio, ya que ese "interés" solo

existe en el alegato del recurrente, por cuanto cuando la LOPJ se refiere en el art. 219.8º como causa de abstención y de recusación a 8.ª Tener pleito pendiente con alguna de éstas y en la 10ª de Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa, no puede admitirse como tal que un magistrado haya impugnado el nombramiento de un juez que luego intervenga en un enjuiciamiento del impugnante de un acuerdo por un delito de prevaricación.

Ese “interés” al que se refiere el art. 219.10ª no puede ser presunto o a juicio del recusante, ya que supone invadir la esfera personal del recusado entendiendo que va a dictar resolución injusta a la vista de que el impugnante del acuerdo por el que se le nombra Presidente del TSJ es quien es acusado en el proceso penal en el que participa el recusado, quien rechazó esta causa de forma correcta, porque es una forma de apartarlo del procedimiento sin causa objetiva que lo justifique, aunque subjetivamente el recurrente considere que pueda existir, aunque no objetiva y legalmente, ya que el interés en el pleito debe objetivarse y no subjetivizarse, y la circunstancia de tener pleito pendiente lo es entre las partes, no que por medio de otro procedimiento, como el de impugnación del acuerdo, le den traslado por resultar obvio su presencia, pero como ”interesado”, no como parte enfrentada al recurrente para constituir las “dos partes” de un procedimiento en el que una de ellas ejercita una acción frente a otra.

Esto es a lo que se refiere el nº 8 del art. 219 LOPJ no a que se cite al Magistrado por su “interés” en la impugnación del acuerdo del CGPJ.

Hay que recordar que la recusación fue rechazada mediante auto de fecha 15 de junio de 2021 dictado por la Sala prevista en el artículo 77 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La petición se formuló, según se indicó, a efectos de considerar una posible vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Con respecto a la causa de abstención o recusación de “Tener pleito pendiente con alguna de éstas", concurre cuando el juez o magistrado tiene algún tipo de procedimiento judicial en curso con alguna de las partes del proceso. Pero no es el caso cuando aunque figure formalmente como “parte demandada” en un proceso de impugnación de un acuerdo que le afecte se le emplace para expresar su postura respecto a un acto o decisión que le afecta

por referirse a un nombramiento, pero ello no constituye la causa del nº 8 del art. 219 LOPJ. Cuando este número otorga virtualidad para recusar a un juez o magistrado lo es cuando entre ellos existe un pleito de confrontación, pero no en el caso que ahora analizamos.

Las partes del recurso contencioso son como demandante el recusante y ahora recurrente y como demandado el CGPJ. En consecuencia, el recusado, y presidente de Sala no tiene pleito pendiente con el recusante a los efectos del nº 8 del art. 219 LOPJ.

Además, como señala el Tribunal Supremo, Sala Especial del art. 61 LOPJ, Auto 3/2018 de 13 Sep. 2018, Rec. 5/2018 *Es jurisprudencia clara y constante del Tribunal Constitucional que las causas legales de abstención y recusación de los jueces y magistrados, enumeradas en el art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , no sólo constituyen una lista tasada, sino que son de interpretación estricta. Véanse en este sentido, entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 145/1998 , 162/1999 y 69/2001 . La razón es que, de lo contrario, la conformación del órgano jurisdiccional quedaría a la libre disposición de los litigantes, que tendrían un resquicio para buscar juzgadores a su medida, por no mencionar que ello podría representar una excusa para jueces o magistrados deseosos de apartarse de asuntos incómodos. Y todo ello determinaría, como es obvio, una quiebra del principio de la predeterminación legal del juez o tribunal (arts. 24 y 117 de la Constitución), que se encuentra en el núcleo mismo del Estado de derecho.*

Dicho esto, no cabe ignorar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos insiste en que la imparcialidad judicial, en su doble faceta subjetiva y objetiva, ha de ser salvaguardada incluso cuando no exista una causa legal de recusación aplicable al concreto supuesto. Así, entre otras, las sentencias Hauschildt c. Dinamarca de 24 de mayo de 1989 o Thomann c. Suiza de 10 de junio de 1996.

Y se añade de forma clara y concluyente a los efectos que ahora nos interesa:

El mero hecho de haber participado en la admisión a trámite de la querella no implica, por sí solo, contaminación. El Ministerio Fiscal recuerda atinadamente que la sentencia del Tribunal Constitucional 41/1998 excluyó que

la admisión a trámite de una denuncia o querella suponga pérdida de la imparcialidad objetiva para juzgar, pues existe un «muy escaso margen de decisión». Y en parecido sentido se manifiestan las sentencias del Tribunal Constitucional 162/1999 y 45/2006 . Quien recibe la querella está, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario, obligado a incoar el procedimiento y su función se limita a verificar que se cumplen las condiciones formales o extrínsecas; y a partir de este momento, las actuaciones pasan al instructor, quien sí deberá examinar hechos y hacer valoraciones jurídicas y, por ello mismo, no podrá luego juzgar. En el presente caso, no consta que los magistrados recusados hicieran otra cosa que recibir la querella, constatar que reunía las mencionadas condiciones requeridas y pasar el asunto al instructor a quien por turno correspondía. No puede decirse, así, que hayan entrado en el examen de los hechos reprochados en esta causa, ni efectuado valoraciones jurídicas sobre los mismos, ni tomado decisiones que puedan afectar a la marcha del proceso.

Quien no puede intervenir en el enjuiciamiento es el instructor, pero quien admite la querella en casos de aforados no supone contaminación presunta por haberla admitido, salvo que se exceda en su cometido y haga pronunciamientos “en exceso”, que no son los que refiere el recurrente, ya que la cita que menciona lo es, simplemente, a los efectos de admitir la querella, porque en caso contrario sería infundado el auto de admisión de la querella.

Y, por último, como refiere el Fiscal de Sala, en relación con la causa de recusación establecida en el art. 219.10 LOPJ, consistente en tener interés directo o indirecto en el pleito por el recusado, la jurisprudencia constitucional ha determinado que por interés directo o indirecto ha de entenderse aquello que proporciona al Magistrado una ventaja o beneficio o le evita una carga o perjuicio, para si o para sus allegados; que ha de tratarse de un interés singularizado, en relación con que se plantee la recusación invocada el concreto proceso en que se plantee la recusación.

Pues bien, tampoco existe ese interés personal, pues tal y como informó el Ministerio Fiscal, el resultado de la querella no incide en el resultado del proceso contencioso en curso, en el que se analiza el ejercicio de las potestades atribuidas al CGPJ por el art. 326 LOPJ y el Reglamento 1/2010 y en el que el

recusante es parte demandante, por lo que en nada afecta a su desarrollo y resolución la tramitación de la causa penal frente al recusante.

Tampoco existen sospechas que permitan dudar de la concurrencia de un interés espurio del presidente por la suerte del recusante en al causa penal.

No cabe señalar la existencia de meros “intereses presuntos” a tenor de la opinión subjetiva del recurrente, ya que ninguna razón objetiva conlleva la concurrencia de causa objetiva para abstenerse el magistrado o aceptar la recusación.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 6.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECRIM, por haber condenado la sentencia al Ilmo. Sr. Sánchez Lázaro al pago de 5.000 euros más intereses en concepto de responsabilidad civil derivada del delito de prevaricación, pese a que la supuesta resolución injusta no ocasionó ningún perjuicio susceptible de indemnización al amparo de los arts. 109 y ss. CP.

Alega el recurrente que la Sentencia condena al Sr. Sánchez Lázaro por un delito de prevaricación judicial del art. 446.3 CP en relación con el dictado de un Auto por el que requería documentación al Ayuntamiento de Castañeda e igualmente, le condena al pago de 5.000 euros en concepto de responsabilidad civil derivada del mismo. Dicha responsabilidad civil, se arguye, se fija en atención a unos supuestos daños morales consistentes en una “perturbación en el ánimo” del Letrado al “sentirse cuestionado por sus clientes” y se calculan atendiendo a la consideración de que el Ayuntamiento de Castañeda le habría dejado de contratar.

Justifica el TSJ el quantum fijado en la sentencia de 5.000 euros como daño moral en el FD nº 12 señalando que:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 109, 110, 113 y 116 del Código Penal, se establece como indemnización que el Iltmo. Sr. Magistrado acusado habrá de satisfacer a D. José María Real del Campo la cantidad de cinco mil euros (5.000 €) en concepto de satisfacción del daño moral causado. Para su determinación se toma en consideración la declaración del Alcalde de Castañeda, confirmatoria de la del propio perjudicado, en el sentido de que a raíz de estos hechos cesó en la contratación del Sr. Real del Campo para

asesorar al Ayuntamiento. Teniendo en cuenta el importe del contrato que sí fue concertado y abonado, la cantidad resultante es inferior a la mitad de su cuantía. Dicha cifra se determina con carácter orientativo y tomando como simple referencia la cuantía del contrato. Lo que se indemniza es un daño moral derivado del evidente perjuicio reputacional causado a un letrado en ejercicio que depende de su credibilidad profesional para el adecuado desempeño laboral. Tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2000, entre muchas otras, corresponde a la prudente discrecionalidad del Tribunal de la instancia la fijación del quantum indemnizatorio cuando se trata de daños o perjuicios de índole moral que no tienen una exacta traducción económica. Y tales daños morales no necesitan estar especificados en los hechos probados cuando fluyen de manera directa y natural del relato histórico o hecho probado (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2005).

Por ello, se acuerda en la parte dispositiva que: *El Ilmo. Sr. Magistrado D. LUIS ACAYRO SÁNCHEZ LÁZARO indemnizará a D. José María Real Del Campo, por el perjuicio moral causado, en la cantidad de cinco mil euros (5.000 €), con devengo de los intereses previstos por el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

Hay que tener en cuenta, además, que en los hechos probados consta que:

Las actuaciones del Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Acayro Sánchez Lázaro que se reseñan en el presente relato de hechos probados han afectado a D. José María Real del Campo en el ejercicio de su trabajo profesional, al sentirse cuestionado ante sus clientes y perturbado en su ánimo.

Con ello, debemos recordar que corresponde a la prudente discrecionalidad del Tribunal de la instancia la fijación del quantum indemnizatorio cuando se trata de daños o perjuicios de índole moral que no tienen una exacta traducción económica. Y tales daños morales no necesitan estar especificados en los hechos probados cuando fluyen de manera directa y natural del relato histórico o hecho probado.

Y en este caso existe argumentación jurídica suficiente que motiva la razón de la fijación del daño moral y su quantum que no es revisable en casación

si el tribunal de instancia ha motivado de forma suficiente, como aquí ha ocurrido, las razones para la fijación del quantum que consta en la sentencia.

Del relato de hechos probados se evidencian unos hechos que confluyen en una afectación personal y profesional del afectado.

Frente a lo expuesto por el recurrente señalar que la circunstancia de que no exista un ánimo espurio en el recurrente invalida la existencia de un daño moral y se pretende “desconectar” de forma causal la comisión del delito con la existencia de la responsabilidad civil, pero hay que atender a los factores referidos a la constancia del factum, al encontrarnos en un motivo por error iuris y no respetar los hechos probados el recurrente y fijar el motivo por error iuris en contra de los mismos.

El factum asocia el ilícito penal a un resultado gravoso para el letrado que se especifica tanto en los hechos probados como en la fundamentación jurídica determinando el nexo causal entre hecho y resultado que es el marco para fundar el daño moral.

Pese a ello, el recurrente niega la relación de causalidad cuando ésta consta en los hechos probados y está explicado de forma suficiente en los fundamentos jurídicos.

No cabe cuestionar un daño moral proveniente de un ilícito penal cuando se argumenta en la sentencia de forma clara y suficientemente motivada.

Esta cuestión se trata en la importante sentencia del Tribunal Supremo del denominado “Caso Alsasua” sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, 62/2018 de 5 Feb. 2018, Rec. 1446/2017 señalando que:

"En una primera aproximación la traducción económica de una reparación por daños morales es tarea reservada a la discrecionalidad del Tribunal de instancia y, por tanto, inatacable en casación. Se podrán discutir las bases pero no el monto concreto, que no solo no está sujeto a reglas aritméticas; sino que resulta de precisión exacta imposible cuando hablamos de daños morales (STS 957/2007, de 28 de noviembre).”

Con ello, se apunta que lo discutible en apelación o casación no es la cuantía puramente considerada, sino el razonamiento deductivo por el que el Tribunal llegó a esa cuantía, aspecto que sí es impugnable, no si la cuantía es elevada y se postula la reducción en el recurso deducido. Y en este caso

concreto hay fijación en el factum y argumentación en la sentencia del TSJ al respecto del daño moral.

