

El tratamiento de las agresiones sexuales cometidas por menores de edad. Comentario a la STS 660/2025, de 9 de julio, por Sergi CARDENAL MONTRAVETA.

Del error de prohibición ¿al dolo por presunción? Comentario a la STS 535/2025, de 11 de junio, con voto particular, por Beatriz GOENA VIVES.

La rebaja facultativa de la pena del artículo 65.3 del Código Penal para los *extranei* que participan en delitos especiales. Comentario a la STS 849/2023, de 20 de noviembre (Trama Gürtel de Boadilla del Monte), por Gema CLARIMÓN ESCUDER.

-

---

\* La *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* publica comentarios de sentencias recientes, con especial interés en aquellas que abordan cuestiones relacionadas con los fundamentos del Derecho penal, la teoría del delito y los conceptos comunes de la parte especial. Los autores interesados en publicar un comentario pueden ponerse en contacto con el coordinador de la sección en [ramon.ragues@upf.edu](mailto:ramon.ragues@upf.edu).

## El tratamiento de las agresiones sexuales cometidas por menores de edad

**Comentario a la STS 660/2025, de 9 de julio**

Sergi Cardenal Montraveta\*  
Universidad de Barcelona  
cardenal@ub.edu

### 1. Introducción

La sentencia del Tribunal Supremo 660/2025, Penal, de 9 de julio (ECLI:ES:TS:2025:3537), resuelve un recurso de casación para unificación de doctrina en materia de menores (art. 42 LORPM), interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1ª, 203/2024, de 4 de junio (ECLI:ES:APBU:2024:473), que, a su vez, resolvió el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Menores. Esta última resolución condena al menor acusado, por la comisión de un delito de agresión sexual a persona menor de dieciséis años (hoy previsto en el art. 181.4 CP) cometido cuando su autor tenía dieciséis o diecisiete años<sup>1</sup>, y le impone una medida de un año de internamiento en régimen cerrado, completada con otra medida de dos años de libertad vigilada y la obligación de someterse a programas de educación sexual y de educación en igualdad.

Más concretamente, se consideró probado que el 5 de febrero de 2023, tras vencer la negativa inicial de María (nacida el año 2007), ella y Juan (nacido el año 2006) subieron al domicilio de la menor. Se besaron de forma consentida en el dormitorio y él le realizó tocamientos por todo el cuerpo, sin detenerse inmediatamente después de que ella se lo pidiera. Tras expresar María su deseo de que los actos de contenido sexual no se reanudaran, Juan volvió a agarrarla de las nalgas para evitar que se fuera y siguió besándole. Seguidamente, le desplazó hacia un lado de la cama, donde la inmovilizó contra la pared y le realizó tocamientos en la zona genital, primero por encima de la ropa y luego por debajo, llegando a introducir tres dedos en la vagina de la menor, que reaccionó pidiéndole que se detuviera e indicándole que le estaba haciendo daño. Tras negarse a realizarle una felación, María se zafó de Juan, salió de la habitación y le pidió reiteradamente que se marchara, hasta que el abandonó la vivienda. Como consecuencia de estos hechos, la menor sufrió lesiones cuya curación precisó únicamente de una primera asistencia facultativa.

---

\* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-125718NB-I00, financiado por el MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER “Una manera de hacer Europa”.

<sup>1</sup> El texto de las sentencias publicadas por el CENDOJ no permite saber exactamente qué edad tenía el menor condenado en el momento de los hechos. Los datos allí recogidos dan a entender que entonces tenía diecisiete años y la víctima tenía quince.

En relación con aquella modalidad de agresión sexual y otros delitos considerados de máxima gravedad, el art. 10.2.b) de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM) dispone que «el Juez deberá imponer las medidas siguientes: (...) una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto solo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta ley orgánica, cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta»<sup>2</sup>.

La Audiencia Provincial de Burgos confirmó la condena del menor, pero modificó el fallo de la sentencia del Juzgado de Menores, en el sentido de dejar sin efecto la imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado e imponer una medida de dos años de libertad vigilada con asistencia educativa, manteniéndose el resto de pronunciamientos.

El único motivo del recurso formulado por el Ministerio Fiscal denuncia la indebida inaplicación del art. 10.2.b) LORPM y «persigue reponer a efectos puramente doctrinales los pronunciamientos del Juzgado de Menores revocados por la Audiencia Provincial»; más concretamente, considera que el hecho de haber expulsado de la condena la medida de internamiento en régimen cerrado por tiempo de un año vulnera aquel precepto. Como afirma el Tribunal Supremo: «se trata de decidir si la previsión del art. 10.2. b) LORPM opera de forma inexorable siempre que se comete un delito del art. 181 CP por un menor que ha alcanzado los diecisésis años; o, por el contrario, puede razonadamente prescindirse de la medida de internamiento a tenor de las circunstancias». Ya en este momento es importante destacar que semejante delimitación del objeto del recurso (y también el fallo de la sentencia de Juzgado de Menores) parten de una tesis que *el recurrente* no cuestiona y que, por las razones que expondré más adelante, considero equivocada: el art. 7.2 LORPM (que prevé que las medidas de internamiento constarán de dos períodos, uno que se realizará en el centro correspondiente y otro que se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada) no es de aplicación a los supuestos regulados en el art. 10.2 LORPM. El Tribunal Supremo reproduce el texto de este último precepto, afirma que los términos de la norma son imperativos, estima el recurso y concluye declarando «como doctrina legal unificada (...) que en los *delitos de agresión sexual con penetración y/o violencia*, procede la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado, sin perjuicio de la aplicación posterior en ejecución del principio de flexibilidad a tenor de los arts. 13, 40 y 51.1 y *concordantes* de la LORPM» (FJ 7)<sup>3</sup>. En términos más ajustados al objeto del recurso, en el fallo de la sentencia se declara “que el art. 10.2 b) de la LORPM ordena imperativamente la

<sup>2</sup> El art. 13 LORPM regula la modificación de la medida impuesta. Su primer apartado dispone: «El Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de estos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a este el reproche merecido por su conducta (...).» El art. 40 LORPM regula la suspensión de la ejecución del fallo. La sustitución de las medidas vuelve a regularse en el art. 51 LORPM. Desde su reforma mediante la LO 8/2006, de 4 de diciembre, el apartado segundo del art. 51 alude expresamente a la sustitución de la medida de internamiento en régimen cerrado por otra de internamiento en régimen semiabierto o abierto, a la posibilidad de dejar sin efecto tal sustitución cuando el menor evoluciona desfavorablemente, y a la posibilidad de sustituir por una medida de internamiento en régimen cerrado la medida de internamiento en régimen semiabierto inicialmente impuesta. A su vez, el art. 51.3 LORPM regula la posibilidad de dejar sin efecto la medida impuesta en los casos en los que se produzca la conciliación del menor con la víctima.

<sup>3</sup> Cursiva añadida.

imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado *en los supuestos que contempla*; sin que sea legalmente factible *excluirla* por razones discrecionales o de proporcionalidad<sup>4</sup>.

Me parece que el interés de la STS 660/2025, Penal, de 9 de julio (ECLI:ES:TS:2025:3537), no radica en el fallo, que se ciñe perfectamente al objeto del recurso de casación que resuelve. El interés de aquella sentencia radica, sobre todo, en la “doctrina legal unificada” que declara en su fundamento jurídico séptimo y en los comentarios y las sugerencias que, de forma más o menos sutil, el Tribunal formula al analizar los argumentos utilizados en la resolución impugnada para dejar de imponer la medida de internamiento en régimen cerrado, unos comentarios y sugerencias que van más allá del objeto del recurso de casación formulado y que cabe entender referidos al tratamiento de las agresiones sexuales más leves y a las condiciones de cumplimiento de la medida de internamiento que el art. 10.2 LORPM obliga a imponer. Lo primero está relacionado con la vigencia del principio de proporcionalidad, la consideración de todas las agresiones sexuales como delitos graves y con el ámbito de aplicación de los arts. 18, 19, 9.2 y 10.2 LORPM. Lo segundo remite a la relación entre los arts. 7.2 y 10 LORPM, a los efectos del «periodo de seguridad» previsto en el art. 10.2.b) LORPM y a la eficacia del principio de flexibilidad para ajustar la respuesta del derecho penal de menores a las necesidades de prevención especial.

## 2. La respuesta del Tribunal Supremo al objeto del recurso

La Audiencia Provincial de Burgos justificó la modificación parcial del fallo de la sentencia recurrida remitiendo a la Exposición de Motivos de la LORPM, al contenido del art. 7.3 LORPM, al principio de flexibilidad, al adecuado cumplimiento de las medidas cautelares y a las circunstancias personales del menor condenado, que le llevaron a entender que la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado no era necesaria para evitar que aquel volviera a delinquir. Al respecto, se indica que el menor tiene un entorno familiar y escolar normalizado, una «trayectoria conductual que refleja aceptación y respeto por las normas sociales», «muestra habilidades sociales que le permiten desenvolverse bien, saber escuchar, es colaborador, tiene en cuenta los puntos de vista de las otras personas y maneja estrategias de resolución de conflictos alternativas a la agresividad. En el área de desarrollo afectivo sexual (...) reconoce inseguridades y falta de experiencia en relaciones íntimas demandando la necesidad de una mayor educación en esta área. Durante el cumplimiento de la medida cautelar de Libertad Vigilada, Juan ha mostrado interés en aprovechar las sesiones seguidas con la Técnico asignada por la Unidad de Intervención Educativa».

El Tribunal Supremo reconoce que hay razones para considerar que la regulación actual es excesivamente rígida, pero considera acertadamente que la «atrevida exégesis» realizada por la Audiencia Provincial de Burgos quebró el mandato normativo y obvió la literalidad de la norma. El Tribunal recuerda que esta «es la interpretación del art. 10 LORPM que se viene ofreciendo por esta Sala y por la generalidad de los órganos de la jurisdicción de menores. También es la asumida oficialmente por la Fiscalía General del Estado». Y añade: «Será posible introducir mayor flexibilidad en fase de ejecución a través de los resortes del art. 13 (...) Es una opción legislativa legítima, por más que pueda criticarse o no compartirse. (...) En todo caso, la presencia de violencia y que la agresión se concrete en un acceso carnal diluyen en gran medida las objeciones que puedan oponerse a esa legalidad desde el principio de proporcionalidad. Éste ha de ser primariamente valorado por el legislador, en ponderación que el intérprete, salvo casos

<sup>4</sup> Cursiva añadida.

desmedidos (derroche inútil de aflicción), ha de respetar. Y, en esos excepcionales supuestos, solo el juez constitucional está habilitado para declarar inadmisible la ley por incompatibilidad con el art. 25 CE que implícitamente reconoce el principio de proporcionalidad de las sanciones. Al juez solo le está autorizado elevar sus dudas sobre la constitucionalidad al Tribunal Constitucional». Finalmente, la sentencia que comentamos se plantea si la estimación del recurso ha de tener únicamente efectos declarativos y decide mantener también su doctrina en este sentido.

Como se acaba de indicar, comparto plenamente la tesis de que el art. 10.2.b) LORPM obliga a imponer una medida de internamiento en régimen cerrado con una duración mínima de un año a los menores que cometen una agresión sexual con penetración y/o violencia, u otro de los delitos allí mencionados. Me parece que la gravedad de aquella respuesta no es desproporcionada si solo se pone en relación con la gravedad de tales delitos. La tensión con el principio de proporcionalidad surge cuando la gravedad de las medidas previstas en el art. 10.2 LORPM también se pone en relación con su eficacia preventiva general y especial, lo cual exige tener en cuenta las condiciones de cumplimiento de tales medidas y las circunstancias personales del menor condenado, además de la gravedad del delito cometido y que se pretende prevenir<sup>5</sup>. Desde esta perspectiva, sí podría llegar a entenderse que, en algunos supuestos, los «costes» asociados a la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado son muy superiores al beneficio que ello genera desde el punto de vista preventivo y, por lo tanto, aquella respuesta debe considerarse desproporcionadamente grave<sup>6</sup>.

La Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 160/2012, de 20 de diciembre (BOE núm. 250, de 17 de octubre de 2012), dejó claro que la previsión, imposición y ejecución de medidas privativas de libertad innecesarias para evitar que el menor condenado vuelva a delinquir y que sólo cumplen una función de prevención general, es compatible con la Constitución, siempre que se respeten el derecho de defensa y los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad. Se consideró que la Disposición adicional cuarta LORPM (antecedente del art. 10.2) satisfacía tales exigencias. Pero el Tribunal no se pronunció sobre la manera en la que debía interpretarse. Y, naturalmente, tampoco tuvo en cuenta la ampliación posterior del ámbito de aplicación de las reglas especiales previstas en aquel precepto.

El Tribunal Supremo da a entender que el cumplimiento de la medida de internamiento de acuerdo con el principio de flexibilidad y los arts. 13, 40 y 51.1 y concordantes LORPM sí respeta el principio de proporcionalidad, por lo menos cuando se trata de dar respuesta a agresiones sexuales con penetración y/o violencia. Pero no detalla cómo deben interpretarse las limitaciones a la sustitución de la medida de internamiento en régimen cerrado previstas en el art. 10.2.b) LORPM, ni analiza la relación entre dicho precepto y el art. 7.2 LORPM que, como hemos visto,

<sup>5</sup> Como recuerda MIR PUIG, la exigencia de proporcionalidad entre la gravedad del delito cometido y la respuesta prevista por el derecho penal nació para las medidas de seguridad. Ver MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10.<sup>a</sup> ed., 2015, p. 138. Aquí se afirma: «Al no encontrar estas [las medidas de seguridad] el límite del principio de culpabilidad, se hizo evidente la necesidad de acudir a la idea de proporcionalidad, para evitar que las medidas pudiesen resultar un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva». Ver también SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Código Penal*, 2003, pp. 175 ss. Por su parte, al regular el principio de proporcionalidad de las medidas de seguridad, el § 62 del Código Penal alemán dispone: «No cabe imponer medida de corrección o de seguridad que no guarde relación con la significación de los hechos cometidos y esperados del autor, así como con el grado de peligrosidad que de él surge».

<sup>6</sup> Lo dicho en el texto es compatible con afirmar que las medidas impuestas a los menores a los que se considera penalmente responsables son penas, salvo cuando van más allá de lo que permite el principio de culpabilidad. Ver CARDENAL MONTRAVETA, *La responsabilidad penal de los menores*, 3.<sup>a</sup> ed., 2024, pp. 81 ss. 125 ss.

dispone que las medidas de internamiento constarán de dos períodos, cuya duración se expresará en la sentencia, llevándose a cabo el primero en el centro correspondiente y el segundo en régimen de libertad vigilada. Ni el Ministerio Fiscal ni el menor acusado solicitaron que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre este extremo. Y la resolución que comentamos también parece aceptar la tesis mantenida en las sentencias que menciona, según la cual el art. 10.2 desplaza al art. 7.2. Si aquella resolución alude al principio de flexibilidad es porque se aludía a dicho principio en la sentencia recurrida, para justificar que se dejara de imponer la medida de internamiento. De todos modos, a pesar de que ello habría supuesto desbordar los límites del objeto del recurso, creo que habría sido conveniente que, al hilo de la referencia a los principios de proporcionalidad y de flexibilidad, el Tribunal Supremo hubiera dado un paso más y se hubiera pronunciado sobre la eficacia del “periodo de seguridad” previsto en el art. 10.2.b) LORPM. Donde la sentencia que comentamos consideró que no debía llegar, tratará de llegar el comentario sobre las condiciones de cumplimiento de la medida de internamiento que realizamos a continuación<sup>7</sup>.

### **3. La eficacia del «periodo de seguridad» previsto en el art. 10.2.b) LORPM**

#### **3.1. Observaciones preliminares**

Está claro que la severidad y la eficacia preventiva de una medida de internamiento no depende solo de su duración. También depende de la posibilidad de suspender su ejecución, de dejarla sin efecto, de reducir su duración y de sustituirla por otra medida distinta y, así mismo, depende de las condiciones de su cumplimiento<sup>8</sup>.

Entender que durante el «periodo de seguridad» previsto en el art. 10.2.b) LORPM no es posible sustituir la medida de internamiento en régimen cerrado por otra de internamiento en régimen semiabierto o abierto, ni por otra de las medidas previstas en el art. 7.1 LORPM, comporta que el menor condenado por la comisión de alguno de los delitos allí mencionados deberá cumplir aquella medida privativa de libertad durante, como mínimo, seis meses, sin perjuicio de que, en su caso, se abone el tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares (arts. 28 LORPM, 58 y 59 CP). Durante el «periodo de seguridad», el menor residirá en el centro y desarrollará en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio planificadas en el programa individualizado de ejecución de la medida<sup>9</sup>. Y sólo tras haber cumplido «el primer tercio del periodo de internamiento» podrá disfrutar de permisos de salida ordinarios, de salidas de fin de semana y/o de salidas programadas<sup>10</sup>. Aunque no coincidan totalmente, estas condiciones de cumplimiento de las medidas de internamiento en régimen cerrado son similares a las previstas

<sup>7</sup> En alguna medida, continuamos así el dialogo con el ponente de la sentencia que comentamos, un diálogo que empezó cuando el Exmo. Sr. Antonio del Moral García tuvo la amabilidad de escribir una recensión a la primera edición de mi obra *La responsabilidad penal de los menores*. Dicha recensión, que quiero agradecerle aquí públicamente, apareció en el núm. 1 de 2021 de esta revista.

<sup>8</sup> Sobre la regulación de la suspensión de la ejecución y la sustitución de las medidas prevista en los arts. 13, 14, 40, 47.3 y 7, 50 y 51 LORPM ver, por todos, CARDENAL MONTRAVETA, *La responsabilidad penal de los menores*, 3<sup>a</sup> ed., 2024, pp. 297-301, 326 y ss.

<sup>9</sup> Ver arts. 7.1.a) LORPM y 24 R.D. 1774/2004, de 30 julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 (en adelante, RegLORM).

<sup>10</sup> Ver arts. 45.7, 46.7 y 48.6 RegLORM.

para los adultos clasificados en el segundo grado de tratamiento y que cumplen la pena de prisión en régimen ordinario<sup>11</sup>.

Podría pensarse que, cuando el menor ha sido condenado como autor de un delito consumado de asesinato, violación u otro de los mencionados en el art. 10.2 LORPM y que el Código Penal castiga con pena de *prisión* grave, tales condiciones de cumplimiento de la medida de internamiento no son excesivamente severas y una respuesta más liviana impediría satisfacer adecuadamente la función de prevención general. Pero el ámbito de aplicación del art. 10.2 abarca también la comisión de hechos más leves<sup>12</sup>. Y no puede ignorarse que el art. 100.2 RP prevé la posibilidad de adoptar un modelo de ejecución en el que se combinen aspectos característicos de distintos grados de cumplimiento. A su vez, el art. 117 RP permite que los internos clasificados en segundo grado de tratamiento que presenten un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, acudan regularmente a una institución exterior. Tampoco puede ignorarse que el art. 36.2 CP permite que, cuando la duración de la pena de prisión impuesta no sea superior a cinco años, los condenados por un delito de agresión sexual a menores de dieciséis años previsto en el art. 181 CP sean clasificados en el tercer grado de tratamiento penitenciario antes de haber cumplido la mitad de aquella. Y los condenados por el resto de los delitos de agresión sexual sí podrán ser clasificados en el tercer grado de tratamiento antes de haber cumplido la mitad de la pena prisión impuesta, aunque la duración de esta sea superior a cinco años.

Como he expuesto más detalladamente en otro lugar, *de lege lata* existen, por lo menos, dos formas de evitar aquella forma de entender los efectos del «periodo de seguridad» previsto en el art. 10.2.b) LORPM<sup>13</sup>. La primera alternativa consiste en entender que el art. 7.2 LORPM también rige en los casos que regula el art. 10 LORPM, de modo que la especialidad de las reglas aquí previstas consistiría en el carácter preceptivo de la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado, en la posibilidad de que su duración sea superior a la prevista en el art. 9 LORPM y en la posibilidad de imponer una medida de libertad vigilada complementaria que, además, se llevaría a cabo en las instituciones encargadas del cumplimiento de las penas<sup>14</sup>. La segunda alternativa –que no es incompatible con la anterior ni depende de que se acepte– consistiría en considerar que el «periodo de seguridad» previsto en los arts. 10.1.b) y 10.2.b)

<sup>11</sup> Ver art. 72.2 LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y arts. 74, 76 a 98, 100, 101 y 114 R.D. 190/1996, de 9 de febrero, que aprueba el Reglamento Penitenciario (en adelante RP).

<sup>12</sup> Sobre el ámbito de aplicación del art. 10.2 LORPM, ver, por todos, CARDENAL MONTRAVETA, «Delimitación y tratamiento de los delitos de extrema y máxima gravedad cometidos por menores (art 10 LORPM)», *Revista General de Derecho Penal*, (42), 2024, pp. 12 ss.; EL MISMO AUTOR, «El ámbito de aplicación de las reglas especiales para los delitos de extrema y máxima gravedad cometidos por menores (art. 10 LORPM)», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dir.), *Consecuencias jurídicas del delito: algunos aspectos a debate*, 2024, pp. 287-325.

<sup>13</sup> Ver, CARDENAL MONTRAVETA, *RGDP*, (42), 2024, pp. 27 y ss. 40 y ss.; EL MISMO, «Tratamiento de las agresiones sexuales cometidas por menores y consideradas de extrema gravedad», en SOLA RECHE/URRUELA MORA *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al Prof. Carlos María Romeo Casabona*, en prensa; ambos trabajos con referencias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la doctrina de la Fiscalía General del Estado y a la doctrina científica. De la posición de la jurisprudencia y de la Fiscalía General del Estado también se aparta también, GARCÍA PÉREZ, «La contribución de la jurisprudencia al endurecimiento de la respuesta a los menores infractores», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (21), 2019, pp. 10-16; EL MISMO, *Las medidas y su ejecución en el sistema de justicia penal juvenil*, 2019, pp. 55-56. Ver también FEIJOO SÁNCHEZ, «Comentario al art. 10 LORPM», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Comentarios a la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, 2<sup>a</sup> ed., 2018, pp. 309-314.

<sup>14</sup> Además, cuando el menor haya cometido alguno de los delitos comprendidos en los arts. 571 a 580 CP, se impondrá una medida de inhabilitación absoluta (art. 10.3). Y el art. 15.1 LORPM también prevé un régimen especial respecto al régimen jurídico de la prescripción.

LORPM no impide ajustar las condiciones de cumplimiento de la medida de internamiento a las necesidades de prevención especial, por lo menos en aquellos supuestos en los que, si el delito lo hubiera cometido un adulto, los arts. 36.2 CP, 72.3 LOGP y 104.3 RP permitirían la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario antes de haber cumplido la mitad de la pena de prisión impuesta. El «periodo de seguridad» previsto en aquellos preceptos de la LORPM sólo impediría reducir la duración de la medida de internamiento, dejarla sin efecto y sustituirla por una medida de permanencia de fin de semana o por una medida no privativa de libertad.

### **3.2. Los arts. 7.2 y 10 LORPM son compatibles y complementarios**

Las dudas sobre el ámbito de aplicación del art. 7.2 LORPM y su relación con las reglas especiales de aplicación y duración de las medidas que regula el art. 10 LORPM, deben resolverse atendiendo al fundamento de ambos preceptos, al principio de proporcionalidad y a las consecuencias de las distintas formas de entender aquella relación. Esto exige tener en cuenta la progresiva ampliación del ámbito de aplicación del art. 10.2 LORPM<sup>15</sup> y, también, que la forma de entender la relación entre los arts. 7.2 y 10 no es ajena a la interpretación que se haga de las limitaciones aquí previstas en relación con las facultades a las que se refieren los arts. 13 y 51.1 LORPM.

Como apuntaba más arriba, me parece que los arts. 7.2 y 10 LORPM son perfectamente compatibles y complementarios. Esto explica que el art. 8.2 LORPM prohíba expresamente que la duración de las medidas de internamiento exceda “del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal” pero, en cambio, no prohíba expresamente que las condiciones de cumplimiento de las medidas privativas de libertad puedan ser más severas que las condiciones de cumplimiento de las penas de prisión que se habrían impuesto en el caso de que el mismo delito hubiera sido cometido por un adulto, por lo menos cuando la duración de las penas y la de las medidas podría ser la misma<sup>16</sup>. Al respecto, conviene recordar que, analizando la constitucionalidad del art. 16 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948, la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 36/1991, de 14 de febrero (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991), afirmó que, al determinar las medidas, es preciso que el Juez «se sujeté a determinados principios que operan como límites a esa discrecionalidad, reconocidos en algunos casos en la propia LTTM (...) y en otros implícitos en la imposición de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, como son la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta o la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase» (FJ 7).

También es oportuno destacar que el art. 7.2 LORPM se refiere expresamente a los supuestos regulados en el art. 10 LORPM, sin hacer distinciones e indicando que la duración total de la medida de internamiento no excederá del tiempo allí indicado. En cambio, los arts. 10 y 51 LORPM guardan silencio sobre el tránsito del periodo de internamiento al régimen de libertad vigilada (o viceversa), porque ello no comporta la sustitución de una medida internamiento por otra diferente, ni está sometido a exigencias distintas de las derivadas de la función de prevención especial. A su vez, al regular los permisos de salida ordinarios, las salidas de fin de

---

<sup>15</sup> Al respecto, ver CARDENAL MONTRAVETA, *RGDP*, (42), 2024, pp. 5-8.

<sup>16</sup> Cfr. art. 8.2 LORPM.

semana y las salidas programadas, en relación con los «menores internados por sentencia firme en régimen cerrado», los arts. 45.7, 46.7 y 48.6 RegLORPM exigen el cumplimiento previo de «el primer tercio del periodo de internamiento». El legislador no alude al cumplimiento efectivo de una parte «de la medida de internamiento» (art. 10.1.b), ni a una parte de la duración «de la medida de internamiento impuesta» (art. 10.2.b), ni a la duración de «la medida impuesta» (art. 40). Esto permite concluir que aquellos preceptos del RegLORPM presuponen que la medida de internamiento tiene *siempre* dos periodos y el «periodo de seguridad» allí previsto se refiere a la duración del primero de ellos, no a la duración de la suma de ambos.

Todo ello conduce a entender que el art. 7.2 LORPM regula un aspecto muy específico de las condiciones de cumplimiento de *todas* las medidas de internamiento. Y lo hace sin excepciones, garantizando así el respeto del principio general que prohíbe tratar al menor más severamente que al adulto que cometa el mismo delito y garantizando, también, que el internamiento del menor vaya siempre seguido de su sometimiento a un régimen de libertad vigilada (salvo que, excepcionalmente, la medida de internamiento se deje antes sin efecto). Tal régimen de libertad vigilada que podrá articularse a través del segundo periodo de cumplimiento de las medidas de internamiento y/o a través de las medidas complementarias previstas en el art. 10 LORPM, lo cual exige su ratificación y permite que se lleven a cabo por las instituciones encargadas del cumplimiento de las penas. Se ofrece, así, una respuesta satisfactoria al conflicto entre las funciones de prevención general y prevención especial cuando esta última no justifica el internamiento del menor en el centro correspondiente.