Ante la imposibilidad de encontrar estándares de referencia claros, hay que acudir a valoraciones relativas (vid.. SSTC 42/2006 o 20/2003, de 10 de febrero). *Pas de motivation sans texte* se dice en el país vecino cuando las normas remiten al prudente arbitrio a la discrecionalidad o a la equidad. No puede afirmarse lo mismo en nuestro ordenamiento (así se desprende de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que acaban de citarse). Pero en caso de indemnización por daño moral una valoración genérica e incluso implícita puede ser suficiente.

La temática referida a las responsabilidades civiles del delito es una de las áreas más importantes del derecho penal en orden a determinar y fijar cuál es la responsabilidad civil que contrae el autor de un ilícito penal para cuantificar de la forma más exacta posible cuál es ese quantum que será fijado en la sentencia como responsabilidad civil dimanante del delito. Y en este sentido, hay que hacer constar que, además de la restitución del daño físico y material producido, existe un daño moral al que tiene derecho a ser indemnizado por parte del autor del delito el propio perjudicado y víctima.

Y, como decimos, este daño moral cuantificado consta fijado en el factum y en los fundamentos de derecho. No hay arbitrariedad alguna ni insuficiencia de motivación y no puede pretenderse negar el nexo causal cuando ha quedado perfectamente explicado. No se trata se que descarte la existencia de daño morales en determinados delitos, sino si está reflejado en la sentencia su existencia en la víctima o perjudicado por el delito.

Lo que ocurre es que en este caso nos movemos en un “territorio” más “indefinido”, podríamos denominarlo, por cuanto el daño físico y material es más sencillo visualizarlo, entenderlo, cuantificarlo y probarlo, mientras que no lo es en la misma dimensión el daño moral. Y ello, habida cuenta que este daño moral no se refiere a las consecuencias físicas que ha producido el ilícito penal, sino a las consecuencias morales del sufrimiento que se ha causado a la víctima y perjudicado, y que es también indemnizable.

Así, a diferencia del daño físico que tiene más facilidades de cuantificación en orden a que la reparación se puede corresponder con la

aportación de las partidas de gastos y daños derivados de la comisión del hecho delictivo, y que por factura, presupuesto o informe pericial pueden ser tasados debidamente, el daño moral tiene unas consecuencias especiales en orden a las dificultades de su cuantificación.

Porque el daño moral puede ser definido como "*el grado de afectación personal permanente, o con elevado grado de permanencia, que produce en la víctima del delito su causación"* Una definición corta, pero sencilla que nos permite entender el concepto al que nos estamos refiriendo como un daño que no se manifiesta externamente al sujeto, pero que existe y sobre el que hasta puede desconocerse su duración en el tiempo, y que dependerá de la gravedad del delito cometido, y cómo incidió en el sujeto pasivo del delito su comisión.

También recordar que el Diccionario panhispánico del español jurídico define el daño moral como «daño que, por contraposición al patrimonial, no reviste carácter material, sino que afecta a bienes o derechos intangibles, causando afección o perturbación en el ánimo o dignidad de la persona». El Tribunal Supremo, también por su Sala de lo civil también ha definido el daño moral, en el orden jurisdiccional civil, en sentido de considerarlo como:

«Aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad» (STS, Sala Primera de fecha 25 de junio de 1984).

Como significa la mejor doctrina si nos circunscribimos estrictamente al orden jurisdiccional penal, el daño moral resultará de la gravedad del delito y del «menoscabo moral» que el mismo produce a las víctimas, o sea, de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente. No se deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima.

Así, el daño moral es interno al sujeto que lo padece por el delito, mientras que el daño físico y material es externo al mismo y fácilmente visualizable y cuantificable con pruebas.

La existencia de la perturbación y los perjuicios materiales y morales sufridos constan en la sentencia, por lo que no se pueden negar en el motivo,

ya que existen y se han producido, pese a negarlos el recurrente y ello conlleva una indemnización que ha fijado el tribunal de forma motivada y no arbitraria, y esto lo que debe apreciar el tribunal cuando procede a revisar un motivo cuestionando el daño moral fijado en la sentencia, tanto en cuanto a su presencia, como en el quantum fijado.

La fijación de los daños morales a las víctimas o perjudicados por los ilícitos, tanto civiles como penales, es un tema en el que se ha avanzado de forma extraordinaria en los últimos tiempos fijando un cuerpo de doctrina jurisprudencial de relevancia que ayuda a la real correspondencia del ámbito indemnizatorio con la total amalgama del perjuicio sufrido por víctimas y perjudicados, tanto en orden civil como penal, según se trate del ilícito cometido en uno u otro orden jurisdiccional.

Es, así, como la justa correspondencia en la indemnización se convierte en una necesidad para establecer criterios claros y concretos que dejen totalmente complementado el resarcimiento a quien ha sufrido un daño, que no solamente puede quedar cuantificado en el carácter material del mismo, sino en el aspecto moral de la afectación psicológica y psíquica, en la medida en que ese perjuicio trasciende de la mera materialidad del daño para trasladarse al sufrimiento y afectación personal producida en víctimas y perjudicados por los ilícitos cometidos.

De todos modos, hay que destacar que resulta en muchas ocasiones muy complicado poder traducir y trasladar esos perjuicios morales a un ámbito indemnizatorio que puede ser muy elástico, y que, dependiendo de muchas circunstancias, resulta a veces difícil cuantificar cuál es ese perjuicio moral que excede del carácter material del daño físico producido.

Se puede hablar así de la *elasticidad del precio del daño moral* a la hora de fijar la cantidad por el juez o tribunal en el ámbito indemnizatorio.

La afectación personal más allá del daño material se traduce así en la necesidad de intentar aproximarnos a una especie de *categorización del precio del dolor* que permita establecer criterios objetivables en un ámbito que, en la mayoría de las ocasiones, es puramente subjetivo, ya que el dolor como desencadenante y acreedor de la indemnización por daño moral es algo personalísimo y que resulta difícil objetivar.

El art. 110 CP señala que *La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:…3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales*, añadiendo el art. 113 CP que *La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros.*

Pues bien, a tenor de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 765/2022 de 15 Sep. 2022, Rec. 10043/2022

Podemos fijar como criterios en materia de indemnización por daño moral en este caso los siguientes:

1.- En materia de responsabilidad civil por ilícito debe ahondarse, en primer lugar, en si es posible la compensación que traslade la situación del después al antes de la comisión del hecho. Es el principal objetivo del juez. El de restaurar al 100% la situación del perjudicado siempre que ello sea posible.

2.- Se trata de procurar que el perjudicado "regrese" a la situación del antes.

3.- En la determinación del antes y el después hay que valorar si es posible físicamente conseguir el regreso al antes en las mismas condiciones y situación, ya que si la compensación puede satisfacerse mediante la concreta indemnización que permita esa exactitud en el regreso es lo que debe pretenderse con la determinación del quantum en ejecución de sentencia para conseguir que el perjudicado recupere esa situación idéntica a la que tenía antes del hecho.

4.- Podemos aplicar la tesis del antes y después a la hora de fijar la situación que existía antes del ilícito sin existir el perjuicio y la que se genera después de su comisión, para en este después poder tener la certeza y seguridad jurídica de estar en condiciones de regresar al antes.

5.- Existe, en ocasiones, una especie de incapacidad de reparar determinados hechos que por su gravedad y circunstancias hacen que sea imposible regresar al antes. Ello no quiere decir que no haya que compensar, sino que la compensación se encuentra en base a muchas circunstancias personales y objetivas que se unen para poder extraer una conclusión indemnizatoria de máximo ajuste económico.

6.- Pero si el regreso al antes es materialmente imposible, la indemnización a satisfacer deberá tener en cuenta el perjuicio moral que le supone al perjudicado

no poder recuperar la misma situación anterior al hecho dañoso, y esa imposibilidad de regreso al antes deberá ser un dato a tener en cuenta a la hora de fijar la indemnización, porque ello supone un daño moral adicional al quantum que debe tenerse en cuenta a la hora de llevar a efecto la cuantificación.

7.- Así, si el regreso al antes es posible en las mismas condiciones se realizará el cálculo de esa indemnización en su coste de regreso más el daño moral sufrido de entenderse concurrente u otros gastos que fueren probados.

8.- La imposibilidad de regreso siempre conllevará, pues, una indemnización mayor en la que se añaden otros factores a valorar con la prueba correspondiente a practicar en el proceso judicial adicionando un daño moral de imposibilidad de regreso que es evidente y que debe ser tasado.

9.- Objetivo es, también, la restauración máxima y la más acercada a esa situación previa a la comisión del ilícito. Cierto y verdad es que en ocasiones será difícil, pero debe trazarse como objetivo el acercarnos en la mayor medida posible a la exactitud de la restauración.

10.- Es preciso que en el cálculo indemnizatorio no se caiga en el error de "pecar" ni por exceso ni por defecto.

11.- Si no es posible ajustarse al antes con exactitud es preciso llevar a cabo un esfuerzo de cuantificación para poder conseguir la "mayor aproximación" posible.

12.- Hay daños que tienen difícil cuantificación como el daño moral, y en estos casos es preciso "ponerse el juez" en la posición del perjudicado para atender a cuál es la traslación a dinero.

13.- Ante el daño moral este tipo de daño no se puede cuantificar, en principio, económicamente atendiendo a un denominado "coste de reposición", ya que cuando hablamos de daño moral la reposición al antes es muy difícil o imposible. No hay baremo indemnizatorio que fije el "coste del daño moral".

14.- Daño moral y daño psicológico. El daño moral puede desdoblarse en daño psicológico a probar según la redacción de los hechos y la percepción del juez del estado de zozobra, ansiedad, inquietud e incertidumbre que el hecho le haya provocado en su sufrimiento personal cuantificable a tenor de las circunstancias, y, también, el daño moral psíquico a acreditar por prueba pericial médica en atención a la afectación a la psique del sujeto perjudicado por el hecho.

15.- Existen situaciones en las que el dinero no opera como criterio de restauración al antes, ya que, si se indemniza con una cantidad económica, aunque materialmente resulte indudable que se produce un enriquecimiento patrimonial en el perjudicado y un empobrecimiento patrimonial en el autor del hecho, en determinados casos solo queda ahí en la posición del perjudicado en el cobro, pero porque ese pago no tiene la capacidad de traspasar el mero efecto económico del pago y cobro, pero sin poder tener un efecto mayor de carácter personalísimo en el perjudicado.

16.- La responsabilidad civil en la fijación del quantum viene exigida de estar rodeada de la debida motivación reflejada en la sentencia. Resulta indudable que tanto quien reclama como quien es reclamado tienen derecho a saber y conocer las razones de la estimación o desestimación de sus pretensiones y los argumentos que está obligado a exponer el juez acerca de los motivos por los que se ha fijado esta cantidad como indemnización, y no otra.

17.- Hay situaciones en las que nos encontramos con una imposibilidad física y material de regresar del después al antes. Porque no existen mecanismos materiales que puedan compensar por la vía de los instrumentos jurídicos que habilitan, tanto las leyes procesales como sustantivas, poder recuperar lo que ya se ha perdido, por cuanto es insustituible e irrecuperable la pérdida.

18.- El objetivo real que debe enfocarse en el procedimiento judicial es el de conseguir en la sentencia el mayor "ajuste económico" que pueda alcanzarse, una vez que los distintos medios probatorios se hayan propuesto y practicado en el juicio para permitir que el juez tenga estos mecanismos probatorios para poder calcular con la mayor exactitud posible la recuperación del antes, si ello es posible, en el examen del después de producido el ilícito.

19.- El autor del daño no es quien tiene el derecho de proponer cómo y de qué manera se debe satisfacer la indemnización, si regresar al antes o fijar el después con una mera satisfacción económica, porque ello puede ser más doloroso para el perjudicado que hubiera deseado ser posible regresar al antes.

20.- El regreso al antes se centra en el valor de la identidad para conseguir no un "acercamiento" al antes, sino una exactitud. Se centra en la reparación que deberá tener un contenido de exactitud para conseguir el regreso idéntico y

absoluto a lo que antes existía. Se trata de buscar la verdadera y absoluta identidad en el antes, para llegar a ello después del daño causado.

21.- El regreso al antes no tiene por qué quedar eximido de la indemnización de daños y perjuicios si se acreditaran estos y no quedara total y absolutamente satisfecho.

22.- El carácter irreversible del regreso al antes debe ser indemnizable, lo que debe ser tenido en cuenta en el quantum indemnizatorio, por la sencilla razón de la agravación de la irreversibilidad de la situación, lo que debe tener su reflejo en el monto de la indemnización a recibir por el perjudicado.