En definitiva, el art. 7.2 LORPM vendría a garantizar que las medidas de internamiento se cumplan de acuerdo con «un sistema de individualización científica separado en grados» más flexible y favorable que el previsto en la legislación penitenciaria para el cumplimiento de las penas de prisión. Más favorable porque, aunque la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado pueda ser preceptiva y se haya descartado la posibilidad de que empiece a cumplirse en régimen abierto, pasará a cumplirse en régimen de libertad vigilada tan pronto como el internamiento en el centro deje de parecer necesario para evitar que el menor vuelva a delinquir, sin que la eventual revocación de esta decisión impida el abono del tiempo transcurrido, algo que, desafortunadamente, ya no sucede siempre en el ámbito de los adultos<sup>17</sup>. No se trata de un sistema progresivo, que sólo permitiría el tránsito al régimen de libertad vigilada cuando el menor está cumpliendo una medida de internamiento en régimen abierto y que es incompatible con la posibilidad de que el segundo periodo de las medidas de internamiento en régimen *cerrado* se cumpla en régimen de libertad vigilada. El art. 7.2 no excluye esta posibilidad, que es perfectamente razonable cuando la medida de internamiento se impuso para cumplir exclusivamente una función de prevención general y la duración de su primer periodo es escasa.

Frente a la opinión que mantienen la Fiscalía General del Estado y algunas resoluciones judiciales que se mencionan en la sentencia que comentamos, me parece que entender que las medidas de internamiento reguladas en el art. 10 también constan de los dos periodos a los que se refiere el art. 7.2 LORPM, es perfectamente compatible con la posibilidad de que, además, en los casos regulados en los arts. 10.1.b) y 10.2.b) LORPM, pueda imponerse una medida complementaria de libertad vigilada, que se ratifique y ejecute posteriormente, en las condiciones previstas en el art. 10.4 LORPM. Las medidas complementarias de libertad vigilada están pensadas para que, cuando ello parezca conveniente para evitar que vuelva a delinquir, el seguimiento del menor pueda

<sup>17</sup> Cfr. arts. 86 y 90.5 CP.

prolongarse tras el cumplimiento de la medida de internamiento y/o para permitir que ese seguimiento pueda llevarse a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas. Esto puede estar justificado cuando la medida de internamiento se impone a quien ya ha alcanzado la mayoría de edad (o la alcanzará durante su cumplimiento) y dicha medida privativa de libertad pase a cumplirse en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria<sup>18</sup>. En cambio, cuando el internamiento se cumple en un centro de menores, no parece que el éxito del seguimiento posterior en régimen de libertad vigilada dependa de que se lleve a cabo por las entidades públicas encargadas del cumplimiento de las penas.

### **3.3. Una interpretación restrictiva de la eficacia del «periodo de seguridad» previsto el art. 10 LORPM**

Como adelantábamos antes, la segunda forma de evitar que la comisión de los delitos previstos en el art. 10.2 LORPM comporte la reclusión del menor en régimen cerrado durante un periodo mínimo de seis meses, consiste en realizar una interpretación restrictiva de los efectos de «periodo de seguridad» previsto en el art. 10.2.b) LORPM, que permita ajustar las condiciones de cumplimiento de la medida de internamiento a las necesidades de prevención especial, por lo menos en aquellos supuestos en los que, si el delito lo hubiera cometido un adulto, los arts. 36.2 CP, 72.3 LOGP y 104.3 RP permitirían la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario antes de haber cumplido la mitad de la pena de prisión impuesta.

Me parece que la progresiva ampliación del ámbito de aplicación del art. 10.2 LORPM, los criterios que la jurisprudencia utiliza para su delimitación y el insatisfactorio criterio elegido por el legislador para fijar la duración del «periodo de seguridad» allí previsto<sup>19</sup>, aconsejan una reforma que invierta aquella evolución y/o una interpretación restrictiva del régimen jurídico de los delitos de máxima gravedad que, sin llegar a permitir la *suspensión de la ejecución* de la medida de internamiento (como sucede en relación con los delitos considerados de extrema gravedad), sí permita limitar la intensidad de la intervención del derecho penal, ajustando el *régimen de cumplimiento* de la medida de internamiento de acuerdo con las necesidades de prevención especial en el sentido que se indicado en el párrafo anterior, de modo que el menor solo se vea obligado a desarrollar todas las actividades en el centro mientras no se apruebe el plan individualizado de ejecución de la medida o bien hasta que ello deje de parecer necesario para evitar que vuelva a delinquir. De acuerdo con esta interpretación del art. 10.2.b) LORPM, sobre la cual el Tribunal Supremo nunca se ha pronunciado expresa y específicamente<sup>20</sup>, el «periodo de seguridad» allí previsto sólo limitaría temporalmente la sustitución de la medida de internamiento por otra que no sea también una medida de internamiento, siendo posible modificar el régimen de cumplimiento de la medida de internamiento y alterar la duración de cada uno de sus dos períodos de cumplimiento antes de que haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida privativa de libertad impuesta.

<sup>18</sup> Ver arts. 14 y 47.7 LORPM.

<sup>19</sup> Ver CARDENAL MONTRAVETA, *RGDP*, (42), 2024, pp. 1-26, 40 ss.

<sup>20</sup> Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ver CARDENAL MONTRAVETA, *RGDP*, (42), 2024, pp. 47 ss. Aquí también se mencionan algunos supuestos a los que hoy sería aplicable el art. 10.2.b), pero –atendiendo a la gravedad de los hechos y/o a la circunstancia de que no parece necesario que el menor realice todas las actividades en el centro para evitar que vuelva a delinquir– es razonable admitir que la medida de internamiento pase a cumplirse en régimen semiabierto o abierto o en régimen de libertad vigilada antes de haberse cumplido durante, como mínimo, seis meses en régimen cerrado.

El hecho de que medida de internamiento en régimen cerrado que el art. 10.2.b) LORPM obliga a imponer pueda tener una duración inferior a la pena prevista para los adultos que cometan el mismo delito, es coherente con el principio de culpabilidad y con la importancia de la función de prevención especial en el derecho penal de menores. Y no basta para justificar que las condiciones previstas para modificar el régimen de cumplimiento del internamiento se interpreten de tal manera que sean más severas que las previstas en los art. 36.2 CP, 72.3 LOGP y 104.3 RP para los adultos que cumplen una pena de prisión y las previstas para los menores cuya medida de internamiento pasa a cumplirse en un centro penitenciario, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 14 y 47.7 LORPM. Es razonable que, para satisfacer una función de prevención general, el derecho penal de menores exija la imposición de una medida de internamiento cuando se cometan los delitos considerados de máxima gravedad. Ya no está tan claro que, además, sea acertado exigir su cumplimiento durante un «periodo de seguridad», antes de permitir la sustitución de tales medidas por una de permanencia de fin de semana o por una medida no privativa de libertad distinta de la libertad vigilada, antes de que pueda reducirse su duración y antes de que puedan dejarse sin efecto. Pero es insatisfactorio que el derecho penal de menores se muestre más restrictivo que el derecho penal de adultos en relación con la posibilidad de reducir la severidad del régimen de cumplimiento de las medidas de internamiento, especialmente cuando se trata de delitos que, si los hubiera cometido un adulto, no podrían castigarse con una pena de prisión que tuviera una duración superior a 5 años o que permiten la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario antes de haber cumplido la mitad de la condena.

#### **4. Valoración general del tratamiento de las agresiones sexuales cometidas por menores de edad**

Hasta aquí hemos analizado la STS 660/2025, Penal, de 9 de julio (ECLI:ES:TS:2025:3537), y las condiciones de cumplimiento de las medidas de internamiento desde la perspectiva del derecho vigente. No queremos terminar este comentario sin valorar muy brevemente el tratamiento de las agresiones sexuales cometidas por menores desde una perspectiva *de lege ferenda*.

Me parece que la eficacia preventiva general de la incoación de un proceso penal, de la imposición y de la ejecución de una pena, puede ser suficiente para justificar esta reacción del Estado, siempre que se respeten los principios de legalidad, humanidad, culpabilidad y proporcionalidad. También cuando quien delinque es un menor de edad. Esto comporta que, en los casos en los que son innecesarias para evitar que el menor vuelva a delinquir, la incoación del expediente, la imposición de una medida y su ejecución sólo estarán justificadas si la gravedad de esta reacción estatal es moderada y, en cambio, son significativas su eficacia preventiva y la gravedad de los delitos cometidos y que se intenta prevenir. Los problemas vienen al concretar este criterio general<sup>21</sup>. Creo que el legislador ha ido demasiado lejos. No es satisfactorio que todas las agresiones sexuales se consideren delitos graves, como consecuencia de la previsión en el art. 192.3 CP de penas de privación de la patria potestad o de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Además, me parece que el ámbito de aplicación de los arts. 18 y 19 LORPM es demasiado limitado, mientras que, por el contrario, el ámbito de aplicación del art. 10.2.b) LORPM es actualmente excesivo, no es

---

<sup>21</sup> Sobre lo que se dice a continuación, ver, más extensamente, CARDENAL MONTRAVETA, «El tratamiento de las agresiones sexuales más leves cometidas por menores», en LLABRÉS FUSTER / GILI PASCUAL et. al. (dirs.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Juan Carlos Carbonell Mateu*, 2025, pp. 217 ss.; EL MISMO AUTOR, RGDP, (42), 2024, pp. 14 ss.

satisfactoria la fórmula aquí utilizada para fijar la duración del «periodo de seguridad» y tampoco son satisfactorias las limitaciones que comporta, salvo que estas limitaciones y la relación de los arts. 7.2 y 10 LORPM se interpreten como aquí se propone. Tampoco son satisfactorias las consecuencias que los arts. 57 a 60 de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, vinculan a las condenas firmes por cualquier delito tipificado en el título VIII del Código Penal, aunque el autor sea un menor de edad<sup>22</sup>. Y también deberían dejarse sin efecto las prohibiciones que, mediante la reforma del art. 3.1 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, introdujo en relación con la mediación y la conciliación en supuestos de violencia sexual y de violencia de género.

## 5. Conclusiones

Me parece que es acertado entender que el art. 10.2.b) LORPM obliga a imponer una medida de internamiento en régimen cerrado al menor responsable de cualquiera de los delitos allí mencionados.

En cambio, no merecen una valoración positiva las reformas legislativas relacionadas con la responsabilidad penal de los menores de edad que, para satisfacer una función retributiva o de prevención general –y, por lo tanto, con independencia de si ello parece conveniente para evitar que el menor vuelva a delinquir– limitan la posibilidad de desistir de la incoación o de la continuación del expediente, obligan a imponer una medida de internamiento, asocian a la condena la limitación de otros derechos o limitan el recurso a la conciliación y a la mediación. Tampoco son satisfactorias las propuestas que, con la misma finalidad, interpretan la regulación vigente limitando la posibilidad de que el régimen de cumplimiento de las medidas de internamiento se ajuste a las necesidades de prevención especial. Por ello, entendemos que, como dispone el art. 7.2 LORPM con carácter general, también la medida internamiento que el art. 10 LORPM obliga a imponer constará de dos períodos y el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada. Ello no supone sustituir la medida de internamiento. Además, la regulación del «periodo de seguridad» previsto en el art. 10.2.b) LORPM debe interpretarse en el sentido de que no impide ajustar el régimen de cumplimiento de la medida de internamiento a las necesidades de prevención especial.

---

<sup>22</sup> Hasta su cancelación, los antecedentes penales impedirán el acceso y ejercicio de cualesquier profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con personas menores de edad.

## **Del error de prohibición ¿al dolo por presunción?**

***Comentario a la STS 535/2025, de 11 de junio, con voto particular***

Beatriz Goena Vives\*  
 Universitat Pompeu Fabra  
 beatriz.goena@upf.edu

### **1. Introducción**

Este comentario tiene por objeto la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), cuyo ponente fue Vicente Magro Servet. Dicha sentencia casa y anula la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (STSJCant) 279/2022, de 31 de octubre. En ella se condenaba a quien fuera Magistrado Titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Santander –Ilmo. Sr. D. «Juan Miguel», de acuerdo con la sentencia publicada en el fondo documental del CENDOJ– por un delito de prevaricación dolosa del art. 446.3 CP, que exige haber obrado «a sabiendas». Sin embargo, simultáneamente, se apreciaba un error de prohibición indirecto sobre los presupuestos de la causa de justificación de cumplimiento de un deber (art. 20.7 CP). En este escenario, el principal interés de la resolución del Alto Tribunal reside en *los límites del principio de imputación subjetiva y en sus particularidades respecto del delito de prevaricación*<sup>1</sup>.

En esencia, el caso procedente del TSJCant plantea al Tribunal Supremo un doble problema de partida: uno *sustantivo*, relativo a las múltiples cuestiones derivadas de si el delito de prevaricación dolosa admite la compatibilidad entre dolo y error sobre los presupuestos de una

\* Este trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación PID2023-1 47308NB-I00. Agradezco a mis compañeros/as las sugerencias que ayudaron a mejorar la versión inicial de este comentario, formuladas en el seminario de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona), el pasado 30.09.2025.

<sup>1</sup> Además, la STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), aborda otras muchas cuestiones de gran calado e interés sustantivo, pero solo remotamente conectadas con la problemática de imputación subjetiva en la que se centrará este comentario. Estas otras cuestiones colaterales podrían, en apretada síntesis, agruparse en tres bloques: (1) En primer lugar, *qué resoluciones con contenido decisorio pueden integrar la prevaricación*: frente a la tesis de “trámite inocuo”, el Tribunal califica el auto de 20/12/2018 como pieza clave y ubica el conjunto bajo unidad natural de acción, sin continuidad, aunque la condena no descance únicamente en ese auto (FJ 2º, pp. 7–15). (2) En segundo lugar, el impacto de la *pluralidad de resoluciones* objeto del proceso en el principio acusatorio y en la condena. Por un lado, en lo relativo la vulneración del principio acusatorio alegada por la defensa por la introducción de hechos nuevos, la STS apela al principio de unidad de acción (FJ 4º, pp. 19–21); respecto de las pretensiones acusatorias para una mayor pena, la STS descarta el delito continuado (FJ 10º–11º, pp. 38–41). (3) En tercer lugar, la respuesta a *otras pretensiones de la defensa*. Sobre la *independencia del tribunal a quo*, rechaza las causas de recusación invocadas y recuerda su carácter tasado (FJ 6º, pp. 21–23). Respecto del *materia de daño moral* en un delito contra la Administración de Justicia, remite al prudente arbitrio de la instancia (FJ 7º, pp. 24–26).

causa de justificación, así como su calificación como error de tipo o de prohibición (indirecto); y otro *probatorio*, referido a si los Hechos Probados permiten sostener la existencia de tal error. Sin embargo, a resultas de la discrepancia respecto del juicio de subsunción de la sentencia de instancia, en sede casacional surge un tercer problema, de naturaleza *procesal*, en torno a los límites del Tribunal *ad quem* para revisar los Hechos Probados y su valoración.

Ahora bien, antes de proceder a analizar estas cuestiones en profundidad, es preciso realizar una breve mención al contexto fáctico que precedió al procedimiento penal (1.1.), para después referir las claves de la condena en primera instancia (1.2) y en casación (1.3).

### **1.1. Contexto fáctico previo al procedimiento penal**

En su desempeño previo, el ahora condenado había intervenido con frecuencia en causas urbanísticas y en asuntos de contratación municipal, adoptando un perfil de juez especialmente atento a posibles irregularidades en la gestión pública. Su forma de ejercer el control judicial despertaba división de opiniones. Algunos la consideraban una muestra de independencia y rigor frente a posibles irregularidades; otros, una expresión de protagonismo y extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Su tendencia a promover de oficio actuaciones en materias sensibles reforzaba esa percepción ambivalente y lo convirtió en una figura controvertida en el ámbito local<sup>2</sup>. Pues bien, dicho trasfondo de tensión entre la vigilancia legítima y la extralimitación competencial constituye el escenario en el que debe entenderse la actuación judicial que el TSJCan, en primera instancia, y el TS, en sede casacional, calificaron de objetivamente injusta y perpetrada «a sabiendas» de tal injusticia.

### **1.2. Procedimiento ante el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria**

El 20 de diciembre de 2018, en el marco del Procedimiento Ordinario 29/2017, el Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Santander dictó un auto por el que requirió al Ayuntamiento de Castañeda «la documentación completa acreditativa de los contratos menores celebrados con los autores de los informes jurídicos y técnicos obrantes en el expediente administrativo». En los meses siguientes dictó varias resoluciones en la misma línea (11 de febrero, 1 y 25 de marzo y 15 de abril de 2019), amparándose en su propia interpretación de una disposición normativa relativa a la petición de diligencias de prueba<sup>3</sup>. Sin embargo, el procedimiento de origen tenía un objeto distinto y no guardaba relación directa con la legalidad de los contratos examinados. Lo cual parece sugerir que la motivación del el entonces Magistrado titular excedía a la de resolver el asunto encomendado a su jurisdicción. De hecho, según tiene por acreditada la posterior sentencia de instancia, la solicitud de información sobre los contratos y pagos del abogado que representaba al Ayuntamiento afectó directamente a su posición procesal, generando una tensión evidente entre su función profesional y la actividad jurisdiccional. En vista de ello, el letrado Sr. Marco Antonio presentó una queja ante el Colegio de la Abogacía de Cantabria, que fue estimada a su favor. La defensa, por su parte, sostuvo que

---

<sup>2</sup> Cfr. por ejemplo, la síntesis ofrecida en la prensa digital: [https://www.eldiario.es/cantabria/ultimas-noticias/supremo-condena-juez-lucho-corrupcion-urbanistica-cantabria-prevaricacion-judicial\\_1\\_12447885.html](https://www.eldiario.es/cantabria/ultimas-noticias/supremo-condena-juez-lucho-corrupcion-urbanistica-cantabria-prevaricacion-judicial_1_12447885.html) (última consulta: octubre de 2025).

<sup>3</sup> Cfr. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998), art. 60.1: «1. Solamente se podrá pedir el recibimiento del proceso a prueba por medio de otrosí, en los escritos de demanda y contestación y en los de alegaciones complementarias. En dichos escritos deberán expresarse en forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba y los medios de prueba que se propongan».

el Magistrado obró bajo la creencia de que actuaba en el marco de sus competencias y en cumplimiento de su deber jurisdiccional<sup>4</sup>.

En 2021, el referido conflicto derivó en una querella por prevaricación judicial dolosa del art. 446.3 CP, promovida por el letrado Marco Antonio como acusación particular. Esta fue respaldada por la acusación popular del Colegio de la Abogacía de Cantabria y por el Ministerio Fiscal, como acusación pública.

La Sala de lo Civil y Penal del TSJCan dictó sentencia el 31 de octubre de 2022 y condenó al Magistrado como autor de un único delito de prevaricación judicial dolosa del art. 446.3 CP<sup>5</sup>. La pena impuesta fue de seis meses de multa con cuota diaria de 15 €, cinco años de inhabilitación especial para el ejercicio de la función jurisdiccional con pérdida de cargo y honores y el pago de 5.000 € en concepto de daño moral a favor de la acusación, además de las costas procesales.

En relación con el tipo subjetivo, la sentencia afirma que el Juez conocía los límites del procedimiento y que, pese a ello, decidió de forma consciente adoptar una medida de oficio ajena a sus competencias. Sin embargo, *no cabe afirmar la concurrencia del dolo prevaricador si las afirmaciones de los Hechos Probados (entendidos en sentido formal) no se refieren a que el acusado tuviera conciencia de la injusticia de su actuación, sino únicamente que el Magistrado querellado conocía el contenido del procedimiento*<sup>6</sup>. Esta omisión hace que en la fundamentación jurídica aflore una clara tensión interpretativa: de un lado, la Sala atribuye responsabilidad a título doloso sobre la referida base probatoria de que el Magistrado dictó resoluciones injustas con conocimiento de su desviación del objeto procesal<sup>7</sup>; pero, de otro, reconoce expresamente que «no ha procedido en contra de su convicción; por el contrario, creía erróneamente actuar en el cumplimiento de su obligación profesional». Así, la sentencia de instancia sostiene de forma simultánea que el autor resolvió de forma deliberadamente injusta y que lo hizo en la creencia de estar cumpliendo con su deber como juez. Para salvar la contradicción que resulta de tal subsunción, el TSJCan ubica el error en el ámbito de la culpabilidad, como «error de prohibición indirecto», vinculado a la causa de justificación de cumplimiento de un deber (art. 20.7 CP)<sup>8</sup>. Ello le permitió mantener formalmente la condena a título doloso –en línea con las pretensiones de las acusaciones–, pero reducir la pena para adecuarla a la existencia de ese error que, paradójicamente, la propia sentencia consideró probado.

Frente a la sentencia del TSJCan 279/2022, de 31 de octubre, todas las partes interpusieron sendos recursos de casación. Como se expuso al inicio, ello derivó en la STS 535/2025, Penal, de

<sup>4</sup> De forma colateral, el ahora condenado intervino también en el Procedimiento de Ejecución de Títulos Judiciales 12/2015 (Ejecución Provisional 46/2019), en el que surgieron incidencias relativas a una posible falsedad documental en determinadas escrituras en las que figuraba el letrado Marco Antonio. El entonces magistrado acordó deducir testimonio al Ministerio Fiscal. Pese a que la acusación por prevaricación también incluyó las resoluciones dictadas por el ahora condenado en este procedimiento ejecutivo, el TSJ y el TS rechazaron que integrasen el núcleo prevaricador y tampoco admitieron su idoneidad a efectos de continuidad delictiva. Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 10.<sup>º</sup>, pp. 38–41; FJ 11.<sup>º</sup>, p. 41.

<sup>5</sup> Cfr. STSJCan 979/2022, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de octubre.

<sup>6</sup> En palabras de los autores del Voto Particular de la STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202): «Estos [los hechos probados], ciertamente, no dicen nada sobre el elemento subjetivo (el dolo o la conciencia de estar actuando de espaldas al derecho), pero muchas veces es innecesaria esa mención expresa en el relato pues se deduce sin más del contexto». Cfr. ATS 8252/2025, Penal, de 16 de septiembre (ECLI:ES:TS:2025:8252A), Voto Particular, p. 10.

<sup>7</sup> Cfr. STSJCan 979/2022, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de octubre, FD 8<sup>º</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. STSJCan 979/2022, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de octubre, FD 9<sup>º</sup>.

11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202) y, posteriormente, en el ATS 8252/2025, de 16 de septiembre de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:8252A), desestimatorio del incidente de nulidad presentado por la defensa del Magistrado contra el fallo casacional.

### 1.3. Procedimiento ante el Tribunal Supremo

a. *La STS 535/2025, Penal, de 11 de junio y el ATS 8252/2025, Penal, de 16 de septiembre de 2025*

La STS 535/2025 de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202) parte de que el delito de prevaricación judicial del art. 446.3 CP es incompatible con cualquier clase de error. A partir de esta premisa, la sentencia sostiene que existe base probatoria suficiente para apreciar dolo directo de primer grado. En cambio, rechaza la concurrencia de error alguno. Sobre esta base, casa y anula la resolución de instancia y dicta nueva sentencia que condena al Magistrado a doce meses de multa y diez años de inhabilitación especial (el doble que en la resolución del TSJCant)<sup>9</sup>. Tal decisión, adoptada por una ajustada mayoría de tres votos frente a dos (algo no demasiado frecuente en nuestro TS), dio lugar a un intenso debate, reflejado en el Voto Particular de los Magistrados Antonio del Moral y Leopoldo Puente<sup>10</sup>.

La opinión disidente coincide con la mayoría de la Sala en que no cabe compatibilidad entre prevaricación dolosa y error de prohibición. Por tanto, como ellos mismos refieren, su discrepancia no reside en el plano *sustantivo*, sino en la *respuesta procesal* dada en casación a la *incongruencia probatoria* de la resolución de instancia. En este sentido, los Magistrados firmantes del Voto Particular consideran que la Mayoría incurre en una ilegítima revaloración probatoria de los Hechos Probados, que condenan con significativa contundencia. En concreto, reprochan a la Sala que sustituya ilegítimamente la convicción del tribunal *a quo* sobre la concurrencia de un error en el acusado, por una pretendida conciencia indubitable de la antijuricidad en los términos del delito de prevaricación dolosa del art. 446.3 CP<sup>11</sup>. En este sentido, exigen respeto al *factum* y defienden la virtualidad heterointegrativa de los extremos fácticos favorables al reo en los Hechos Probados de la resolución de instancia<sup>12</sup>. Consideran que esta era incorrecta por incongruente en el juicio de subsunción, pero no irracional<sup>13</sup>. De modo que no procedía anularla y mucho menos dictar una nueva sentencia condenatoria con base en lo que consideran una «revaloración probatoria»<sup>14</sup>. Asimismo, rechazan una hipotética reconducción del caso a la prevaricación imprudente del art. 447 CP, con base en el derecho a ser informado de la acusación y en el principio acusatorio<sup>15</sup>. En consecuencia, los Magistrados disidentes proponen estimar el recurso de la defensa y absolver al condenado, por ser esta la única solución que entienden ajustada a los límites de la casación.

---

<sup>9</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), pp. 42-43.

<sup>10</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), Voto Particular, pp. 43-49.

<sup>11</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), Voto Particular, II, p. 43; IV, p. 44-45; y, especialmente, VI, pp. 45-46 y VII, pp. 46-48.

<sup>12</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), Voto Particular, IV, pp. 44-45.

<sup>13</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), Voto Particular, VIII, p. 48.

<sup>14</sup> Afirmación que luego matizan en el ATS 8252/2025, Penal, de 16 de septiembre (ECLI:ES:TS:2025:8252A), Voto Particular, p. 10, al afirmar que pudo ser «algo hiperbólica y, por ello, inexacta».

<sup>15</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), Voto Particular, IX, p. 49.

Frente a la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo, la defensa promovió un incidente de nulidad de actuaciones, en el que denunció la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Este fue desestimado mediante Auto del Tribunal Supremo (ATS) 8252/2025, de 16 de septiembre de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:8252A), con argumentos muy similares a los de la resolución recurrida<sup>16</sup>. En consecuencia, los Magistrados disidentes en casación presentaron un nuevo Voto Particular, en el que se ratifican en lo esencial de su discrepancia respecto de la sentencia casacional<sup>17</sup>. Por su parte, la defensa del Magistrado ha anunciado su intención de acudir al Tribunal Constitucional (TC) en amparo<sup>18</sup>.

*b. Principales interrogantes derivados de las resoluciones del Tribunal Supremo*

Como puede apreciarse, la controversia gira en torno a la atribución de responsabilidad por un delito de prevaricación dolosa, cuando la sentencia de instancia: (i) guarda silencio sobre el tipo subjetivo en el *factum* y, simultáneamente, (ii) sitúa en la fundamentación jurídica –no en los Hechos Probados– la convicción errónea del acusado respecto de la legalidad de su actuación. A primera vista, ello parecería sugerir que el núcleo del problema radica exclusivamente en determinar si debe prevalecer una lectura estrictamente formal del *factum* o una comprensión más amplia, que integre también los elementos fácticos afirmados en la fundamentación jurídica.

Ahora bien, dos factores adicionales contribuyen a «enredar» esta cuestión, ya de por sí compleja. Por un lado, la *falta de una clara delimitación entre elementos fácticos y normativos* en las sentencias de instancia y casacional. Por otro lado, el *limitado análisis de las particularidades del delito de prevaricación judicial en el plano de la imputación subjetiva*. En relación con esto último, como veremos más adelante (cfr. *infra*, 3), la sentencia de instancia parece seguir una concepción próxima a la «teoría estricta de la culpabilidad»<sup>19</sup> y admite la compatibilidad entre el dolo y una creencia errónea sobre los presupuestos de una causa de justificación (art. 14.3 CP). Por el contrario, tanto la Mayoría como el Voto Particular niegan esa posibilidad. Pero no lo hacen por adherirse a la llamada «teoría limitada del dolo» –que, de hecho, no sigue la jurisprudencia mayoritaria del TS<sup>20</sup>, sino por estimar que en el delito de prevaricación del art. 446.3 CP, la conciencia de la antijuridicidad integra el propio dolo<sup>21</sup>. Ello equivale, aunque no se exprese así

<sup>16</sup> Cfr. ATS 8252/2025, de 16 de septiembre de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:8252A), pp. 1-9.