23.- El daño moral se ubica, precisamente, por la imposibilidad física de la recuperación del antes y se cuantificará en atención al valor de la pérdida de la imposibilidad de regreso y cómo le afectará en el futuro al perjudicado. Así, en la medida en la que esa ausencia de lo que había antes esté en condiciones de causar una mayor afectación personal, psicológica y psíquica al perjudicado la indemnización será mayor.

24.- En una primera aproximación la traducción económica de una reparación por daños morales es tarea reservada a la discrecionalidad del Tribunal de instancia y, por tanto, inatacable en casación. Se podrán discutir las bases pero no el monto concreto, que no solo no está sujeto a reglas aritméticas; sino que resulta de precisión exacta imposible cuando hablamos de daños morales.

25.- Lo discutible en apelación o casación no es la cuantía puramente considerada, sino el razonamiento deductivo por el que el Tribunal llegó a esa cuantía, aspecto que sí es impugnable, no si la cuantía es elevada y se postula la reducción en el recurso deducido.

26.- El daño moral no puede identificarse con secuelas psicológicas, sino que tiene un espacio propio, en el que las situaciones de angustia, frustración, miedo o padecimientos, en general, que ha soportado quien sufre las consecuencias del delito merecen un resarcimiento, y, también, las consecuencias de su afectación en la esfera personal y profesional del afectado por el delito, que puee fluir del hecho probado, o estar reflejado en él, pero estar debidamente argumentado de forma suficiente en los fundamentos jurídicos en torno a la razón de su indemnización.

27.- El daño moral constituye un concepto indeterminado, pero real y existente, ante la evidencia de que todo delito afecta a los aspectos más sensibles y espirituales del ofendido, que soporta indebidamente el daño del ilícito penal aunque no se traduzca directamente en un perjuicio patrimonial. El art. 110.3º C.P. lo establece de forma expresa.

28.- El daño moral se deduce de la forma comisiva de los hechos y cómo afectó a la víctima y esto lo obtenemos de las circunstancias del caso fijadas en los hechos probado.

29.- El daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados en la sentencia cuando fluye de manera directa y natural del relato histórico. Así ocurre cuando el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente, así como de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima.

Pero en este caso constaba, además, en el factum.

30.- La suma de dinero fijada en sentencia sólo puede ser objeto de control en el recurso de casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada. Es decir, que no es cuestionable la legitimidad de un método de determinación del daño basado en la estimación ponderada y prudencial, el control vendrá únicamente referido a la comprobación de si la traducción en dinero es o no manifiestamente desproporcionada.

Citar entre otras las SSTS Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 458/2019 de 9 Oct. 2019, Rec. 10194/2019, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 62/2018 de 5 Feb. 2018, Rec. 1446/2017, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 776/2024 de 18 Sep. 2024, Rec. 10402/2023, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 496/2022 de 23 May. 2022, Rec. 1742/2020, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 806/2020 de 19 Nov. 2020, Rec. 10154/2020.

En este caso la suma fijada es proporcionada a la gravedad del hecho y sus consecuencias fijadas en la sentencia, reflejado en los hechos probados y argumentado en los fundamentos jurídicos de forma suficiente.

El motivo se desestima.

RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL

OCTAVO.- ÚNICO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECRIM por aplicación inadecuada del error de prohibición vencible del artículo 14 del Código Penal.

Los presupuestos para entender el TSJ que concurre un error de prohibición en el delito de prevaricación dolosa cometido son los que a continuación sistematizamos y que constan en el FD nº 9 de la sentencia recurrida:

1.- El Magistrado no ha procedido en contra de su convicción, por el contrario, creía erróneamente actuar en el cumplimiento de su obligación profesional.

2.- Nos hallamos en el ámbito del error sobre la extensión y límites de una causa de justificación, es decir, ante un error de prohibición indirecto.

3.- Si falta la conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho está legalmente permitido -error directo de prohibición-, bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación -error indirecto de prohibición-, la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible.

4.- 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.

5.- El Ilmo. Sr. Magistrado actuó en el convencimiento de que su obligación profesional era la de investigar posibles irregularidades, tanto en la propia decisión de contratar la Administración a técnicos externos, como en el modo en que dicha contratación se llevó a efecto.

6.- Finalidad de la prueba que el juzgador acordó de oficio tras haberse practicado toda la propuesta por las partes: averiguar “por qué y cómo se contrata”, al letrado querellante, razonando que “la contratación de un técnico ajeno a la Administración para que informe sobre un expediente concreto necesariamente debe formar parte del expediente”.

7.- Y en el mismo auto -de 11 de febrero de 2019- se anuncia por el juzgador que, recibida la documentación, “valorará las eventuales consecuencias legales. Entre otras, si luego resulta, como anticipa el recurrente, que se ha podido

incurrir en contrataciones ilegales (…)", lo que determinaría la deducción de testimonio al Ministerio Fiscal.

8.- El juzgador entiende que "debe" realizar esta investigación sobre el proceso de contratación, aunque conoce que ese no es el objeto del procedimiento sometido a su decisión.

9.- Así lo entiende porque, como expresó la defensa en su informe oral en juicio, pedir los contratos es la "mínima diligencia" exigible al juez, cuestionándose si el juez no puede preguntar por irregularidades si le consta que en el Ayuntamiento se hacían las cosas mal (el letrado Sr. Real del Campo afirmó al declarar como testigo en el juicio oral creer que en el Ayuntamiento no se numeraban los expedientes).

10.- La petición del informe técnico jurídico aportado como documento número 1 del escrito de defensa es igualmente reveladora de que el juzgador cree estar cumpliendo sus funciones cuando investiga sobre las contrataciones y más cuando considera haber descubierto una irregularidad, al menos una, con posible trascendencia tributaria.

11.- La petición del informe no pretende otra cosa que acreditar que la actuación del Ilmo. Sr. Magistrado quedaba justificada: inició la investigación sobre las contrataciones y de la misma resultó que, efectivamente, existían irregularidades ("especialidades" según denominación del informe) en las facturas aportadas por el letrado al Ayuntamiento.

12.- Si las facturas giradas al Ayuntamiento por el Sr. Real del Campo tenían defectos formales, entonces fue correcto iniciar una investigación sobre "por qué y cómo" se contrató a los autores de los informes jurídicos y técnicos que eran fundamento de la resolución impugnada.

13.- Y si las facturas no presentaban defectos, la investigación sobre la contratación del letrado estaba igualmente justificada porque las irregularidades podrían haber existido -siempre pueden existir irregularidades- y una "mínima diligencia" exigía investigarlas. Aunque el objeto del procedimiento fuera otro, plenamente conocido y declarado por el juzgador en la sentencia que pone fin al mismo. Y aunque ninguna norma le autorizase a ello.

14.- El Magistrado acusado cree firmemente -tan firme como equivocadamente- que su modo de proceder está justificado, y que su deber no solo es resolver el

conflicto que las partes someten a su decisión sino, cuando así lo considere, realizar una investigación sobre todas aquellas actuaciones administrativas en las que pueda sospechar, o simplemente sea posible, la comisión de irregularidades.

15.- El Ilmo. Sr. Magistrado querellado actuó en el convencimiento de que actuaba en ejercicio de su obligación profesional de control de la legalidad de la actuación administrativa sujeta a Derecho Administrativo. Deber de verificar el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza, lo que, en su erróneo juicio sobre la extensión y límites de la causa de justificación, justificaba la realización de una investigación sobre actuaciones administrativas que no eran objeto del procedimiento sometido a su decisión y que, además, no habían sido impugnadas ni cuestionadas por las partes.

16.- Evidentemente la exigencia de vencibilidad del error es, en el caso, muy elevada, y la posibilidad de salir del mismo estaba a su alcance, fácilmente. Debe por ello rebajarse la pena solamente en un grado conforme a lo autorizado por el artículo 14.3 del Código Penal.

Pues bien, sentados los criterios fijados por el TSJ para concretar la existencia de error de prohibición vencible en la conducta declarada probada por el recurrente hay que precisar que no es posible incardinar la conducta del Magistrado en el error de prohibición vencible, ni, obviamente, en la propuesta de error de tipo por el recurrente en su motivo nº 4, por las siguientes razones:

1.- No es posible admitir que 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 puede existir un deber, o su creencia, que le lleve a actuar como lo hizo al Magistrado-Juez, y en un procedimiento administrativo con el objeto que se determinaba, cual era "*un ciudadano que recurrió el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Castañeda de 21 de diciembre del 2016, por el que se desestimaba el recurso de reposición formulado contra la concesión de autorización provisional a los edificios B1 y B2 de la Comunidad de Propietarios ……., siendo el Ayuntamiento representado y defendido en dicho procedimiento por el letrado D. José María Real del Campo. 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."

2.- No existen razones para entender que el "cumplimento de un deber" puede ser averiguar posibles irregularidades en los contratos y averiguar la propia decisión de contratar la Administración a técnicos externos, como en el modo en que dicha contratación se llevó a efecto, así como averiguar "por qué y cómo se contrata", al letrado querellante, razonando que "la contratación de un técnico ajeno a la Administración para que informe sobre un expediente concreto necesariamente debe formar parte del expediente".

3.- Esta pretensión investigadora es absolutamente ajena al objeto del procedimiento, ya que en este no se trata de averiguar si en la actividad municipal existían irregularidades. Ello podría haberse llevado a cabo ante una actividad en sede de juzgado de instrucción y ante una denuncia por hechos con ello relacionados, pero no en un proceso contencioso-administrativo con el fin y objeto que tenía respecto *al acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Castañeda de 21 de diciembre del 2016, por el que se desestimaba el recurso de reposición formulado contra la concesión de autorización provisional a los edificios B1 y B2 de la Comunidad de Propietarios"… 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."*

4.- No podía existir la "creencia errónea" de actuar en cumplimiento de un deber, ya que esta legalidad o ilegalidad de contratos en el ayuntamiento en ningún momento era objeto del procedimiento judicial afectante a materia administrativa, no penal.

5.- Como señala la Fiscalía de Sala 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.

6.- O la prevaricación judicial es culposa o el error de prohibición vencible debe desaparecer.

7.- El 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.

8.- No cabe que en estos casos el 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.

9.- Es evidente que el iter en la actuación del recurrente condenado no puede admitir un error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto. Se actuó con plena conciencia de la improcedencia de lo acordado en un procedimiento en el que para nada hacía falta conocer los antecedentes de unos contratos relativos a unos informes que nada tenían que ver con lo pedido en el caso, ya que lo solicitado por el juez excedía totalmente del alcance de su función en el caso, y que no era investigar si en el Ayuntamiento se cometían irregularidades en contratos o facturas. Para nada tenía que ver con la reclamación efectuada por el ciudadano. Y no había causa de justificación alguna para hacer lo que se hizo.

10.- No cabe una causa de justificación en el actuar de un juez, ya que cuando ejerce su función jurisdiccional no lo hace en cumplimiento de un deber ni en el ejercicio de un derecho, sino que convierte en acto la atribución- derecho y deber al mismo tiempo- de resolver los conflictos que se le plantean, por lo que no puede “aprovechar” el procedimiento judicial para acordar diligencias que no han sido pedidas por las partes si éstas son “absolutamente ajenas” al objeto del proceso. La función de investigar no se la puede atribuir el juez siempre y en cualquier caso, si no es preciso, si no es eso lo pedido, y si esa investigación no forma parte del contenido de lo que “debe resolver”.

11.- El objeto del proceso y la conformación concreta de las pretensiones de las partes es lo que define el objetivo que debe presidir su actuación, y no incluir cuestiones ajenas para “investigar” otros hechos “aprovechando” el proceso, porque si se “aprovecha” existe actuación dolosa a sabiendas de su injusticia, y en esa conducta no puede existir causa de justificación alguna, al no poder quedar justificado el cumplimiento de un deber que es inexistente.

12.- Así, o 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.

13.- Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 795/2016 de 25 Oct. 2016, Rec. 86/2016 *la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis nos dice la STS. 302/2003 de 27.2 - debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.*

Pero es que en este caso se trata de una prevaricación judicial, no de un "hombre medio", sino de un delito cometido por "técnicos en derecho" que saben lo que se puede hacer y lo que no en un procedimiento judicial.

14.- Lo llevado a cabo era evidente que no se podía hacer. Se actuó a sabiendas de su injusticia. 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.

15.- De la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 10 Dic. 1991 se parte del *dolo incorporado al tipo («a sabiendas») de prevaricación como su contrafigura determinada por la existencia de un error de prohibición.* Y se añade que la prevaricación conlleva la *existencia de una intención deliberada y plena conciencia de ilegalidad del acto, o, como tradicionalmente ha venido exigiendo la doctrina de esta Sala, que se obre a ciencia segura, con conciencia de que se faltaba a la justicia y con intención deliberada de faltar a ella.*

16.- No hacía falta la información que buscaba conseguir el recurrente acerca de los contratos para “completar el expediente administrativo”, ya que era absolutamente innecesario.