<sup>17</sup> Cfr. ATS 8252/2025, de 16 de septiembre de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:8252A), Voto Particular, pp. 9-10. Si bien, en este caso, los Magistrados añaden expresamente que el proceder de la Mayoría viene prohibido por el art. 24 CE. Lo cual, aunque sucintamente afirmado, no es algo menor.

<sup>18</sup> Cfr., por ejemplo, noticia en la prensa digital, de 24 de septiembre de 2025): <https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/un-supremo-roto-en-su-decision-desestima-el-incidente-de-nulidad-del-juez-acayro-pese-al-contundente-voto-particular/> (última consulta: octubre de 2025)

<sup>19</sup> En esencia, para la «teoría estricta de la culpabilidad» el error sobre un presupuesto objetivo de una causa de justificación merece la calificación de error de prohibición. Es decir, se vería afectada la culpabilidad y no el dolo, pudiendo proceder a la condena por delito doloso. Por el contrario, la «teoría limitada del dolo» lo considera un error de tipo, excluyente de la tipicidad que conduciría o bien a una responsabilidad por imprudencia, o bien a la absolución –dependiendo de la vencibilidad del error y de la tipificación de una conducta imprudente. Sobre estas dos teorías, cfr. FAKHOURI GÓMEZ, «Teoría del dolo vs. Teoría de la culpabilidad. Un modelo para afrontar la problemática del error en Derecho penal», *InDret*, (4), 2009, pp. 1-29; más recientemente y criticando (con razón) lo confuso de tal denominación: PUENTE RODRÍGUEZ, *El error de prohibición en Derecho penal económico*, 2024, pp. 45 ss., ambos textos con abundantes referencias.

<sup>20</sup> Cfr. por ejemplo, STS 608/2019, Penal, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:3910). También citada en PUENTE RODRÍGUEZ, *El error de prohibición*, 2024, p. 46, nota 25.

<sup>21</sup> Así, por ejemplo, la STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), p. 17: «En cuanto al elemento subjetivo plasmado en la expresión “a sabiendas”, no es otra cosa que la inclusión expresa del dolo, en el sentido

en la sentencia del Alto Tribunal, a exigir un dolo reforzado (*dolus malus*) en el delito de prevaricación judicial que –como veremos–, haría innecesaria la distinción entre error de tipo y error de prohibición<sup>22</sup>.

De este modo, la resolución que ahora nos ocupa obliga a examinar, como mínimo, dos planos fuertemente interrelacionados. Primero, a *nivel sustantivo-dogmático*, la relación entre prevaricación judicial y error –de tipo o de prohibición–, por un lado; y entre prevaricación judicial y causas de justificación, por otro. Segundo, desde una *perspectiva procesal o de subsunción*, la incidencia de la eventual incompatibilidad entre dolo-error en las garantías del derecho de defensa. En concreto: i) si limitar el juicio de imputación subjetiva al *factum* formal, desatendiendo las constataciones fácticas de la fundamentación jurídica, erige una presunción ilegítima *contra reo*; ii) si es exigible que las dudas en la imputación subjetiva se resuelvan *pro reo*; y iii) si es viable la eventual reconducción del título de imputación a una modalidad imprudente, aun sin previa petición expresa de las acusaciones en tal sentido. A todo ello trataré de dar respuesta (sucintamente) en el presente comentario. Para ello, se ha dividido el análisis en dos partes: por un lado, el estudio del tipo subjetivo del delito de prevaricación judicial y de su prueba en el proceso penal (2); y, por otro lado, la relación entre prevaricación judicial dolosa, error y causas de justificación (3).

## **2. El tipo subjetivo del delito de prevaricación y su prueba en el proceso penal**

### **2.1. Punto de partida: la necesaria delimitación entre prevaricación dolosa (art. 446.3 CP) e imprudente (art. 447 CP)**

El delito de prevaricación judicial se regula en los arts. 446 y 447 CP, en sus modalidades dolosa e imprudente, respectivamente<sup>23</sup>.

En lo que respecta a la *prevaricación judicial dolosa*, el art. 446 CP<sup>24</sup> se divide en tres apartados, que gradúan la severidad del acto contrario a Derecho según su naturaleza y efectos. El apartado primero se refiere a la sentencia injusta contra reo en causa criminal, el segundo a la sentencia injusta en cualquier otro asunto contencioso, y el tercero –el que aquí interesa– extiende la punibilidad a «cualquier otra resolución injusta dictada a sabiendas» por juez o magistrado en asunto administrativo o procesal. En todas las modalidades, el tipo objetivo del art. 446 CP exige una resolución judicial «injusta», pero no necesariamente «arbitraria» –como sí ocurre en la prevaricación administrativa del art. 404 CP–. La injusticia ha de ser objetiva, patente y contraria al Derecho de forma evidente o sin apoyo razonable en la interpretación jurídica. En cuanto al

---

de que el autor debe tener plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta [...]. Aspecto con el que expresamente coincide el Voto Particular, al señalar en p. 46 que: «la ortodoxia de esta afirmación es total».

<sup>22</sup> Cfr. *infra*, 3.2.

<sup>23</sup> Cfr. recientemente TOSCANO TINOCO, *Prevaricación judicial: injusticia, dolo e imprudencia*, 2022, pp. 1 ss. Cfr. también, RAMOS TAPIA, *El delito de prevaricación judicial*, 2000, pp. 1 ss.; BENLLOCH PETIT, «Delitos contra la Administración de Justicia», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.) et al., *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 10.<sup>a</sup> ed., 2025, pp. 433-440; CANCIO MELIÀ, «Título XX. Delitos Contra la Administración de Justicia. Capítulo I: De la prevaricación», en CUERDA ARNAU (dir.)/RAGA I VIVES (coord.), *Comentarios al Código Penal*, t. II, 2023, §§ 2838-2851; TASENDE CALVO, «Aspectos controvertidos de la prevaricación judicial», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, (55), 2008, pp. 21-37.

<sup>24</sup> El art. 446 CP señala que prevarica: «El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta».

tipo subjetivo, se requiere que el autor actúe «a sabiendas» de dicha injusticia, esto es, con *conocimiento efectivo de la contradicción entre su decisión y el Derecho*. Se trata, por tanto, de un delito que requiere un *dolo reforzado*, en la medida en que recae sobre elementos normativos del tipo y exige una conciencia clara de la infracción jurídica.

Por su parte, el art. 447 CP<sup>25</sup> tipifica, de manera autónoma, la *prevaricación judicial imprudente*, para la que se exige que la resolución sea «manifiestamente injusta» y que el juez o magistrado incurra en una imprudencia grave o error inexcusable en el ejercicio de su función jurisdiccional, desapareciendo el elemento del conocimiento propio del dolo. De acuerdo con el sistema de *numerus clausus* de la imprudencia en el Código penal español, solo resultan punibles los supuestos de imprudencia grave, quedando fuera los casos leves o meramente negligentes.

En el presente caso, la conducta se subsume en el art. 446.3 CP, puesto que se enjuicia al Magistrado por su actuación en el marco de un procedimiento administrativo. En cuanto a la concurrencia del elemento objetivo, tanto la sentencia de instancia como la casacional entendieron que dichas resoluciones poseían contenido decisorio y virtualidad suficiente para integrar el tipo. La defensa, sin embargo, sostuvo que tales resoluciones no podían integrar el tipo, pues no comportaban una verdadera decisión de fondo, ni una injusticia material<sup>26</sup>. En cuanto al tipo subjetivo, que es lo que interesa en mayor medida al presente comentario, se debe analizar con detenimiento si puede afirmarse que el Magistrado actuó «a sabiendas» de la injusticia y si ello es compatible con el error. Sobre la primera cuestión, vinculada al dolo, se tratará en lo que sigue. En cambio, se reserva para el próximo epígrafe (3) lo relativo a la eventual existencia de un error de prohibición (3.1), su alcance (3.2), su viabilidad respecto del delito de prevaricación judicial en relación con las causas de justificación (3.4) y su posible reconducción al delito imprudente del art. 447 CP en sede casacional (3.5).

## **2.2. La discutida atribución de responsabilidad penal a título doloso en la sentencia casacional**

El Fundamento Jurídico 3º de la STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202) se centra en la prueba del tipo subjetivo del delito de prevaricación en la sentencia de instancia<sup>27</sup>. Esto es, si la STSJCant tuvo por acreditado de modo suficiente que el Magistrado dictó una resolución «injusta», «a sabiendas» de su contrariedad a Derecho. Frente a la tesis de la defensa de que las resoluciones dictadas por el Magistrado eran de contenido discrecional y carentes de móviles espurios, la Sala opone lo que denomina la «tesis objetiva de la prevaricación»<sup>28</sup>. En su virtud, la Mayoría entiende que «la determinación de la injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave objetiva la misma merezca tal calificación»<sup>29</sup>. De modo que «la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor»<sup>30</sup>. Así, «el elemento subjetivo, plasmado en la expresión “a sabiendas”, no es otra cosa que

<sup>25</sup> El art. 447 CP establece: «El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

<sup>26</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 2º, pp. 7-15.

<sup>27</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 3º, pp. 15-19.

<sup>28</sup> STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 3º, pp. 17-18. De acuerdo con el TS, esta vendría a oponerse a la «teoría subjetiva de la prevaricación», que únicamente tiene en cuenta la actitud o convicción del juez al resolver.

<sup>29</sup> STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 3º, p. 17.

<sup>30</sup> STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 3º, p. 18.

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»<sup>31</sup>.

Sobre esta base, la Mayoría entiende que, en el caso de autos, tal elemento subjetivo se infiere de la condición profesional del condenado –«el Juez es técnico en Derecho y un profundo conocedor del ordenamiento jurídico»<sup>32</sup>–, de su acreditado conocimiento del objeto del litigio y de la reiteración en adoptar decisiones ajenas a éste<sup>33</sup>. La conclusión que extrae la sentencia casacional, en línea con la sentencia de instancia, es que «el Ilmo. Sr. Magistrado querellado conocía plenamente cuál era el objeto del procedimiento sometido a su decisión [...] en correlación con las acertadas razones expuestas por el TSJ para la condena por prevaricación judicial»<sup>34</sup>.

Frente a ello, el Voto Particular considera que «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 en el nivel de certeza o motivaciones del acusado»<sup>35</sup>. Posteriormente, en el Voto Particular al ATS relativo al incidente de nulidad<sup>36</sup>, se ahonda en esta cuestión y se reprocha que en «un delito doloso de prevaricación judicial quizás esta omisión puede ser más trascendente y, por tanto, más censurable en tanto el tipo subjetivo adquiere una especial relevancia». De suerte que considerar implícito el dolo «en la aséptica descripción de la resolución» puede ser insuficiente.

Esta pugna entre Mayoría y Voto Particular en relación con el modo en el que debe acreditarse el elemento «a sabiendas» se enmarca en la frontera entre los límites de los legítimos juicios de inferencia en la atribución del dolo (*praesumptio hominis*), y las ilegítimas presunciones de conocimiento (*praesumptio doli*)<sup>37</sup>. Sobre ello se trata a continuación.

### **2.3. La distinción entre inferencias y presunciones como exigencia derivada del principio de imputación subjetiva**

#### *a. Premisas conceptuales de partida*

Las presunciones judiciales o juicios de inferencia constituyen un razonamiento probatorio mediante el cual el juez deduce la existencia de un hecho no probado directamente (hecho presumido) a partir de otro acreditado (hecho base), mediante la aplicación de máximas de experiencia o reglas de probabilidad empírica. Su estructura descansa, por tanto, en tres

<sup>31</sup> STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 3º, p. 18, con referencias a otras SSTS.

<sup>32</sup> STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 3º, p. 18. Más adelante, entremezclando con la argumentación relativa a la concurrencia o no de un error, el TS vuelve a insistir en esta premisa y señala 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». STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 8º, p. 31.

<sup>33</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 3º, pp. 17-19.

<sup>34</sup> STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 3º, pp. 18-19.

<sup>35</sup> STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), Voto Particular, VI, pp. 45-46.

<sup>36</sup> Cfr. ATS 8252/2025, Penal, de 16 de septiembre de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:8252A), Voto Particular, III, p. 10.

<sup>37</sup> Cfr. GOENA VIVES, *Los límites de la imputación subjetiva en Derecho penal. La strict liability y sus equivalentes*, 2025, pp.139 ss., 164 ss., 205 ss.

elementos: un hecho conocido, un hecho desconocido y un enlace lógico que permita inferir el segundo del primero<sup>38</sup>. Su especial idoneidad radica en que permiten acreditar elementos del tipo que rara vez admiten prueba directa, como el dolo o la imprudencia. En estos casos, el conocimiento o la voluntad del autor no pueden ser observados de manera inmediata, de modo que solo pueden reconstruirse mediante indicios, siempre que estos se basen en hechos suficientemente probados y en inferencias racionalmente justificadas.

Ahora bien, la calidad y el alcance de la inferencia presuntiva dependen directamente de la naturaleza de la máxima de experiencia aplicada. Cuando esta se basa en enunciados de carácter universal o en leyes científicas (lo que ocurre rara vez en el ámbito jurídico), la inferencia se aproxima a un razonamiento deductivo, capaz de generar certeza sobre el hecho presumido. No obstante, en la gran mayoría de los casos, las máximas de experiencia expresan relaciones de probabilidad entre el hecho conocido y el desconocido, lo que implica que el razonamiento presuntivo es de tipo inductivo<sup>39</sup>. En tales casos, la conclusión a la que llega el juez no puede considerarse segura, sino solamente probable y su grado de aceptabilidad dependerá de la calidad epistémica de la máxima aplicada. Por ello, el juzgador está obligado a evaluar cuidadosamente tanto el hecho base como la regla de inferencia utilizada, a fin de evitar decisiones apoyadas en generalizaciones débiles, sesgos o intuiciones no justificadas. De este modo, *la presunción simple no puede operar como una herramienta automática de imputación, sino que debe someterse al control de racionalidad que exige toda inferencia probatoria respetuosa del principio de presunción de inocencia*<sup>40</sup>.

A tal fin, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha establecido que las inferencias judiciales deben cumplir con ciertos requisitos mínimos, entre los que se encuentran la existencia de una conexión precisa y directa entre el hecho probado y la conclusión extraída y la prohibición de presunciones absolutas que excluyan la posibilidad de prueba en contrario<sup>41</sup>. Asimismo, Estrasburgo sostiene que, si bien las presunciones judiciales pueden operar como instrumentos procesales legítimos, su aplicación en materia penal no debe conducir a una inversión de la carga de la prueba que haga recaer sobre el acusado la obligación de probar su inocencia, sino que debe integrarse dentro de un análisis global de la prueba producida<sup>42</sup>.

Desde una aproximación todavía más estricta o restrictiva, *nuestro Tribunal Constitucional (TC) solo admite que una condena penal se sustente sobre prueba indiciaria si se respetan determinadas condiciones*, en línea con el derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 CE<sup>43</sup>. A saber: pluralidad de indicios plenamente acreditados, conexión racional

<sup>38</sup> Aquí sigo a quienes consideran que no puede admitirse un concepto unitario de presunción. Cfr. por ejemplo: TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2002, p. 471 ss.; GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*, 2010, pp. 123 ss.; GAMA LEYVA, «Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho continental», *Revista de Estudios de la Justicia*, (19), 2013, pp. 65-89, pp. 73 ss., con abundantes referencias a esta misma postura en nota 20. GÓMEZ RIVERO, «Presunciones y Derecho penal», *Revista Penal México*, (3), 2012, pp. 143-147, pp. 143 ss. (También en LH-VIVES Antón, v. 1, 2009, pp. 765 ss.); SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, 2012, pp. 84 ss.

<sup>39</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, 2025, 6/121 ss.

<sup>40</sup> Cfr. el análisis más detallado que hago de esta cuestión en: GOENA VIVES, *Los límites de la imputación subjetiva en Derecho penal*, 2025, pp.139 ss.

<sup>41</sup> Cfr. STEDH de 23 de julio de 2002, caso *Janosevic c. Suecia*.

<sup>42</sup> Cfr. STEDH de 7 de octubre de 1988, caso *Salabiaku c. Francia*.

<sup>43</sup> En la terminología del TC, esta «prueba por presunciones» no se refiere a las presunciones legales *stricto sensu*, sino a una operación racional de inferencia o deducción a partir de hechos plenamente acreditados, es decir, a lo

entre ellos y el hecho punible, valoración de hipótesis alternativas y motivación expresa del razonamiento judicial<sup>44</sup>. A diferencia del enfoque más pragmático del TEDH, la doctrina constitucional afirma el principio de culpabilidad como una exigencia material del delito y lo articula normativamente mediante el principio de imputación subjetiva. De este modo, *la responsabilidad penal debería considerarse inadmisible objetiva no solo si se basa en una presunción irrefutable en el proceso, sino también si tal presunción sustituye a la prueba del lado subjetivo del hecho o incluso al hecho mismo.*

En esta línea, por ejemplo, nuestro TS rechaza la posibilidad de una responsabilidad penal objetiva por el cargo. En concreto, y por lo que respecta al juicio de imputación subjetiva, el TS entiende que «habrá que apelar a las circunstancias de cada caso y de cada sujeto, sin que, por ello, sea suficiente acudir a estándares generalizadores [...]. Por ello, no es posible objetivar las conductas en cuanto a la exigencia del deber de examinar el propio deber según el Derecho»<sup>45</sup>. Es más: en la jurisprudencia del TS, el error en tanto que elemento impeditivo de la responsabilidad ha sido identificado con el desconocimiento y su vencibilidad con una *quaestio facti* sujeta a prueba por encima de toda duda razonable<sup>46</sup>. Sin embargo, estas exigencias se quiebran cuando se infiere un hecho sin que exista hecho base acreditado o cuando se recurre a las máximas equivocadas, sin que quepa deducir la conclusión de las premisas de partida. Así ocurre, de forma paradigmática, cuando se sustituye la prueba del conocimiento por la del deber de conocer para adscribir responsabilidad a título de dolo. Es decir, cuando se presume indebidamente el dolo en virtud del cargo o de la posición profesional del acusado. Sin embargo, tal proceder conduce a una suerte de *responsabilidad objetiva por el cargo que no es en absoluto admisible en nuestro ordenamiento jurídico, que exige dolo o imprudencia (arts. 5 y 10 CP)*<sup>47</sup>.

Pues bien, con los debidos respetos, el razonamiento de la sentencia del Alto Tribunal aquí comentada está más cercano a una presunción de conocimiento por el cargo que a un juicio de inferencia legítimo.

---

que doctrinalmente se denomina una presunción *hominis* o judicial. No se trata, por tanto, de aplicar una norma que traslada la carga de la prueba, sino de valorar indicios a través de máximas de experiencia para reconstruir un hecho no observado. Ahora bien, dado que de dicha operación puede depender la condena, el TC ha impuesto exigencias rigurosas para que dicha inferencia no vulnere la presunción de inocencia. Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, 2012, pp. 84 ss.

<sup>44</sup> STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), Voto Particular, II, p. 44.

<sup>45</sup> Referencia de la STS 535/2025, Penal, de 11 de junio, a la STS 607/2010, Penal, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2010:3322).

<sup>46</sup> Cfr. STS 204/2021, Penal, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:824): El TS distingue expresamente entre la *burden of production* (que, según entiende, recae en la defensa por razones «experienciales» más que dogmáticas o procesales) y la *persuasive burden*, que corresponde a la acusación. Ello hasta el punto de que las dudas sobre la existencia de un error deben resolverse en favor del acusado, «manejando parámetros que, si no son totalmente equiparables a la presunción de inocencia, sí que se le aproximan enlazando con el principio *in dubio*» (FJ 1º). Cfr. también SSTS 639/2016, Penal, de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3520) o 802/2016, Penal, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:2016:4655); 722/2020, Penal, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4491).

<sup>47</sup> Además de las referencias anteriores, cfr. el análisis más extenso que hago de esta cuestión en GOENA VIVES, «Imprudencia y responsabilidad objetiva de directivos de empresa: consideraciones desde la doctrina del “Responsible Corporate Officer”», *Política Criminal*, (20-39), 2025, pp. 34-76, con bibliografía de referencia que, por cuestiones de espacio, me permite no citar aquí. Texto disponible en: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992025000100034&lng=en&nrm=iso&tlnng=en](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992025000100034&lng=en&nrm=iso&tlnng=en) (última consulta: octubre de 2025).

b. *La prueba del lado subjetivo del hecho y los límites de la heterointegración*

Para inferir el conocimiento de la antijuricidad a partir de los Hechos Probados, la Mayoría de la Sala parte de dos premisas: 1) que las afirmaciones relativas a la existencia de un error en la sentencia de instancia no tienen capacidad de integrar los Hechos Probados; y 2) que los Hechos Probados son suficientes para acreditar el elemento «*a sabiendas*» exigido por el tipo de prevaricación dolosa. Sin embargo, ninguna de las dos premisas es del todo correcta y, por ende, el resultado no es una inferencia válida.

Como punto de partida, debe señalarse que la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo es favorable a considerar que *las afirmaciones fácticas beneficiosas para el reo que se hallen en la fundamentación jurídica de una sentencia sí tienen capacidad para integrar los Hechos Probados*. Así lo declaró el Alto Tribunal en la reciente STS 731/2025, Penal, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2025:731), dictada tan solo un día después de que se desestimara el incidente de nulidad mediante ATS 8252/2025, Penal, de 16 de septiembre (ECLI:ES:TS:2025:8252A). En dicha sentencia, el Tribunal Supremo responde al recurso presentado por un condenado que había resultado perjudicado por el recurso a la heterointegración por parte del Tribunal *ad quem* de elementos fácticos presentes en la fundamentación jurídica de la resolución *a quo*<sup>48</sup>. El TS parte de que se trata de una técnica de uso excepcional, cuyo abuso pone en riesgo el derecho del acusado a conocer con precisión el hecho por el que se le condena. Por ende, lo que debe primar es que el Hecho Probado sea «*autosuficiente*» y no dependa de operaciones reconstructivas *ex post*. Sobre esta base, la heterointegración es admisible si favorece a la defensa. Si perjudica al reo, solo lo será si completa elementos accesorios ya insinuados en el relato fáctico esencial mediante «*unidades mínimas de observación*», que no desplacen el núcleo histórico o sostengan los juicios de tipicidad y participación en lo añadido.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, no es el Tribunal *ad quem* quien procede a una heterointegración y esta no es contra reo. En cambio, es el propio Tribunal *a quo* quien aprecia el error de prohibición en la fundamentación jurídica y lo hace para favorecer al condenado. Por tanto, *el quid de la discusión no radica tanto en la virtualidad heterointegrativa de los elementos fácticos de la fundamentación jurídica, como en si faltó un Hecho Probado «autosuficiente» para afirmar la tipicidad de la conducta*. Es decir, antes de preguntarse por el valor de las afirmaciones en la fundamentación jurídica relativas al error, primero debe resolverse si del relato fáctico meramente formal de la sentencia de instancia puede tenerse por debidamente acreditado el elemento subjetivo «*a sabiendas*» que exige el delito de prevaricación judicial dolosa del art. 446.3 CP.

En opinión de la Mayoría, la respuesta es incontestablemente afirmativa. Como reflejan las frases transcritas en el epígrafe anterior (*supra*, 2.2), el Alto Tribunal deduce que el condenado actuó a sabiendas de la injusticia de su resolución a partir de dos aspectos descritos en los Hechos Probados: su condición de juez experto en Derecho y su conocimiento del objeto procesal. Asiste la razón a la Sala al insistir en que la sentencia mayoritaria no altera ni retuerce el *factum*<sup>49</sup>. Sin embargo, ninguno de estos dos elementos que la sentencia de instancia tiene por acreditados es

<sup>48</sup> Cfr. STS 731/2025, Penal, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2025:731) (ponente Hernández García), FJ 1-6, pp. 4-6.

<sup>49</sup> Cfr. ATS 8252/2025, Penal, de 16 de septiembre (ECLI:ES:TS:2025:8252A), pp. 5-8. Algo que también reconocen los propios Magistrados disidentes en el Voto Particular a dicha resolución (pp. 8-10), matizando en este punto su opinión inicial.

«autosuficiente» para sostener la tipicidad de la conducta. De ellos no se infiere el conocimiento de la antijuricidad requerido expresamente en el tipo penal y, parafraseando al Voto Particular, aquí la Mayoría sí hace alguna acrobacia para inferir el conocimiento de la antijuricidad. Sin embargo, *del hecho de ser Magistrado, conocer el objeto del proceso y dictar una resolución injusta no se deriva la conciencia respecto de la antijuricidad del propio proceder*. Por tanto, la Sala no infiere el conocimiento de la antijuricidad de una premisa válida. Lo presume a partir de la condición del acusado como técnico en Derecho y de la máxima *iura novit curia*, en clara contradicción con la propia jurisprudencia del TS en materia de prevaricación dolosa<sup>50</sup>. En efecto, unos Hechos Probados que no den por probado el conocimiento de la antijuricidad de modo indubitable no son un «núcleo fáctico cerrado»<sup>51</sup> que permita fundamentar el juicio de tipicidad. Especialmente, si se completan con afirmaciones posteriores que tienen por acreditado justo lo contrario.

Este problema supo identificarlo el Voto Particular y concluyó acertadamente que «no se presume la tipicidad de toda resolución judicial discutible o revocada y, a continuación, se indaga si el juez era consciente de ello o pudo haber evitado la equivocación [...]. Se presume que los jueces actúan en conciencia»<sup>52</sup>. Lo contrario equivaldría a sostener una inadmisible responsabilidad objetiva por el rol<sup>53</sup>.

Es más, aunque la jurisprudencia parece haber tomado el camino contrario, es preciso contextualizar la prueba de la imputación subjetiva incluso más que la de la imputación objetiva. Por un lado, se debe tomar en consideración si el tipo penal determina suficientemente qué debe ser cognitivamente accesible al autor para fundar la imputación subjetiva (esto es, la «función de llamada del tipo positivo»)<sup>54</sup>. Desde esta perspectiva, si lo entiendo bien, el error no puede concebirse únicamente como un fallo psicológico del autor, sino que también es una cuestión vinculada a la propia estructura del tipo: allí donde la «llamada» del tipo es débil o equívoca, el error debe operar en favor del autor –por ejemplo, en casos de duda razonable o interpretación controvertida–. Un error sobre este extremo no debería ser necesariamente inadmisible o irracional por el hecho de que el juez sea un técnico en Derecho. Allí donde la contradicción con el ordenamiento jurídico no sea absolutamente clara, debe respetarse el espacio de interpretación legítima que requiere la actividad de los integrantes del Poder Judicial<sup>55</sup>. Por otro lado, para operar de un modo respetuoso con el principio de imputación subjetiva como derivado

<sup>50</sup> Cfr., por ejemplo, STS 2338/2001, Penal, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2001:9695) consideró indicio demostrativo del dolo de prevaricación la alteración de las normas de reparto habituales en el tribunal para hacerse con la ponencia del caso. También, STS 806/2004, Penal, de 28 de junio (ECLI:ES:TS:2004:4520), en la que el indicio principal fue que Magistrado ponente no se abstuvo del conocimiento del asunto pese a ser amigo de la parte beneficiada por sus resoluciones.