17.- Como refiere el Fiscal de Sala el condenado es Magistrado de lo Contencioso y conoce perfectamente tanto el artículo 70, como el artículo 55 LPAC, y que la contratación del arquitecto o del letrado no forman parte de ese expediente, tal como se afirma en el relato de hechos probados donde consta 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”.*

18.- Como indica el Fiscal de Sala, 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.

19.- 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.

20.- No existió creencia equivoca a de actuar conforme al derecho, sino conciencia de utilizarlo arbitrariamente.

21.- Existe incompatibilidad entre el dolo directo de la prevaricación del artículo 446.3 CP y la apreciación del error de prohibición que supone desconocer por ignorancia el contenido de la norma.

Viene a señalar el TSJ de forma contundente en el FD nº 7 que:

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.

No existen razones en el objeto del procedimiento judicial que motivara reclamar estos documentos para buscar "irregularidades" al margen del objeto estricto y razones por las que le había correspondido por turno de reparto el asunto.

Y en el FD nº 8 concluye el TSJ que *No cabe duda de que el Ilmo. Sr. Magistrado querellado conocía plenamente cual era el objeto del procedimiento sometido a su decisión. Así lo declaró expresamente en la sentencia de fecha 24 de junio del 2019 que puso fin al procedimiento ordinario 29/2017. Dicha sentencia desestimó el recurso presentado por el administrado y, en su fundamento de derecho primero, concreta con claridad el objeto del recurso y del procedimiento: "el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Castañeda de 21 de diciembre de 2016 que desestima el recurso de reposición formulado contra la concesión de la autorización provisional de los edificios B1 y B2 de la Comunidad de Propietarios ……..*

Sabía cuál era el objeto del procedimiento, y, sin embargo, actuó al margen del mismo y con plena conciencia de su "exceso" al instar la documentación de los *informes técnicos y jurídicos.* Para nada le servía al objeto del procedimiento. El objeto del procedimiento era otro *el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Castañeda de 21 de diciembre de 2016 que desestima el recurso de reposición formulado contra la concesión de la autorización provisional de los edificios B1 y B2 de la Comunidad de Propietarios …….* Para nada le hacía falta las razones de la externalización de los informes técnicos y jurídicos que sirvieron de base a la resolución.

Y se añade en cuanto al dolo del recurrente que:

El Ilmo. Sr. Magistrado fundamenta su decisión de investigar el proceso de contratación de los autores de los informes técnicos y jurídicos que sirvieron de base a la resolución recurrida en que no constaban los antecedentes administrativos que justificasen la externalización de los informes en los que se fundaba la resolución ante él recurrida. Pero, como hemos razonado en el anterior fundamento jurídico, esos antecedentes administrativos no tenían por qué incorporarse al expediente administrativo porque en el mismo sí constaban

los informes técnicos y jurídicos en que se sustentaba la decisión del Pleno y esto lo conocía perfectamente el juzgador.

Pues bien, en la sentencia de esta Sala Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 507/2020 de 14 Oct. 2020, Rec. 10575/2018 hemos analizado el error de tipo y el error de prohibición, lo que debe ser destacado ante el motivo nº 4 del recurrente:

Como se ha recordado en SSTS 392/2013 de 15-05, y 795/2016 de 25-10, el dolo, que es un elemento intelectivo, supone la representación o conocimiento del hecho y además el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (error facti) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (error iuris) que correspondería a la ignorancia (SSTS 753/2007 de 2-10, 1238/2009 de 11-12).

Se distingue, por tanto, entre error de tipo y error de prohibición. Aquél se halla imbricado en la tipicidad, aunque hay que reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, mientras que el error de prohibición afecta a la culpabilidad (SSTS 258/2006 de 8.3 y 1145/1996 de 23.11), que expresamente señala que: "la clásica distinción entre error de hecho y de derecho y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas en esta denominación en el art. 14 CP, se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad".

Por ello, en el art. 14 CP, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo, que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, (núm. 1), siendo a su vez, vencible o invencible, y el error sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2). Por tanto, el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento que fundamente la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo cado el dolo, ya que ésta requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de

realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción (STS 1254/2005 de 18.10). En el ámbito del error de tipo, el error sobre los elementos del tipo - nº 1 del artículo 14 CP- si es invencible excluye la responsabilidad penal y si es vencible da lugar al castigo de la conducta como imprudente si esa versión culposa existiese. El error sobre los elementos que cualifican o agravan el tipo - nº 2 del artículo 14 CP- sea vencible o invencible excluye, en cualquier caso, la aplicación de esa cualificación.

En el nº 3 del artículo 14 CP, por el contrario, se regula el error de prohibición, que la jurisprudencia (SSTS 336/2009 de 2.4 y 266/2012 de 3.4), ha señalado que se constituye, cual reverso de la conciencia de la antijuricidad, y que se integra como elemento constitutivo de la culpabilidad, exigiendo que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente. No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad, y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida y únicamente excluye o atenúa la responsabilidad cuando se cree obrar conforme a derecho.

Además, el error de prohibición no puede confundirse con la situación de duda, puesta ésta no es compatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y se decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa respecto a la tipicidad subjetiva (STS 1141/97 de 14-11). Es decir, basta la conciencia potencial o la alta probabilidad de la antijuridicidad, sin que sea necesaria la conciencia real.

Del mismo modo, han dicho las SSTS 411/2006, de 18-4, 1287/2003, de 10-10, que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia, razón por la que se requiere para la punición de la conducta antijurídica lo que e ha denominado doctrinalmente "conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza".

Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir, el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y que únicamente concurra error de prohibición en el sentido del artículo 14.3 CP cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente sea lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aun cuando concurra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta.

Como decía la STS 601/2005, de 10.5, el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuricidad y como recuerdan las SSTS 17/2003 de 15.1, 755/2003 de 28.5 y 861/2004 de 28.6, la doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido la STS 457/2003 de 14.11, declara que el error de prohibición, consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la ausencia de conocimiento sobre la verdadera significación antijurídica de la conducta.

Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada tanto por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como por el error sobre el presupuesto y concurrencia de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible de prohibición, directo o indirecto, se impone la inferior en uno o dos grados, según el art. 14.3 CP.

También la jurisprudencia, después de destacar la dificultad de determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible (STS de 20.2.98, 22.3.2001, 27.2.2003), ha afirmado reiteradamente que "no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están

prohibidas" (STS 11.3.96, 3.4.98), añadiendo que, en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio "ignorantia iuris non excusat", y que cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es "notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada" (STS 12 de noviembre de 1986, 26 de mayo de 1987).

El señalado distinto tratamiento del error, según se trate de infracciones de carácter natural o formal, se analiza en la STS 7 de julio de 1987, recordando que si tradicionalmente se ha venido afirmando que el Derecho vale y se impone por sí mismo y no por la circunstancia de ser o no conocido por sus destinatarios, esta construcción, que hipervalora el principio de defensa social, perdió fuerza al hacerse distinción entre aquellas conductas definidas en el Código que agravian o lesionan normas éticas con sede en la conciencia de todo sujeto, necesarias para la convivencia y pertenecientes al vigente contexto socio-cultural (las acciones que la doctrina de los canonistas denominaba mala in se) y los delitos formales, cuya razón de ser está muchas veces en criterios de oportunidad (los actos mala quia prohibita. Malos en cuanto son prohibidos).

Por otra parte, para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (S. 29.11.94), de la misma manera y en otras palabras (SSTS 12.12.91, 16.3.94, y 17.4.95) que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder.

En sede probatoria la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener, desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis nos dice la STS 302/2003 de 27.2, debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y habrá de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no

cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

Y en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 302/2018 de 20 Jun. 2018, Rec. 1215/2017 relativa a una prevaricación administrativa donde se planteó en el recurso el error de prohibición, siendo rechazado al concretar que “No puede apelarse al error en los delitos de corrupción y en ese caso ante un delito de prevaricación administrativa y de infidelidad en la custodia de documentos como consta debidamente probado”.

Se recoge en esta sentencia de esta Sala que:

Ante la alegación de la teoría del error de tipo o de prohibición hay que señalar que cuando se plantea este tema nos movernos en un terreno interno del autor estas alegaciones deben reconducirse a unos estándares de conducta en los que hay que tener en cuenta las circunstancias del sujeto, el hecho que ha cometido, y el tiempo de su comisión, para poder valorar "desde fuera" si podría ser cierta esa pretendida "ignorancia" de que su actuar era ilícito. Pero sin olvidar que resulta relevante el caso concreto donde se dé ese error que se alega, y en este caso se hace por una persona que está en un cargo público y no puede alegar el error en el desarrollo de una función pública, declarándose probado que su actuación se despliega a sabiendas y con conciencia de lo que llevaba a cabo.

Además, de que su interpretación y valoración debe ser siempre restrictiva, ante lo sencillo que sería un alegato de desconocimiento de las conductas que son ilícitas, lo que conllevaría que el texto penal no se aplicara a quien "no lo conociera". Y no se trata de conocer, o no, sino de estar en condiciones de conocer o apreciar que lo que se ha hecho es ilícito desde un parámetro de "suficiencia cognoscitiva".

Ambos tipos de error tienen un origen distinto, se manifiestan sobre elementos distintos, bien la tipicidad (error de tipo) o sobre la culpabilidad (error de prohibición), y en ellos la consecuencia de apreciarlo como vencible o invencible son distintas, en tanto se aprecia la conversión en conducta imprudente (error de tipo vencible), o bien una mera rebaja de la pena (error de prohibición vencible).

Con absoluta claridad se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Supremo sobre esta materia en la sentencia 782/2016 de 19 Oct. 2016, Rec. 10413/2016 en donde se exponen con rigor las razones por las que el error forma parte de las opciones posibles que pueden concurrir en una persona que no es consciente que su actuar es constitutivo de delito. Y no se trata de exacerbar al máximo las posibilidades fáciles y sencillas de eludir la culpa, sino de no olvidar que es realmente posible que pueda concurrir una ignorancia absoluta de lo ilícito de una conducta, para lo que, obviamente, habrá que analizar cada caso concreto, la persona que se encuentra afectada, sus circunstancias personales, y el tipo de delito que ha cometido para poder apreciar si puede estimarse la concurrencia de un error que incide en su culpabilidad, y, por ende, en el conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

Por ello, se recoge en esta sentencia que "reconocer virtualidad jurídica a la ignorancia de la norma penal - más allá del debate histórico sobre el principio de la ignorantia iuris non excusat -no afecta a la validez de la norma, ni debilita los contornos de antijuridicidad material definidos por el legislador. Nuestro sistema no puede aferrarse ciegamente a la objetiva imposición de la pena sin detenerse en la exigencia individualizada de culpabilidad en el infractor. De lo que se trata, al fin y al cabo, es de fijar con precisión los presupuestos de la vencibilidad del error. Y no es ésta, desde luego, una tarea fácil. Resulta imprescindible definir hasta dónde alcanza el deber de información que algunos consideran inseparable a todo destinatario de la norma penal. Y es clásica la tesis que sostiene que el baremo para la determinación de la evitabilidad del error no es muy distinto del utilizado para concluir la existencia de un delito imprudente".

El planteamiento del error está, pues, configurado en la propia culpabilidad del sujeto, ya que su ignorancia y/o la invencibilidad del error pueden convencer al Tribunal de que lo que alega respecto a la creencia de su correcto proceder era cierto. En cualquier caso, ello no puede ser predicado respecto de cualquier hecho, sino solo de aquellos supuestos en cuyo caso pueda llegar a dudarse de la veracidad de la posibilidad de aplicación del error en el sujeto autor del acto, ejemplo de lo cual lo encontramos, como más tarde veremos, en quien ignora la existencia del tipo penal del art. 183 CP acerca de

mantener relaciones sexuales con menor de 16 años, supuesto en el que habrá que valorar su edad, la relación con el menor, su rasgo cultural, etc, a fin de valorar la existencia y viabilidad de admitir esa conciencia de un correcto proceder que incide en su culpabilidad por afectar a la ignorancia de la antijuridicidad del acto.

Lo relevante en estos casos es efectuar una tarea de medición acerca de la evitabilidad del conocimiento de la infracción, y en la medida de su graduación poder llegar a apreciar que no es inevitable que el sujeto conociera la antijuridicidad del acto infractor, y que por ello no influyeran las circunstancias de la acción en la culpabilidad del sujeto.

Por ello, en la citada sentencia se recoge que "Para definir el alcance del error y su incidencia -atenuatoria o exoneratoria- en la culpabilidad del acusado, hemos de dilucidar si la distorsión en el mensaje imperativo de la norma penal era o no evitable".

Y como nos movemos en el terreno de la "culpabilidad" por "desconocimiento de lo antijurídico" se añaden dos parámetros:

1.- El error de prohibición excluye tal culpabilidad, cuando es invencible .

2.- El acusado no es culpable cuando no pudo haber tenido la conciencia de que su comportamiento era antijurídico.

Pero, como es obvio, en el análisis de esta circunstancia del error de un ilícito proceder debe actuarse en el plano de si es evitable el desconocimiento, si nos moviéramos en un sentido inverso, porque no se trata de "no saber", o "no conocer" sino de "si es posible evitar que un hecho ilícito se desconozca". Y en este caso, y por ello, la forma de actuar del Tribunal pasa, como cita la jurisprudencia, "por la consideración acerca de si el sujeto tenía o no razones para cuestionarse, primero, e indagar, después, la eventual consideración de su acción como contraria a Derecho, con independencia de la identificación de la precisa norma al respecto".

Respecto al error de prohibición desglosa la reciente sentencia del Tribunal Supremo 586/2017 de 20 Jul. 2017, Rec. 2395/2016 los tipos del error de prohibición en:

1.- Error directo de prohibición (ausencia de castigo).

2.- Error indirecto de prohibición o error de permisión (concurrencia de causa de justificación).

Así recoge que si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho no está legalmente castigado, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición o error de permisión), la doctrina penal entiende que:

1.- No debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible.

2.- Puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible (art. 14.3 C.Penal).

El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho (SSTS 1141/1997, de 14 de noviembre; 865/2005, de 24 de junio; 181/2007, de 7 de marzo; 753/2007, de 2 de octubre; y 353/2013, de 19 de abril).

A la hora de valorar si concurre error de tipo o de prohibición no puede recurrirse a un estándar generalizado u objetivado en cuanto a los requisitos del autor para entender que se aplique el error en una de sus dos modalidades, sino que habrá que ir a cada caso y en este ir desgranando qué ha ocurrido, cómo, y qué circunstancias personales tiene el autor en correlación con el hecho y la forma en la que este se ha ejecutado. Apunta, así, el Tribunal Supremo en la STS 708/2016, de 19 de septiembre que es indudable que para conocer la conciencia de la ilegalidad de un acto debe tenerse en consideración las condiciones personales del sujeto y el tema o aspecto ignorado o no conocido. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, con particular atención a la naturaleza del delito que se afirma cometido.

Y en este caso concreto las circunstancias del autor y su dedicación excluyen por completo la existencia del alegado error en ninguna de sus modalidades, porque lo que hizo, y se declara probado lo realizó a conciencia y con conocimiento de lo que estaba llevando a cabo.

En las circunstancias del autor influyen, además, o es preciso apreciar:

1.- Las condiciones psicológicas y de cultura del agente.

2.- Las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento.

3.- Posibilidades de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra.

4.- Valorar la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido el mismo por el sujeto activo (STS 482/2007, 30 de mayo).

En el proceso valorativo del tribunal, visto los anteriores elementos y actuando sobre el caso concreto hay que tomar en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo. Pero no hay que olvidar que ello debe ser visto en el contexto de que hay que partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirme cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento (SSTS 1238/2009, 11 de diciembre y 338/2015, 2 de junio).

Resulta fundamental este punto en relación a quien tiene la carga de probar ese error, que puede deducirse del caso concreto, pero que debe ser alegado y expuestas las circunstancias que permiten su fijación por el Tribunal. Recuerda, así, el Tribunal Supremo en Sentencia 411/2006 de 18 Abr. 2006, Rec. 421/2005 que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible (STS de 20.2.98, 22.3.2001, 27.2.2003).

Señala Esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 123/2001 de 5 Feb. 2001, Rec. 1519/1999-P/1999 el error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, bien entendido que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse .

Tampoco se da aquél si el agente está seguro de su proceder antijurídico o tiene conciencia de la alta probabilidad de lo injusto de su conducta. Pero en todo caso las condiciones psicológicas y las circunstancias culturales del infractor son fundamentales a la hora de determinar la creencia íntima de la persona, a la vista de sus conocimientos técnicos, profesionales, jurídicos, sociales.

En los casos en los que sea evidente la ilicitud del acto, como en este supuesto, no podrá apreciarse el error.

El resultado ya expuesto con detalle anteriormente excluye, por descontado, la existencia del error, ya que se deduce la inferencia de que la actuación fue dolosa, tal y como se ha explicado con reiteración, ya que tanto la ocultación del informe, como la actuación hasta realizar el voto se llevó a cabo a sabiendas de la injusticia de su actuación, y por su condición debía saber, como sabía, que era irregular lo que estaba llevando a cabo, y no desde el punto de vista del derecho administrativo, sino desde el punto de vista del derecho penal. No puede alegarse la teoría del error en una actuación eminentemente dolosa y probada, como así ha reconocido el Tribunal. No puede apelarse al error en los delitos de corrupción y en ese caso ante un delito de prevaricación administrativa y de infidelidad en la custodia de documentos como consta debidamente probado, pese a la oposición del recurrente.

Existen consideraciones expuestas por el TSJ en la fundamentación de la sentencia que evidencian la contundencia de la convicción del Tribunal acerca de la prevaricación dolosa, a la que es ajena el error de prohibición como sostiene el Fiscal de la Sala. Y, así, se refleja en la sentencia en torno al empleo de la expresión “a sabiendas de la injusticia de la resolución”. Son expresiones literales que recogemos de la motivación de la sentencia:

1.- La decisión prevaricadora surge si el juzgador sobrepasa el contenido de su autorización y adopta su decisión desde consideraciones ajenas a la Ley, o apartándose del método de interpretación y valoración previsto en el ordenamiento. Y esto es precisamente lo que hace el juzgador, utiliza una facultad que le otorga la ley para, excediéndose notoriamente del contenido de la autorización (“para la más acertada decisión del asunto”), recabar información sobre extremos que en nada precisaba acreditar para resolver sobre lo que era objeto del procedimiento.

2.- 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.

3.- 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.

4.- La decisión se adoptó, sin duda, desde consideraciones ajenas a la Ley.

5.- La injusticia requerida por el artículo 446 del Código Penal, sin llegar a exigir adjetivaciones tales como que la desviación de la decisión respecto del derecho resulte "esperpéntica", "apreciable por cualquiera", u otras expresiones semejantes, sí requiere la acreditación de una absoluta colisión de la actuación judicial con la norma aplicada en el caso, lo que estimamos acontece en la conducta del Ilmo. Sr. Magistrado por cuanto hemos dejado razonado

6.- La norma citada en sus resoluciones, ni ninguna otra, le autorizaba a realizar una actividad de control de legalidad de una contratación administrativa que, ni era objeto del procedimiento ni había sido cuestionada.

7.- 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.

8.- No cabe duda de que el Ilmo. Sr. Magistrado querellado conocía plenamente cual era el objeto del procedimiento sometido a su decisión. Así lo declaró expresamente en la sentencia de fecha 24 de junio del 2019 que puso fin al procedimiento ordinario.

9.- En definitiva, 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.

10.- Estimamos, por ello, que ha de apreciarse en la conducta enjuiciada dolo directo de primer grado.

11.- "Tal pretendida justificación puede calificarse de "Subterfugio de acompañar la decisión, que se sabe injusta, de argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto"".

Las anteriores consideraciones afirman la actuación prevaricadora dolosa del Magistrado-Juez, ofreciendo con claridad la conclusión del tribunal de la concurrencia del “a sabiendas” característico de la prevaricación dolosa del art. 446 CP.

Y, además, añade en el FD nº 9 que “no quedando justificada su conducta por causa de justificación alguna”.

Para, luego, añadir algunas consideraciones sobre el error de prohibición incompatible con la prevaricación dolosa que consta en el factum de la sentencia con toda rotundidad, entre las que cita:

1.- Error sobre la extensión y límites de una causa de justificación, es decir, ante un error de prohibición indirecto

2.- 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.

3.- Actuó en el convencimiento de que su obligación profesional era la de investigar posibles irregularidades, tanto en la propia decisión de contratar la Administración a técnicos externos, como en el modo en que dicha contratación se llevó a efecto.

Pues bien, la concreción, claridad y contundencia con la que el tribunal ha fijado en la sentencia del TSJ que concurre la prevaricación dolosa no se diluye por la consideración que se hace sobre el error de prohibición, que es, como sostiene el Fiscal de la Sala, incompatible con la prevaricación dolosa. Limita esa declaración de un error de prohibición sin expresar base alguna probatoria ni argumentativa sobre su concurrencia y las bases de su consideración de convencimiento de su actuación bajo un error que previamente ha negado de forma reiterada. Es por ello que solo puede ser tenida como la

aplicación voluntariosa de una cláusula de individualización de la pena, reduciendo en un grado la penalidad procedente, porque lo que busca es amparo dogmático en un error de prohibición indirecto que ni acredita, ni razona.

En este sentido destacamos que son continuas las referencias a un desconocimiento de las razones por los que actuó, la motivación del Magistrado imputado, pues no quiso declarar y ni siquiera tomó la palabra al término de enjuiciamiento para explicar una conducta que la sentencia motiva extensamente como injusta y a sabiendas.

Los argumentos jurídicos expuestos por el TSJ en torno a la prevaricación dolosa son contundentes ante el carácter antijurídico de una conducta en un procedimiento judicial que no tenía nada que ver con el mismo. En el factum nada consta que pueda admitir el error de prohibición, y aunque en ocasiones se ha admitido que en los FD se puedan hacer referencias que beneficien al reo, en este caso son tan contundentes los hechos probados y la argumentación jurídica de la prevaricación dolosa que no se diluyen estos argumentos por la nula referencia al error de prohibición, como decimos, incompatible con la prevaricación dolosa, como sostiene el Fiscal de la Sala.

En definitiva, se trata de la expresión de una hipótesis, no refrendada en prueba alguna ni expuesta con apoyo lógico y racional.

El motivo se estima.

RECURSO DE ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE CANTABRIA y de D. JOSÉ MARÍA REAL DEL CAMPO

NOVENO.- 1.- Infracción del art. 24.1 de la constitución, por conculcación de la tutela judicial efectiva, e infracción de ley, por indebida aplicación del error vencible de prohibición indirecto, previsto en el art.14.3 del código penal, sin haber sido alegado por la parte.

Nos remitimos a lo expuesto en el FD nº 8.

El motivo se estima.

DÉCIMO.- 2.- Infracción de ley por falta de aplicación del delito de prevaricación del art. 446.3º del Código Penal a los hechos declarados probados relativos al procedimiento de ejecución de títulos judiciales 12/2015.

No cabe apreciar la continuidad delictiva por cuanto el TSJ ya da respuesta negativa la consideración de que lo actuado en el procedimiento de ejecución de títulos judiciales (el 2º del factum) fuera constitutivo de prevaricación en continuidad delictiva.

Respecto de este aspecto se dictó sentencia absolutoria y su reflejo en los hechos probados, no apreciándose respecto de este segundo procedimiento conducta dolosa alguna.

Se recoge, así, en el FD nº 4 de la sentencia del TSJ que:

“En segundo lugar, declaramos la atipicidad de los hechos objeto de acusación con relación a las resoluciones dictadas por el Ilmo. Sr. Magistrado en el procedimiento de ejecución de títulos judiciales seguido ante el juzgado del que es titular con el número 12/2015.

Tal y como hemos declarado probado tras su examen, dicho procedimiento tenía por finalidad ejecutar la sentencia recaída el 13 de diciembre del 2013 en el procedimiento ordinario 471/2010. En dicho procedimiento se había anulado la concesión de una licencia de construcción de sesenta y una viviendas por parte del Ayuntamiento de Alfoz de Lloredo a una entidad mercantil. Al inicio de la ejecución, la representación del Ayuntamiento ejercida por el letrado Sr. Real del Campo, alegó la imposibilidad de ejecución. Durante la tramitación, el Ilmo. Sr. Magistrado acordó, mediante providencia fechada el 12 de marzo del 2018, requerir al Ayuntamiento de Alfoz de Lloredo, a través de su representación procesal, para que aportase y remitiese al juzgado los emplazamientos realizados a los interesados en la ejecución, con apercibimiento expreso de incurrir en un delito de desobediencia judicial en caso de no hacerlo. El letrado aportó documentación que la parte ejecutante consideró insuficiente, por lo que el Magistrado dictó nueva providencia el 17 de octubre del 2018 en la que estimaba que no se había realizado la publicación adecuada que sirviese de emplazamiento a los interesados y requería nuevamente al Ayuntamiento de Alfoz de Lloredo para que, a través de su letrado Sr. Real del Campo, remitiese los emplazamientos y

la documental, con apercibimiento expreso de que, de no hacerlo, incurriría en delito de desobediencia judicial.