<sup>51</sup> Cfr. STS 731/2025, Penal, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2025:731), ponente Hernández García, FJ 1-6, pp. 4-6.

<sup>52</sup> STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), Voto Particular, II, p. 44.

<sup>53</sup> Cfr. por ejemplo, CANCIO MELIÁ, en CUERDA ARNAU (dir.)/RAGA I VIVES (coord.), *Comentarios*, t. II, 2023, §§ 2839-2851: «(...) no puede presumirse el conocimiento típico, por mucho que jueces y magistrados tengan la obligación de conocer el ordenamiento jurídico. Por ello, como en cualquier otro ámbito, deberá acudirse a hechos de la realidad exterior que sean un indicio de la intención típica de torcer el Derecho» (§ 2841).

<sup>54</sup> Sobre la «función de llamada del tipo positivo» en relación con el error sobre los presupuestos de una causa de justificación, cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, «La función de llamada del tipo positivo en el error de los presupuestos de una causa de justificación», en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (coords.), *Un modelo integral de Derecho penal: Libro Homenaje a la profesora Miren Txu Corcoy Bidasolo*, 2022, pp. 787-797.

<sup>55</sup> Sobre el método de aplicación judicial de las leyes penales, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte General*, 2025, 6/26 ss.; 6/34 ss., pp. 453 ss. Sobre la independencia del juez y el delito de prevaricación, cfr. por ejemplo, CANCIO MELIÁ, en CUERDA ARNAU (dir.)/RAGA I VIVES (coord.), *Comentarios*, t. II, 2023, § 2839 s.

del principio de culpabilidad, debe atenderse a un modelo de sujeto más real que el del «hombre medio»<sup>56</sup>. Esto exige *personalizar* dicho estándar, otorgando validez adscriptiva a los factores empíricos<sup>57</sup>. Atender al sujeto como portador de un rol, pero también en tanto que «persona real»: con sesgos, debilidades, distracciones, experiencias y otros posibles condicionantes subjetivos<sup>58</sup>. Estos no tienen por qué ser irrelevantes, inadmisibles o inverosímiles por el mero hecho de darse en quien sea un agente cualificado<sup>59</sup>. Tampoco por acreditarse en el lugar equivocado de la resolución de instancia (un Tribunal mixto, que también dicta sentencias civiles, donde Hechos Probados y fundamentación jurídica a menudo aparecen entremezclados)<sup>60</sup>. De hecho, el propio TS propicia la heterointegración en casos en los que la probabilidad de formular el juicio de subsunción es evidente para cualquier lector<sup>61</sup>. Algo que claramente ocurría en este caso.

En efecto, en el supuesto que nos ocupa, la fundamentación jurídica de la STSJ Cantad admite una *hipótesis alternativa razonable* a la del dolo. Es cierto que lo hace equivocadamente, tratando de compatibilizar el dolo típico con el error exculpante. Pero no es eso lo que hace irrazonable la apreciación de un error, sino su incorrecta subsunción en sede de justificación y en el tipo doloso de prevaricación judicial. No pueden juntarse las hipótesis del dolo y del error en el delito de prevaricación judicial. Pero, por separado y en el caso que nos ocupa, cada una de dichas hipótesis sí constituye una alternativa razonable. En consecuencia, tal circunstancia ya sería suficiente para excluir la posibilidad de atribuir un dolo directo de primer grado de forma incontestable, en tanto que las dudas sobre el error deben resolverse *pro reo*<sup>62</sup>. A ello se añade que, en el supuesto aquí comentado, la tesis del error debería haber tenido más peso que la del dolo. En efecto, desde una perspectiva exclusivamente lógica o de metodología argumentativa, en este caso tienen más fuerza los hechos que permiten inferir un error (en la medida en que proceden directamente de

<sup>56</sup> Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 333 ss.; EL MISMO, «Atribución de responsabilidad en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva», *Revista de Derecho penal*, (1), 2002, pp. 201-232, p. 222.

<sup>57</sup> Si el Derecho penal debe regirse por el merecimiento del agente, no puede estandarizar los criterios de imputación hasta el punto de prescindir de indicadores ontológicos o fácticos como la posibilidad de conocimiento. Estos factores son normativamente relevantes, pues dotan de contenido a las categorías que integran la operación de imputación. Por eso, no puedo compartir planteamientos que permiten llegar a sostener lo contrario, como el de PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 637 ss., 682 ss. y 721 ss.

<sup>58</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, 2025, 1/70 ss. Desde una concepción volitiva del dolo: PÉREZ MANZANO, «Visibilizar el elemento volitivo del dolo, las máximas de experiencia y los sesgos: la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente en el caso del “zarandeo” al bebé», *InDret*, (3), 2025, Revista Crítica de Jurisprudencia Penal (número monográfico: Zarandeo de bebés, ¿dolo eventual o imprudencia? Comentario a la STS 1175/2024, de 20 de diciembre), pp. 624-631.

<sup>59</sup> Respecto del error de prohibición, además de las obras ya citadas, cfr. también la argumentación en: CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, 2012, pp. 185 ss.

<sup>60</sup> A diferencia de la sentencia penal –que, conforme al art. 248.3 LOPJ y al art. 142 LEcrim, distingue entre *Hechos probados* y *Fundamentos de Derecho*–, la sentencia civil se estructura en *Antecedentes de hecho* y *Fundamentos de Derecho* (art. 209.2 LEC). Mientras que los Hechos probados penales tienen un valor delimitador, los Antecedentes de hecho civiles son descriptivos o contextuales. Por tanto, en sede civil, la exposición y valoración fáctica suele aparecer entrelazada con la argumentación jurídica. En consecuencia, no es descartable que la Sala de lo Civil y Penal de un TSJ pudiera haber otorgado (equivocadamente) menor relevancia a la ubicación de los hechos en la Fundamentación jurídica –error que la STS 731/2025 (ECLI:ES:TS:2025:731) ha querido remarcar como grave, pero insuficiente para excluir *per se* lo que cualquier lector consideraría un hecho acreditado y, por tanto, evidente.

<sup>61</sup> Cfr. STS 731/2025, Penal, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2025:731), FJ 4, p. 5, con referencia a la STS 859/2013, Penal, de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5655).

<sup>62</sup> Cfr. *supra* referencia a la STS 204/2021, Penal, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:824) en nota 46.

las declaraciones del propio acusado y la sentencia de instancia tiene por acreditados)<sup>63</sup>, que los hechos con los que la Mayoría trata de inferir el conocimiento (también probados, pero algo neutros y desconectados en la sentencia de instancia del requisito «*a sabiendas*»)<sup>64</sup>. Sin embargo, con los debidos respetos, al invertir el orden que debe seguir cualquier razonamiento inferencial legítimo y proceder de forma inductiva respecto del elemento subjetivo, el razonamiento mayoritario incurre en una presunción de conocimiento incompatible con el principio de culpabilidad. El hilo argumental de la fundamentación jurídica de la sentencia que nos ocupa parece olvidar que primero va la *imputatio facti*, luego la *applicatio legis ad factum* y en último lugar, la *imputatio iuris*<sup>65</sup>.

Si quería atribuir dolo sin conocimiento, la Sala podría haberse acogido a las concepciones más normativas del dolo y separar expresamente la atribución de responsabilidad a título doloso de la prueba del conocimiento, con base en otras premisas de partida (vgr. la cognoscibilidad derivada de las propias competencias y del contexto fáctico)<sup>66</sup>. Ahora bien, si –como parece ser el caso– la Sala opta por la línea jurisprudencial mayoritaria en el TS de vincular el conocimiento al dolo, entonces la inferencia de la sentencia casacional es presuntiva y *contra reo*. Por tanto, lo procedente en este caso era, como sostiene el Voto Particular, considerar que tan hechos son los de la fundamentación jurídica como los de los Hechos Probados en sentido formal. Pero, incluso si se entendiera que no cabe heterointegración alguna, los Hechos Probados no parecen autosuficientes para afirmar la tipicidad. Lo cual, en uno y otro caso, impediría una condena por prevaricación dolosa.

Nótese que lo anterior no equivale a defender la «tesis subjetiva de la prevaricación»<sup>67</sup>, fuertemente rechazada en la sentencia que aquí se comenta<sup>68</sup>. Ciertamente, la discusión sobre el papel de los motivos en el juicio de imputación no carece de importancia y tampoco de interés.

<sup>63</sup> Contrariamente a lo que sostiene la STS, la actitud del condenado en el procedimiento no fue pasiva. No es posible detenerse aquí en la problemática de la valoración del silencio del acusado y en si la doctrina de la carga de alegación razonable relativa a las eximentes es exigible en materia de dolo sin vulnerar con ello el principio del *nemo tenetur*. Pero sí cabe mencionar que el razonamiento del Voto Particular es el más garantista con el reo y el más acorde con la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo de resolver *favor rei* las dudas respecto del lado subjetivo del hecho. Cfr. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, «La valoración del derecho a guardar silencio en el proceso penal según la jurisprudencia nacional y europea», *Revista de Estudios Europeos*, (1), 2017, pp. 46-64, con referencias.

<sup>64</sup> Coincido aquí con PAREDES CASTAÑÓN en su crítica a las «inferencias tradicionales». Cfr. recientemente: PAREDES CASTAÑÓN, «Dolo, imprudencia y zarandeo de bebés. Comentario a la STS 1175/2024, de 20 de diciembre», *InDret*, (3), 2025, Revista Crítica de Jurisprudencia Penal (número monográfico: Zarandeo de bebés, ¿dolo eventual o imprudencia? Comentario a la STS 1175/2024, de 20 de diciembre), pp. 645-660.

<sup>65</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y Teoría del delito la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, 2008, pp. 1 ss.

<sup>66</sup> Aunque –al menos por el momento– no suscribo la tesis de las llamadas «teorías normativistas del dolo», no son pocos los autores que han presentado interesantes y sólidas propuestas orientadas a desvincular el dolo del conocimiento. Lejos de propugnar una suerte de responsabilidad por el cargo, normalmente son construcciones doctrinales que desarrollan todo un aparato teórico con el que proceder legítimamente a la atribución del dolo. Sin que sea posible aquí citar a todos los representantes de esta corriente, me limitaré a citar las recientes reflexiones de dos de estos autores a propósito de un mismo caso en el que la prueba del conocimiento era sumamente compleja. Cfr. PÉREZ BARBERÁ, «Dolo, imprudencia y zarandeo de bebés», y ROCCASALVO, «El (impulsivo) zarandeo de bebés: ¿dolo o imprudencia?» ambos en PÉREZ MANZANO, PAREDES CASTAÑÓN, PÉREZ BARBERÁ Y ROCCASALVO, «Revista Crítica de Jurisprudencia Penal: Zarandeo de bebés, ¿dolo eventual o imprudencia? Número monográfico: Comentario a la STS 1175/2024, de 20 de diciembre», *InDret*, (3), 2025, pp. 623-689.

<sup>67</sup> Interesante la reflexión en relación con esta tesis de: ROJAS, «Sobre el contenido de injusto de la prevaricación judicial», *Revista chilena de derecho*, (48-2), 2021, pp. 53-78.

<sup>68</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 3º, pp. 17-18.

Ya sea por la eventual capacidad de los motivos para agravar el hecho, integrar el dolo (teorías volitivas) o modificar el juicio de culpabilidad. Pero, sin poder entrar ahora a esta cuestión, sí puede afirmarse lo siguiente: incluso admitiendo que los motivos debieran quedar fuera de toda consideración, la realidad es que del *factum* no se desprende la concurrencia de estar actuando de espaldas al Derecho «a sabiendas». Especialmente, a la vista de que el delito de prevaricación judicial exige un *dolo fuerte* o dolo directo de primer grado, integrado simultáneamente por la representación del riesgo no permitido y la conciencia de la antijuridicidad (cfr. *supra*, 2.1). Ello no solo es relevante a los efectos de valorar si procede la imputación a título doloso. Sino también, como se verá a continuación, a efectos de valorar la compatibilidad entre dicho título de imputación y el error de prohibición.

### **3. Sobre la relación entre prevaricación judicial dolosa, error y causas de justificación**

#### **3.1. Punto de partida: el problemático razonamiento de la STS 235/2025, Penal, de 11 de junio**

En su recurso de casación, la defensa sostuvo que el juez había incurrido en un error de hecho y, subsidiariamente, imprudencia no grave, sin alcanzar el mínimo exigido por la prevaricación judicial imprudente del art. 447 CP. El Tribunal Supremo, sin embargo, rechaza de plano ambas alegaciones, afirmando que no concurre ni error de tipo ni error de prohibición<sup>69</sup>. Al hacerlo, asume los argumentos de la acusación pública y del Ministerio Fiscal, que insistían en que el acusado conocía perfectamente los límites de sus competencias y, pese a ello, decidió apartarse conscientemente de ellos. La sentencia aprovecha este punto para abordar, de manera más amplia, la cuestión del desconocimiento judicial sobre la antijuridicidad de la propia actuación.

En efecto, a lo largo del Fundamento Jurídico 8º de la sentencia casacional, a propósito de la discusión sobre la incorrección de la aplicación del error de prohibición en la sentencia de instancia, se abordan ulteriores cuestiones relativas al desconocimiento judicial respecto de la contrariedad a Derecho de la propia actuación. El TS comienza recordando los criterios del TSJ Cant para apreciar un error de prohibición vencible sobre los presupuestos fácticos de la causa de justificación de cumplimiento de un deber<sup>70</sup>, para ofrecer después su propio razonamiento sobre por qué no procede apreciar ni tal error de prohibición, ni el error de tipo alegado por la defensa en su recurso de casación<sup>71</sup>. La argumentación del Alto Tribunal, en esencia, denuncia una doble incongruencia en la sentencia de instancia. Primero, por apreciar un error de prohibición sin base probatoria suficiente en el apartado de Hechos Probados, ni haberlo argumentado<sup>72</sup>. Segundo, por tratar de compatibilizar tal error de prohibición con el dolo previamente atribuido, pese a ser elementos incompatibles<sup>73</sup>. Para ello, la Sala distingue entre el error de tipo y de prohibición (desde una perspectiva conceptual y de tratamiento legal) y detalla cuáles son los requisitos probatorios del error (de tipo y de prohibición). Posteriormente,

<sup>69</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 5º, p. 21.