En cumplimiento del requerimiento personal, el letrado Sr. Real del Campo presentó la relación de los titulares de los inmuebles objeto del procedimiento junto con la documental, entre la que se encontraba una escritura notarial fechada en Madrid el 4 de julio del 2012, en la que dicho letrado no había intervenido y, al darse traslado a la parte ejecutante, consideró que se había incurrido en falsedad en el documento público de compraventa, al contener la afirmación de que no existía ningún procedimiento judicial sobre los inmuebles vendidos en esa fecha. Igualmente se afirmó que ese documento, a sabiendas de su falsedad, se había presentado en juicio para hacerlo valer en defensa del Ayuntamiento de Alfoz de Lloredo en otro procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Torrelavega, en concreto, en los autos de Ejecución Provisional número 46/2019.

Terminó por interesar del titular del juzgado de lo Contencioso número 2 de Santander “que se dé traslado al Ministerio Fiscal por si hubiera algún hecho constitutivo de un ilícito punible, en especial del 393 en relación con el 390.4 del CP”, sin atribuir autoría al presunto delito.

El Ilmo. Sr. Magistrado conocía que el letrado Sr. Real no había sido parte en la escritura de 4 de julio del 2012, que la misma se había presentado en otro procedimiento en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Torrelavega en el que no se había deducido testimonio por su supuesto carácter delictivo, y que el documento público solo se había aportado a requerimiento judicial para facilitar la notificación de la existencia del procedimiento a los interesados a los que pudiera afectar la ejecución. Y acordó, mediante providencia fechada el 1 de julio del 2019, “en relación a …la petición de traslado al Ministerio Fiscal por si la aportación como documento número 4, consistente en la escritura de compraventa de 4 de julio de 2012 presentada por el letrado José María Real del Campo en representación del Ayuntamiento de Alfoz de Lloredo, pudiera ser constitutiva de un delito de falsedad en documento público previsto en los art 393 en relación con el art 390.4 del Código Penal al haberse presentado a sabiendas de su falsedad, de conformidad con el art 283

de la LECRIM…, deducir testimonio de la escritura aportada así como del escrito solicitante y remitirla al Ministerio Fiscal a los efectos legales correspondientes".

Contra la resolución interpuso recurso D. José María del Real, alegando motivos jurídicos y poniendo de manifiesto la imposibilidad de cometer un particular una falsedad ideológica en el documento público, del cual se dio traslado a las partes. La representación de Mirador Bribaur SL se opuso el recurso solicitando su desestimación pese a que consideró que "el delito probablemente lo habrían cometido los funcionarios del Ayuntamiento de Alfoz que han tenido conocimiento de la falsedad de documento público cometida por el representante de la entidad mercantil y no lo denunciaron". No obstante, la representación de dicha entidad mercantil introdujo la consideración de que "la defensa del Ayuntamiento de Alfoz de Lloredo no niega que el documento sea falso por su contenido, ni que se haya aportado en juicio sabiendo que ese contenido era falso, pero realiza una defensa propia en términos penales para convencer de que no se cumple el tipo en su caso". Por todo ello estimó que "lo que de contrario se alega son argumentos que podrá exponer ante el Ministerio Público en el hipotético caso de que éste considere conveniente abrir una investigación y dirigirla contra la parte contraria, cosa que este Juzgado no ha hecho, ni resolverá, dado que estamos en otro orden jurisdiccional. Si las cosas son como dice la parte contraria, no sabemos qué inconveniente tiene en que se deduzca testimonio, si no le afectará".

La conducta del Ilmo. Sr. Magistrado, al desestimar el recurso por auto fechado el 9 de septiembre del 2019 sin tener en cuenta la argumentación alegada por el representante del Ayuntamiento de Alfoz de Lloredo, y sí la del representante de Mirador Bribaur SL, no puede ser considerada como prevaricadora. Para la existencia de este delito, no basta una mera ilegalidad que, de apreciarse, es producto normalmente de una interpretación errónea, equivocada o discutible de la norma jurídica (auto del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 17 de junio de 2021).

Es cierto, lo reiteramos, que el Ilmo. Sr. Magistrado conocía que el letrado Sr. Real no había sido parte en la escritura de 4 de julio del 2012, que la misma se había presentado en otro procedimiento en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Torrelavega que no había deducido

testimonio, y que el documento público solo se había aportado a requerimiento judicial para facilitar la notificación de la existencia del procedimiento a los interesados a los que pudiera afectar la ejecución.

Pero el argumento empleado para desestimar el recurso, al considerar que no resultaba controvertido “que el Letrado ha aportado documentación cuyo contenido es parcialmente falso y este hecho puede tener relevancia penal”, no puede ser reputado como una aplicación del Derecho sustantivo o procesal de forma que no resulta objetivamente sostenible.

También es verdad que podría haberse realizado un análisis previo y más profundo de la petición de deducción de testimonio al resultar evidente que el letrado no había participado en la escritura pública de compraventa de 4 de julio de 2012, como también resultaba incuestionable que la misma no se había presentado con la pretensión de hacer valer en el procedimiento la supuesta declaración falsaria.

Dicha escritura, volvemos a decirlo, se presentó a requerimiento del Ilmo. Sr. Magistrado y con la única finalidad de facilitar la identificación de posibles interesados en el procedimiento para proceder a su emplazamiento. Y también resulta acreditado que se dedujo testimonio únicamente por si la aportación por el letrado José María Real del Campo pudiera ser constitutiva de un delito de falsedad en documento público previsto en los art 393 en relación con el art 390.4 del Código Penal “al haberse presentado a sabiendas de su falsedad”, excluyendo completamente la consideración efectuada por la parte contraria en el sentido de que el delito probablemente lo habrían cometido los funcionarios del Ayuntamiento de Alfoz. Pero la falta de acierto en la legalidad, cuando concurre, no es equivalente a injusticia, sin que tampoco podamos apreciar, como pareció ponerse de manifiesto por las acusaciones en sus informes orales, la existencia de algún argumento encubridor del carácter antijurídico del acto que se sabe injusto. Nos referimos en concreto a la alegación de que solo ante el juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Santander se solicitó deducción de testimonio cuando también se había presentado la misma escritura en el juzgado de Torrelavega. Se expresó la extrañeza de las partes acusadoras por el diferente tratamiento ante una misma situación, pero solo quedó constatada tal diferencia y no su causa.

En definitiva, dicho modo de proceder pudo causar perjuicio objetivo al letrado Sr. Real del Campo, pero siendo objetivamente sostenible en derecho la resolución dictada -otra cosa es que se comparta-, debemos considerar atípicos los hechos objeto de acusación por las resoluciones dictadas en el procedimiento de ejecución de títulos judiciales número 12/2015 seguidos ante el juzgado de lo contencioso administrativo número 2 de Santander.

Decir por último a este respecto que, como razonaremos en el fundamento jurídico dedicado al análisis del tipo subjetivo, no entendemos acreditada la intención de perjudicar al letrado Sr. Real del Campo pese a que sí se le pudo causar perjuicio con la deducción de testimonio acordada y a que el Ministerio Fiscal acreditó en juicio que en esa fecha el Ilmo. Sr. Magistrado ya conocía la remisión de la denuncia interpuesta por el Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria al Consejo General del Poder Judicial.”

El TSJ ha motivado debidamente la absolución respecto de este segundo hecho y procedimiento.

No cabe apreciar, así, la continuidad delictiva por no ser actuación prevaricadora la llevada a cabo en este segundo procedimiento, por cuanto hay que destacar determinados elementos que anulan la supuesta injusticia a sabiendas de la resolución considerada como injusta:

1.- Para la existencia de este delito, no basta una mera ilegalidad que, de apreciarse, es producto normalmente de una interpretación errónea, equivocada o discutible de la norma jurídica.

2.- Es verdad que podría haberse realizado un análisis previo y más profundo de la petición de deducción de testimonio al resultar evidente que el letrado no había participado en la escritura pública de compraventa de 4 de julio de 2012, como también resultaba incuestionable que la misma no se había presentado con la pretensión de hacer valer en el procedimiento la supuesta declaración falsaria.

3.- Pero la falta de acierto en la legalidad, cuando concurre, no es equivalente a injusticia, sin que tampoco podamos apreciar, como pareció ponerse de manifiesto por las acusaciones en sus informes orales, la existencia de algún argumento encubridor del carácter antijurídico del acto que se sabe injusto.

4.- Aunque pueda ser sostenible en derecho la resolución dictada -otra cosa es que se comparta-, hay que considerar atípicos los hechos objeto de acusación por las resoluciones dictadas en el procedimiento de ejecución de títulos judiciales número 12/2015 seguidos ante el juzgado de lo contencioso administrativo número 2 de Santander.

5.- No conta la inferencia de la intención de perjudicar al letrado Sr. Real del Campo pese a que sí se le pudo causar perjuicio con la deducción de testimonio acordada.

Además, como indica el Fiscal de Sala, al tratarse de un motivo por error iuris se exige el respeto por los hechos probados y en ellos no figuran hechos que determinen la calificación como prevaricadora de resolución alguna dictada en el Procedimiento de Ejecución de Títulos. No cabe la ampliación que se pretende, y, además, por insuficiencia para ello del factum.

El motivo se desestima.

DÉCIMO PRIMERO.- 3.- Infracción de ley por falta de aplicación del delito continuado previsto en el art.74.1 del código penal, en relación con el delito de prevaricación del art.446.3º del mismo texto legal.

Nos remitimos al FD anterior que damos por reproducido.

Como bien indica el Fiscal de Sala, y hemos referido anteriormente en cuanto a la respuesta dada por el TSJ a este extremo se condenó aplicando el principio de unidad natural de acción entendiendo que una de ellas de ellas integraba el delito de prevaricación (Auto de 20 de diciembre de 2018) y que todas las que le seguían, los posteriores autos de 11 de febrero de 2019, 1 de marzo de 2019, 25 de marzo de 2019, 15 de abril de 2019, otro Auto de 15 de abril de 2019 y Auto de 19 de junio de 2019), estaban integrados en unidad natural de acción con el primero de ellos citados.

Entendió el TSJ que aunque el Tribunal Supremo tiene declarado, entre otras en Sentencia de su Sala 2ª, de 21 de abril de 2015, que en el supuesto de que fueran varias las resoluciones, dictadas en un mismo ámbito temporal y procedimental, lo procedente es aplicar el instituto de la continuidad delictiva, y ello motivaba sin duda la calificación realizada por las acusaciones tomando en consideración que también acusaban por la resolución dictada en el

procedimiento de ejecución 12/2015, ello no obstante el TSJ consideró que la resolución en que se materializa la decisión del juzgador de requerir justificación sobre la contratación de técnicos externos y solicitar la aportación de los contratos menores (cuando en absoluto resultaba necesario para la más acertada decisión del asunto sometido a su consideración y excedía notoriamente del objeto del procedimiento judicial) es la ya citada de 20 de diciembre de 2018, pues todas las demás resoluciones dictadas tenían una estrecha conexión temporal y material, por lo que se apreciaba en el Ilmo. Sr. Magistrado que las dictara una culpabilidad unitaria. No existe delito continuado, sino unidad natural de acción.

En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todas a un designio común que aglutine los diversos actos realizados. Dicho, en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendida ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio.

Es nuestro caso, debiendo advertirse que el dolo como hecho subjetivo exige un dolo simple unitario en la unidad natural y un dolo preconcebido o conjunto en el delito continuado.

Y en los hechos probados, que deben respetarse, figura la unidad natural y el dolo unitario, no el conjunto o preconcebido. No hay continuidad delictiva, sino unidad natural de acción.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEGUNDO.- Estimándose el recurso al Fiscal y parcialmente al COLEGIO DE ABOGADOS DE CANTABRIA y JOSÉ Mª REAL DEL CAMPO, las costas se imponen de oficio no entendiendo tampoco la existencia de razones para su imposición a LUIS ACAYRO SÁNCHEZ LÁZARO no apreciándose temeridad o mala fe.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

DECLARAR 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 **José Mª Real del Campo** e **Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria**, con estimación de su motivo segundo y desestimación del resto; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de fecha 31 de octubre de 2022, que condenó al citado acusado por delito de prevaricación. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el recurso interpuesto por la Acusación Particular y Popular. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Asimismo **DEBEMOS DECLARAR NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación del acusado Ilmo. Sr. Magistrado **D. Luis Acayro Sánchez Lázaro** contra indicada sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales ocasionadas en su recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet Leopoldo Puente Segura

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

Segunda Sentencia

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 11 de junio de 2025.

Esta Sala ha visto el Procedimiento Abreviado 1/2021 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en causa contra el Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Acayro Sánchez Lázaro, mayor de edad, en libertad provisional por esta causa de la que no estuvo privado preventivamente en ningún momento; y en cuya causa se dictó sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en fecha 31 de octubre de 2022, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, haciendo constar lo siguiente:

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

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos condenar a LUIS ACAYRO SÁNCHEZ LÁZARO como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación judicial tipificado en el art. 446.3 CP 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 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.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Que debemos condenar a LUIS ACAYRO SÁNCHEZ LÁZARO como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación judicial tipificado en el art. 446.3 CP 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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

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 A LA SENTENCIA QUE RESUELVE EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 7909/2022.

I.

Pese al merecido respeto que brindamos a la decisión adoptada por la mayoría, nos sentimos obligados a sacar a la luz la tesis divergente que sostuvimos en la deliberación propugnando la estimación del recurso de la defensa lo que abocaría a un pronunciamiento de signo absolutorio. El derecho a ser informado de la acusación vedaría ponderar la alternativa de un eventual y diferente título de condena más benigno.

Explicamos sucintamente los *ítems* de nuestra posición.

II.

Estamos totalmente de acuerdo con el axioma que permea todo el razonamiento del recurso del Ministerio Fiscal que la sentencia acoge en contra de nuestro criterio: no es compatible un error penalmente relevante (art. 14 CP) con el delito del art. 446 CP desde el momento en que éste introduce en el tipo subjetivo la necesidad de *conocer* el carácter *injusto* de la resolución *-el magistrado que, **a sabiendas,** dictare resolución injusta-.*Si el juez cree que la resolución es *justa*-en el sentido de *procedente* y *adecuada a la legalidad-,* no hay prevaricación; no porque concurra un error excusante, sino, sencillamente, porque no se ha producido una acción típica.

Semejante configuración de la prevaricación judicial está imbuida de una lógica apabullante. Si no se hubiese introducido en la descripción típica ese expresivo inciso *-a sabiendas-,*cualquier resolución judicial dejada sin efecto

en vía de recurso (incluidas las sentencias de esta Sala anuladas por el Tribunal Constitucional por vulnerar un derecho fundamental; supuesto nada insólito), serían objetivamente *prevaricadoras,* sin perjuicio de que en sede de culpabilidad (o de *tipo subjetivo)* pudiera dispensarse de responsabilidad penal al juez o jueces componentes del órgano del que emanó la decisión que un Tribunal Superior considera *contraria a derecho*. Quedaría abierta la tipicidad formal si prescindiésemos del requisito subjetivo, amputando ese inciso -*a sabiendas*-de la redacción Y se abrirán las puertas al dolo eventual.

A efectos del discurso que sigue bastan estas muy generales indicaciones. Orillamos discusiones más complejas, pero prescindibles (alguna de las más recientes y autorizadas monografías sobre prevaricación judicial niega que la locución *a sabiendas* represente algo distinto al dolo directo). La idea clave es que si el juez decide en la convicción de que la resolución se acomoda a la legalidad -a criterios de justicia delimitados con parámetros legales, y no concepciones extralegales o personales- no habrá prevaricación. El error excluye la tipicidad: falta el tipo subjetivo; no hay dolo (tampoco dolo concebido como *dolo natural).*

Solo si la creencia equivocada sobre la legislación o su interpretación es fruto de una *imprudencia grave o una ignorancia inexcusable* (art. 447 CP) se invade el campo penal, a través de otro precepto específico y sin necesidad de pasar la aduana del art. 14 CP (motivo cuarto del recurso de la defensa).

La metodología discursiva para analizar estos supuestos no discurre constatando primeramente si la resolución no se ajusta a derecho (lo que, en principio, podría predicarse de toda decisión judicial revocada por un tribunal superior) y, a continuación, operar con el art. 14 CP y la eximente de cumplimiento de un deber (error indirecto de prohibición o error sobre un elemento normativo de la tipicidad: eludimos también ese nada sencillo debate resuelto por el Tribunal de forma poco razonada y criticada con solvencia en el recurso de la defensa que sostiene su catalogación como error de tipo).

La lógica y la dogmática invitan a seguir otra senda: no se presume la tipicidad ante toda resolución judicial discutible o revocada, y, a continuación, se indaga si el Juez era consciente de ello, o pudo haber evitado la equivocación con una diligencia o estudio elementales. Se presume que los jueces actúan en conciencia; es decir, aplicando la legalidad interpretada en la forma que reputan procedente, aún asumiendo que pueden equivocarse y admitiendo que el Tribunal superior podrá corregir su decisión por estimarla contraria a derecho.

III.

Un error sobre la legalidad o no de la resolución excluye, por definición, la tipicidad del art. 446 CP. En esa premisa estamos de acuerdo el Fiscal y todos los componentes de la Sala: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, por lo demás muy elaborada y trabajada, ha errado en ese punto (lo que -dicho sea de paso, aprovechando para ejemplificar la idea- no supone, ni siquiera remotamente, que estemos ante hechos con apariencia de prevaricación judicial, aunque excusables por mor del art. 14 CP). No es correcto combinar un error sobre las bases fácticas (procedencia y legalidad de las resoluciones) de una causa de justificación con un delito del art. 446 CP. Es contradictorio. Si concurre error, no hay tipicidad (no se habría actuado *a sabiendas).* Y si hay tipicidad -se dictaron las resoluciones *a sabiendas* de su injusticia- no cabe hablar de error.

En abstracto dos vías permitirían salvar esa contradicción:

a) No hubo error. Es la tesis que preconizan los recursos del Fiscal y la acusación y que respalda la mayoría. El Juez actuó a sabiendas de la injusticia de la resolución y, por tanto, su acción es típica y punible, sin posibilidad de atenuación.

b) El Juez actuaba en la creencia de que las resoluciones eran procedentes y, en consecuencia, su conducta no encaja en el art. 446 CP (no obró *a sabiendas de la injusticia de las resoluciones).*

Tertium non datur.

No es un problema jurídico. En el plano normativo implicado, voto mayoritario y voto particular coinciden: si concurría error, los hechos no encajan en el art. 446 CP.

La mayoría, para salvar la contradicción, niega que el Juez actuase bajo una errónea comprensión del ordenamiento. Se apartó conscientemente de la normativa vigente. Pero eso es una apreciación fáctica sin apoyo concluyente en la sentencia de instancia. Es la convicción probatoria de la mayoría del Tribunal de casación; no la del Tribunal Superior de Justicia.

Quienes firmamos este voto particular pensamos que en un recurso de casación no podemos solventar la incongruencia manipulando o retorciendo los hechos que han sido declarados probados (menos aún, en perjuicio del reo y, todavía más improcedentemente, sin presenciar la prueba ni siquiera en la forma subrogada que supone visualizar la grabación del plenario). Estamos obligados a respetar los hechos que nos vienen dados, para realizar con ese material fáctico, que no podemos trastocar, la subsunción jurídica correcta. Si el Tribunal Superior de Justicia ha considerado probado que el acusado actuó en la convicción de que lo decidido era lo ajustado a derecho (cumplía su deber como juzgador), una condena basada en el art. 446 CP lesiona el principio de legalidad.

IV.

La sentencia mayoritaria, a nuestro juicio, de la mano del recurso del Fiscal, reconduce forzadamente al ámbito del art. 849.1º LECrim (infracción de ley penal sustantiva por aplicación indebida de una norma penal -art. 14 CP-) lo que es un problema ajeno a lo normativo con una doble vertiente: procesal, una; probatoria, la otra.

Si llevamos la discusión al nivel estrictamente penal sustantivo carece de toda enjundia. No cabe aplicar el error (art. 14 CP) a un delito del art. 446: estamos completamente de acuerdo.

Antes de llegar a esa conclusión jurídica que compartimos, la mayoría introduce en su razonamiento algún salto acrobático alterando la apreciación probatoria acogida por la sentencia:

a) En contra de lo que proclama el Tribunal Superior de Justicia, rechaza que el acusado tuviese duda alguna sobre la procedencia jurídica de sus resoluciones: habría actuado convencido de que se apartaban del ordenamiento. No comparte la mayoría la versión probatoria ofrecida por el *Tribunal a quo.* Revalora la prueba (aunque sin examinarla, solo analiza la sentencia) para convalidar otra hipótesis sobre el estado subjetivo del juez. Es esa una cuestión de carácter netamente fáctico. Están superadas las concepciones que reconducían este tipo de problemas al art. 849.1º a través del artificioso argumento de que eran juicios de valor, o, dicho de otra forma, inferencias revisables en casación. Determinar si el Juez era consciente o no de que vulneraba la legalidad es un problema de valoración probatoria, competencia exclusiva del Tribunal *a quo.*

b) Intentando infructuosamente ajustarse a la estricta disciplina del art. 849.1º LECrim, la mayoría hace protesta expresa de no apartarse del hecho probado. Obvia que también son hechos probados a estos efectos las aseveraciones fácticas contenidas en la fundamentación jurídica si favorecen al reo.

c) Por fin, resalta la aparente contradicción entre la declaración de la sentencia de que se actuó con dolo (probablemente, aunque no es clara en este punto, se maneja una noción de dolo no muy correcta para dotar de operatividad al art. 14), con las claras afirmaciones de que el acusado albergaba la convicción de la compatibilidad de sus

decisiones con la legalidad (no con su conciencia o su concepción de lo justo, sino con la legalidad). Ante esas estimaciones probatorias incongruentes, la mayoría del Tribunal de casación, se decanta por una de ellas. Entendemos que lo correcto, en último caso, sería acudir al especifico remedio del art. 850.1º LECrim (lo que ciertamente no parece posible aquí en cuanto las acusaciones no siguieron ese camino). Opta la mayoría por la versión de los hechos que se le antoja más convincente de las dos sugeridas en la sentencia (lo que no deja de ser una usurpación de tareas de valoración probatoria). En este supuesto, la versión fáctica que más le atrae es la menos favorable para el acusado. No resulta esa salida cohonestable con la muy consolidada jurisprudencia supranacional, constitucional y de esta Sala -ya plasmada legalmente- que prohíbe al Tribunal *ad quem* valoraciones probatorias *contra reo.* Lo procedente en esos casos, a lo sumo, sería reenviar la sentencia al Tribunal de origen para que aclare la contradicción.

V.

Ha dicho la jurisprudencia hasta la saciedad y sin excepción alguna, que las afirmaciones sobre hechos favorables al acusado que la Sala de instancia considera acreditados pero que, improcedentemente, no se consignan en el relato de hechos probados, sino en la fundamentación jurídica, integran y completan el *factum:* no es dable prescindir de ellas. Esa incorrección sistemática es frecuente en casos de eximentes o de atenuantes: el silencio del hecho probado se subsana en el correspondiente fundamento jurídico donde se aprovecha para describir, v.gr., la enfermedad mental padecida, o hacer constar el dinero consignado como indemnización antes del juicio, v.gr. No es correcto eliminar la eximente o la atenuante por no encontrar fundamento fáctico en el apartado de hechos probados.

Si se trata de cuestiones *contra reo,* no sin algunas matizaciones y modulaciones, se proclama la inaptitud de esa técnica para salvar la omisión.

Ahora bien, si son hechos favorables jamás ha existido duda sobre la virtualidad heterointegrativa de la fundamentación jurídica. Un pasaje de una sentencia, muy cercana en el tiempo (STS 580/2025, de 25 de junio), bastará como botón de muestra:

"… como hemos mantenido de forma reiterada, cuando se conozca de un recurso, y siempre, y exclusivamente, en beneficio de la persona acusada, el *hecho probado* debe extenderse, también, a aquellos *hechos favorables* que, en términos suficientemente asertivos, puedan identificarse integrados en la fundamentación jurídica. Siendo el *hecho global* resultante de esta operación heterointegrativa a favor de reo del que debe partirse para analizar los gravámenes por infracción de ley -vid. SSTS 618/2022, de 22 de abril; 761/2022, de 15 de septiembre, 240/2023, de 30 de marzo; 1195/2024, de 11 de marzo-.

VI.

El hecho probado de la sentencia solo acoge una descripción neutra de los hitos procesales de las resoluciones tachadas de prevaricadoras. No se adentra en la intencionalidad o en los conocimientos o nivel de certeza o motivaciones del acusado.

En la fundamentación jurídica, sin embargo, encontramos estas afirmaciones:

a) De una parte

"En definitiva, el Ilmo. Sr. Magistrado querellado:

1º.-Conoce y declara en sentencia cuál 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".

La conclusión es equívoca. ¡Claro que conocía todos esos extremos! Pero lo que no se afirma, y eso forma parte imprescindible del tipo subjetivo

del delito doloso, es que tuviese conciencia del elemento normativo del tipo: la contradicción con el ordenamiento de su decisión. Ese elemento será negado luego.

b) En efecto, un poco más adelante (páginas 69 a 72), leemos:

"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.**

La petición del informe técnico jurídico aportado como documento número 1 del escrito de defensa es igualmente reveladora de que el juzgador cree estar cumpliendo sus funciones cuando investiga sobre las contrataciones y más cuando considera haber descubierto una irregularidad, al menos una, con posible trascendencia tributaria. La petición del informe no pretende otra cosa que acreditar que la actuación del Ilmo. Sr. Magistrado quedaba justificada: inició la investigación sobre las contrataciones y de la misma resultó que, efectivamente, existían irregularidades ("especialidades" según denominación del informe) en las facturas aportadas por el letrado al Ayuntamiento. Ante posibles irregularidades ¿no debe el juez investigar?, una mínima diligencia así se lo exige, argumenta la defensa.

La causa de justificación no concurre, lo hemos dicho en el fundamento jurídico sexto y reiterado al inicio del desarrollo del presente fundamento jurídico pues el deber del juez de lo contencioso administrativo es enjuiciar dentro de los límites del artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, en su caso, ejercitar la amplia facultad que le confiere el artículo 61 de citada norma con la finalidad prevista en la misma, practicar la prueba que estime necesaria "para la más acertada decisión del asunto". No lo hizo así y sobre ello hemos razonado, creemos que extensamente, pero estimamos que **sí concurre un error sobre la extensión y límites de la causa de justificación.**

Y lo estimamos porque, pese a no tener ninguna duda de que el Ilmo. Sr. Magistrado conoce perfectamente el contenido de la ley, sus criterios de interpretación y sus límites, **cree erróneamente que, cuando de investigar supuestas irregularidades se trata, al traspasar dichos límites, sin ignorar su existencia en ningún momento, se encuentra amparado por la causa de justificación"** (énfasis añadido).

Estos pasajes muestran palmariamente que la Sala, con mayor o menor fundamento, pero de forma indubitada, ha considerado acreditado que el acusado actuaba en la creencia de que sus decisiones eran ajustadas a derecho y que su deber profesional le obligaba a dictarlas. Tan es así, que, precisamente por ello, aplica el instituto del error con las consecuencias

penológicas que se anudan al mismo (aunque la catalogación como *error de prohibición* es muy cuestionable).

No son deslices argumentales: son afirmaciones conscientes y apodícticas. *El Juzgador cree estar cumpliendo sus funciones.* Eso es lo que el Tribunal Superior de Justicia considera probado.

Si esas consideraciones fácticas de la sentencia *estorban* para la calificación jurídica efectuada, no es legítimo en casación apartarlas, amputarlas o ignorarlas para conseguir así encajar los hechos en la tipicidad del art. 446 CP.

Lo procedente será pura y llanamente negar la corrección de la subsunción jurídico penal por haber estimado la Sala de instancia, única habilitada para valorar la prueba, que falta un elemento esencial del tipo subjetivo.

VII.

Transcribimos de la sentencia mayoritaria resaltando tipográficamente lo relevante a los fines de nuestra argumentación:

"19.- En cuanto al elemento subjetivo, plasmado en la expresión «a sabiendas», no es otra cosa que la inclusión expresa del dolo, en el sentido de que **el autor debe tener plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta.** Es decir, debe ser consciente de la adopción de la resolución, de su sentido y de sus consecuencias y de que todo ello no puede estar amparado en una interpretación razonable de la ley. En este sentido, el elemento subjetivo se integra por «...la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones, elemento que debe ser puesto en relación con la condición del Juez de técnico en derecho, y por tanto conocedor del derecho y de la ciencia jurídica --«iura novit curia»--. (STS nº 2338/2001).

La ortodoxia de esa apreciación es total.

Sin embargo, como eso conduciría inexorablemente a excluir la tipicidad, se pasa a descalificar y minimizar hasta despojarlas de todo valor las apreciaciones del Tribunal Superior sobre la errónea conciencia del juzgador sobre esa injusticia, apreciaciones que forman parte del juicio histórico, que no del jurídico:

"Los presupuestos para entender el TSJ que concurre un error de prohibición en el delito de prevaricación dolosa cometido son los que a continuación sistematizamos y que constan en el FD nº 9 de la sentencia recurrida:

1.- El Magistrado no ha procedido en contra de su convicción, por el contrario, creía erróneamente actuar en el cumplimiento de su obligación profesional.

2.- Nos hallamos en el ámbito del error sobre la extensión y límites de una causa de justificación, es decir, ante un error de prohibición indirecto.

3.- Si falta la conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho está legalmente permitido -error directo de prohibición-, bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación -error indirecto de prohibición-, la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible.

4.- 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.

5.- El Ilmo. Sr. Magistrado actuó en el convencimiento de que su obligación profesional era la de investigar posibles irregularidades, tanto en la propia decisión de contratar la Administración a técnicos externos, como en el modo en que dicha contratación se llevó a efecto.

6.- Finalidad de la prueba que el juzgador acordó de oficio tras haberse practicado toda la propuesta por las partes: averiguar “por qué y cómo se contrata”, al letrado querellante, razonando que “la contratación de un técnico ajeno a la Administración para que informe sobre un expediente concreto necesariamente debe formar parte del expediente”.

(…)

14.- El Magistrado acusado cree firmemente -tan firme como equivocadamente- que su modo de proceder está justificado, y que su deber no solo es resolver el conflicto que las partes someten a su decisión sino, cuando así lo considere, realizar una investigación sobre todas aquellas actuaciones administrativas en las que pueda sospechar, o simplemente sea posible, la comisión de irregularidades.

15.- El Ilmo. Sr. Magistrado querellado actuó en el convencimiento de que actuaba en ejercicio de su obligación profesional de control de la legalidad de la actuación administrativa sujeta a Derecho Administrativo. Deber de verificar el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza, lo que, en su erróneo juicio

sobre la extensión y límites de la causa de justificación, justificaba la realización de una investigación sobre actuaciones administrativas que no eran objeto del procedimiento sometido a su decisión y que, además, no habían sido impugnadas ni cuestionadas por las partes".

Frente a ello el Tribunal de casación opone su propia versión fáctica:

"1.- No es posible admitir que 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 puede existir un deber, o su creencia, que le lleve a actuar como lo hizo al Magistrado-Juez.

(...)

4.- **No podía existir la "creencia errónea" de actuar en cumplimiento de un deber,** ya que esta legalidad o ilegalidad de contratos en el ayuntamiento en ningún momento era objeto del procedimiento judicial afectante a materia administrativa, no penal.

8.- No cabe que en estos casos el 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.

9.- Es evidente que el iter en la actuación del recurrente condenado no puede admitir un error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto. **Se actuó con plena conciencia de la improcedencia de lo acordado** en un procedimiento en el que para nada hacía falta conocer los antecedentes de unos contratos relativos a unos informes que nada tenían que ver con lo pedido en el caso, ya que lo solicitado por el juez excedía totalmente del alcance de su función en el caso, y que no era investigar si en el Ayuntamiento se cometían irregularidades en contratos o facturas. Para nada tenía que ver con la reclamación efectuada por el ciudadano. Y no había causa de justificación alguna para hacer lo que se hizo.

18.- Como indica el Fiscal de Sala, 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.

19.- 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.

20.- No existió creencia equivoca a de actuar conforme al derecho, sino conciencia de utilizarlo arbitrariamente".

A nuestro juicio estamos ante valoraciones probatorias propias del *factum* que un Tribunal de casación no está habilitado para imponer a través de la estimación de un motivo del art. 849.1º LECrim.

Acaba concluyendo:

"No existió creencia equivoca a de actuar conforme al derecho, sino conciencia de utilizarlo arbitrariamente".

Podría ser. Es una valoración probatoria plausible, pero emanada del Tribunal de casación pese a operar *contra reo.* En casación no es posible despreciar una hipótesis fáctica favorable cuando es asumida por el Tribunal de instancia. Y al comienzo de la página 68 de la Sentencia (Fundamento Jurídico Noveno) proclama sin ambages el Tribunal Superior de Justicia:

"Considera esta Sala Civil y Penal que el Ilmo. Sr. Magistrado no ha procedido en contra de su convicción, por el contrario, creía erróneamente actuar en el cumplimiento de su obligación profesional".

VIII.

Si se estimase que la valoración de la prueba es errónea, solo si alcanzase las cotas de lo irracional o absolutamente ilógico, podríamos en abstracto (no en concreto: ninguna parte lo ha solicitado) estimar que se ha producido una violación del derecho a la tutela judicial efectiva y declarar la nulidad. Jamás podríamos condenar tras una revaloración probatoria. Es lo que entendemos que realiza la sentencia mayoritaria según reflejan los pasajes reproducidos.

No es dable hablar de irracionalidad. La sentencia no solo ofrece algunas razones que le llevan a considerar acreditada esa hipótesis (entre otras, el controvertido informe aportado en su escrito de conclusiones e impugnado por las acusaciones en el trámite de cuestiones previas) sino que, además, contó con la declaración sumarial del acusado que se prolongó durante una hora. Su grabación está unida a las actuaciones. En ella defiende tozudamente la legitimidad de sus decisiones en posición que la Sala de enjuiciamiento ha considerado equivocada, pero sincera. Nótese que, aunque no declaró en el

acto del juicio oral, sus manifestaciones durante la fase de instrucción constituían material no solo valorable de oficio, sino especialmente invocado en el juicio oral: la acusación particular insistió, con la anuencia de las restantes partes (aunque en su informe la defensa exteriorizó alguna reticencia), en el momento de la prueba documental en que se tuviese por introducida en el material probatorio esa declaración para su ponderación por el Tribunal. Hubiese instado su visionado en el juicio, de formularse alguna objeción.

La tesis acogida finalmente por la sentencia, en otro orden de cosas, se puede apoyar con facilidad en las alegaciones efectuadas no solo en esa declaración, sino también en la posición procesal mantenida y sostenida por la defensa letrada (desarrollada en un informe que ocupó noventa minutos). No hay razones para desdeñar esa hipótesis (creencia errónea de estar obrando lícitamente) con el argumento de que en el acto del juicio oral el acusado se acogió a su derecho a no declarar. Ya había sostenido esa versión en su declaración inicial y constituía el nervio y el *leit motiv* de su tesis defensiva: las decisiones eran ajustadas a derecho.

Tampoco parece que la asunción de esa hipótesis -el acusado estaba convencido y sigue estándolo de la corrección de su actuación- sea el fruto de un infundado *voluntarismo,* es decir, la indulgente *concesión* por el Tribunal de esa fórmula de atenuación (error) para alcanzar una penalidad más ponderada, menos agresiva: tratándose del enjuiciamiento de quien ocupa un puesto en el escalafón judicial, lo más trascendente de una pena de inhabilitación no son los años de duración, sino el hecho de que acarrea, sea cual sea su extensión, la pérdida de la condición de juez o magistrado. Ese gravoso efecto se alcanza igual con una pena de diez años que con una de seis o un año.

Por lo demás, la sentencia descarta de forma expresa la presencia de un móvil espurio y en concreto, un propósito vindicativo o alentado por una animadversión al letrado según sostenías las acusaciones (en versión seguramente plausible (se constató) que el acusado conocía la queja), pero que fue desechada por el Tribunal.

IX.

¿Podríamos reconducir los hechos al art. 447 CP hipotetizando con una ignorancia inexcusable o una imprudencia grave?

El interrogante tiene enjundia. No podríamos anticipar una respuesta sin un estudio más detenido y profundo que, además, obligaría a graduar la intensidad de la injusticia *(manifiestamente).* Pero una cosa es clara: los derechos de defensa y a ser informado de la acusación cierran ese eventual camino: no podemos cambiar el título de imputación en este tardío momento procesal sin lesionar el derecho de defensa. Baste evocar la doctrina de la STJUE de 9 de noviembre de 2023. Ni siquiera la constatación de que en su recurso de casación la defensa sale al paso de esa eventualidad, nos habilita para valorarla.

X.

En nuestra opinión procedía la desestimación de los recursos de las acusaciones, y acoger parcialmente algunos de los motivos del recurso de la defensa. Se quejaba por la lesión de su derecho a ser informado de la acusación anudada a la aparición sorpresiva en la sentencia de una versión fáctica que se apartaba en puntos esenciales de la hipótesis acusatoria (actuación no movida por un ánimo espurio, pero incursa en un error vencible de prohibición). Por otra parte, negaba la relevancia penal de los hechos, aunque por razones no totalmente coincidentes con las que se sostienen en este voto.

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