<sup>70</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 8º, pp. 29-30. Cfr. también, STSJ Cant 979/2022, Sala de lo Civil y Penal, de 31 de octubre, FD 9º.

<sup>71</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 8º, pp. 30-38.

<sup>72</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 8º, p. 38.

<sup>73</sup> Así, por ejemplo, afirma la Sala que: «o se prevarica dolosamente dictando a sabiendas resolución injusta, o se prevarica culposamente por haber dictado esa resolución por negligencia o ignorancia inexcusables [...]» Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 8º, p. 31.

denuncia la incorrección de la resolución del Tribunal *a quo*, por apreciar un error de prohibición indirecto de forma simultánea a un delito doloso.

Sin embargo, el Alto Tribunal no se limita a sostener la incompatibilidad entre el error y el dolo prevaricador. Además, se permite rechazar las afirmaciones de la STSJ Cant 279/2022, de 31 de octubre, relativas a la concurrencia de una conciencia errónea en el acusado. Así, en palabras del TS, la sentencia de instancia estaría equivocada porque «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 [...]»<sup>74</sup>; «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 [...]»<sup>75</sup>; «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 [...]»<sup>76</sup>; y «No existió creencia equívoca de actuar conforme al Derecho, sino conciencia de utilizarlo arbitrariamente»<sup>77</sup>.

Del mismo modo, dictamina que «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 legítimo de un derecho»<sup>78</sup>. Además se aventura a valorar que la motivación del tribunal de instancia para apreciar un error de prohibición habría sido exclusivamente la de otorgar un tratamiento penológico más benigno al condenado, mediante la «aplicación voluntaria de una cláusula de individualización de la pena»<sup>79</sup>. Asimismo, estimando el recurso de las acusaciones, sostiene que el acusado mantuvo una actitud pasiva durante el juicio y que ello impediría apreciar de oficio o *ex novo* el error de prohibición<sup>80</sup>. La Mayoría concluye que «ha de apreciarse en la conducta enjuiciada, dolo directo de primer grado»<sup>81</sup>.

Frente a este razonamiento, el Voto Particular denuncia que la sentencia mayoritaria incurre en una suerte de «salto acrobático, alterando la apreciación probatoria acogida por la sentencia». Así, considera que al rechazar las aseveraciones fácticas de la fundamentación jurídica que favorecen al reo, la Sala obvia que también estas son hechos probados y «revalora la prueba (aunque sin examinarla [...]) para convalidar otra hipótesis sobre el estado subjetivo del juez», que es la más perjudicial para el reo entre las dos posibles<sup>82</sup>. Por el contrario, a juicio de los Magistrados disidentes, las estimaciones probatorias incongruentes de la sentencia de instancia deberían haber conducido o a solicitar una aclaración o, a la vista de cómo se articularon los recursos de las acusaciones en este caso concreto, a inclinar la balanza en favor del condenado (*in dubio pro reo*).

---

<sup>74</sup> STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 8º, p. 30.

<sup>75</sup> STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 8º, p. 31.

<sup>76</sup> STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 8º, p. 31.

<sup>77</sup> STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 8º, p. 32.

<sup>78</sup> STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 8º, p. 31.

<sup>79</sup> STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 8º, p. 38.

<sup>80</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 8º, p. 38 y FJ 9º, p. 38.

<sup>81</sup> STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 8º, p. 37.

<sup>82</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), Voto Particular, IV, pp. 44-45.

### **3.2. La delimitación entre error de tipo y error de prohibición en el delito de prevaricación judicial**

#### *a. Régimen del error en el Código Penal español (arts. 14.1 y 14.3 CP)*

La determinación de qué errores excluyen el dolo requiere partir de la distinción clásica entre error *facti* (de hecho) y error *iuris* (de derecho). El primero recae sobre datos empíricos o sobre reglas sociales de atribución de sentido y valoración (*culpa facti*); el segundo, sobre el significado o la valoración jurídica de la conducta, en particular sobre su carácter prohibido (*culpa iuris*).

El Código Penal español regula el error en los arts. 14.1 y 14.3 CP: el primero se refiere al error de tipo (*error facti*) y el segundo al error de prohibición (*error iuris*). Dentro del error de tipo, el art. 14.1 CP distingue entre el error de tipo invencible –que excluye el dolo y la imprudencia– y el vencible –que excluye el dolo, pero puede dar lugar a responsabilidad imprudente si el tipo lo prevé expresamente–. Ello implica que los supuestos de *culpa facti* solo son punibles si existe un tipo imprudente expresamente previsto (*numerus clausus* de la imprudencia). Por su parte, el art. 14.3 CP regula el error de prohibición y dispone que la *culpa iuris* invencible excluye la responsabilidad, mientras que el vencible solo la atenúa. En cualquier caso, y pese a lo que parece sugerir la sentencia mayoritaria, *no estamos ante circunstancias atenuantes de la punibilidad<sup>83</sup>, más o menos discrecionales en la aplicación judicial<sup>84</sup>*. Se trata de reglas prescriptivas del legislador sobre el tratamiento de la culpabilidad del acusado. De suerte que ignorarlas supone, no solo una vulneración de a tutela judicial efectiva (art. 24 CE), sino también del principio de Legalidad.

Por su parte, desde el punto de vista dogmático, existe acuerdo en que el error de tipo excluye el dolo, pues impide la representación de los elementos del tipo. En cambio, su alcance u objeto sí es objeto de discusión. Un primer sector restringe el error de tipo a los errores sobre hechos empíricos, excluyendo los que recaen sobre normas o valoraciones jurídicas. Un segundo grupo amplía el concepto para incluir los errores sobre «reglas sociales de sentido», aunque no los de valoración. Finalmente, una posición más amplia, sostiene que todos los errores que afectan a la representación del sujeto acerca de los elementos del tipo, incluidos los normativos, excluyen el dolo<sup>85</sup>.

Tal cuestión es de suma importancia para determinar cuál es la calificación (y el tratamiento) que merece el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación<sup>86</sup>. Un debate que, en el caso que ahora se comenta, subyace principalmente a la discrepancia entre la STSJ Cant

<sup>83</sup> De hecho, como acertadamente pone de manifiesto el Voto Particular, no cabe sostener que la instancia recurrió al error de prohibición como estrategia punitiva más benigna. Lo relevante en el delito de prevaricación es la pena de inhabilitación y la dimensión afflictiva de cinco años de condena es, ciertamente, considerable. Cfr. FAKHOURI GÓMEZ, *InDret*, (4), 2009, pp. 1 ss.; Además, cfr. estas dos críticas más recientes al tratamiento penológico diferenciado al error de tipo y al de prohibición en el art. 14.3 CP, ambas con referencias a la doctrina más autorizada: SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, 2025, 13/21 ss., 18/103 ss. y 25/1 ss.; PUENTE RODRÍGUEZ, *El error de prohibición*, 2024, pp. 37 ss., 60 ss.

<sup>84</sup> Así, señala la STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 8º, p. 38 que la apreciación del error en la sentencia de instancia: «[...] solo puede ser tenida como la aplicación voluntaria de una cláusula de individualización de la pena, reduciendo en un grado la penalidad procedente [...].»

<sup>85</sup> Sobre ello, en detalle, cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*, 2008, pp. 1 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, 2025, 13/18 ss.; PUENTE RODRÍGUEZ, *El error de prohibición*, 2024, pp. 37 ss., con referencias.

<sup>86</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, 2025, 18/103 ss. En concreto: sobre el debate doctrinal en cuanto a su calificación, 13/21 ss. y, especialmente, 18/108 ss. (sobre sus límites: 18/106 ss.; Sobre los presupuestos normativos: 18/104 ss.; y en relación con el sistema *numerus clausus* en la imprudencia: 18/114 ss.).

279/2022, de 31 de octubre, y la defensa del acusado. Si se entiende como error de tipo, el supuesto se rige por el art. 14.1 CP: el error invencible excluye el dolo y la imprudencia, mientras que el vencible solo permite castigar si existe delito imprudente expresamente previsto. Si, por el contrario, se califica como error de prohibición, entra en el ámbito del art. 14.3 CP, de modo que el error vencible no excluye el dolo, sino que únicamente atenúa la pena<sup>87</sup>. Por ende –y aunque aquí se entiende que resulta más coherente tratar el error sobre las causas de justificación como error de tipo– no puede considerarse una cuestión pacífica. Para muchos tipos penales, ambas soluciones son defendibles. No obstante, como se analizará seguidamente, este debate pierde sentido en el contexto del error sobre la concurrencia de una causa de justificación en el delito de prevaricación judicial.

b. *La incompatibilidad entre el delito de prevaricación dolosa y el error*

Como se explicó anteriormente (cfr. *supra*, 2.1), el tipo doloso de prevaricación judicial exige indiscutiblemente la concurrencia de un dolo fuerte o *dolus malus*, pues el conocimiento de la injusticia de la resolución (elemento normativo) integra la representación del riesgo típico (elemento fáctico)<sup>88</sup>. Pues bien, esta particularidad del *dolo prevaricador* se refleja –a su vez y en tanto que su concepto antitético–, en el error de tipo excluyente de tal dolo prevaricador. Así, el error de tipo en la prevaricación judicial abarca supuestos de error sobre el riesgo (elemento fáctico), pero también sobre la injusticia y sobre la existencia de un deber jurídico de actuar conforme a Derecho (elementos normativos). Se trata de una cuestión crucial en relación con el (criticado) distinto tratamiento que el art. 14 CP proporciona al error de tipo y al de prohibición. Aunque válido para la generalidad de los delitos, en el caso de la prevaricación judicial se convierte, sencillamente, en impracticable. Frente a un error solo cabría o absolver o, si fuera vencible, valorar su eventual subsunción en el tipo de prevaricación imprudente del art. 447 CP. Por ende, *aunque la discusión sobre el error de los presupuestos de una causa de justificación pueda estar razonablemente abierta respecto de otros delitos, en el caso concreto de la prevaricación judicial es el propio legislador el que la ha cerrado: es un error de tipo (negativo), incompatible con el «a sabiendas» que figura en la redacción legal del art. 446.3 CP.*

Pues bien: de lo anterior ya puede extraerse una primera consecuencia: la STSJ Cant 979/2022, de 31 de octubre, se equivocó al entender que el delito de prevaricación judicial dolosa es compatible con un error de prohibición que, *ex art.* 14.3 CP, atenúa la pena del delito doloso. Como sugiere el Voto Particular, probablemente, alcanzó esta conclusión por manejar un concepto equivocado de dolo para el delito de prevaricación<sup>89</sup>. Pero la única opción sustantivamente correcta es la que expresamente acoge el Voto Particular (haciéndose eco de la tesis de la defensa): en el delito de prevaricación, dolo y error son incompatibles porque este último es, en todo caso, de tipo<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Sobre el fundamento de esta posición, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, 2025, 13/21 ss. y 25/1 ss. Sin embargo, la doctrina mayoritaria sostiene que el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación es error de tipo (negativo), puesto que incide directamente en la representación del sujeto acerca de los elementos que excluyen la antijuridicidad. De este modo, el error sobre la concurrencia de una causa de justificación solo puede generar responsabilidad imprudente si el tipo lo prevé, quedando sometido al principio de *numerus clausus* de la imprudencia. Esta solución evita ampliar indebidamente la punibilidad mediante la vía del error de prohibición vencible, que en la práctica extiende el ámbito del dolo más allá de los límites legítimos de la culpabilidad.

<sup>88</sup> Cfr., sin embargo, TOSCANO TINOCO, *Prevaricación judicial*, 2022, pp. 1 ss.

<sup>89</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), Voto Particular, IV, p. 45.

<sup>90</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), Voto Particular, II, p. 43; III, p. 44; IV, pp. 44-45.

Por su parte, la STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202) no llega a pronunciarse sobre la calificación que merecen los errores en el delito de prevaricación judicial. En esencia, se limita a afirmar la incompatibilidad entre prevaricación y error. Y como solo considera acreditado lo primero, inclina la balanza en favor de la prevaricación judicial dolosa, sin entrar a lo segundo. Sin embargo, una lectura más detallada del razonamiento del fallo mayoritario pone de manifiesto que la incompatibilidad que la STS aprecia entre prevaricación judicial dolosa y error va más allá de lo probatorio<sup>91</sup>. En efecto, la resolución parece extender dicho antagonismo a dos aspectos sustantivos. En primer lugar, en opinión de la Mayoría, el delito de prevaricación no admite causas de justificación<sup>92</sup> y de ello se infiere que tampoco admitiría un error relevante sobre estas. Por ello, se echa en falta que los Magistrados disidentes se pronuncien sobre: (i) si el delito de prevaricación judicial admite la concurrencia de una causa de justificación; y (ii) en caso afirmativo, cuál debería ser su tratamiento: irrelevante (como parece sostener la Mayoría), imprudencia grave del art. 447 CP o fuente de atipicidad de la conducta.

En segundo lugar, la Mayoría parece eliminar la posibilidad de error relevante alguno en el ámbito de la prevaricación judicial. En sus generalizadoras afirmaciones sobre los conocimientos jurídicos de los jueces –dicho sea respetuosamente–, parece adscribir la tesis de que no cabe que los jueces se equivoquen (!). Lo cual, en el fondo, trasluce una convicción de que, como mínimo en el delito de prevaricación judicial, cualquier *culpa iuris* (*criminalis* y *non criminalis*) no impide afirmar el dolo (incluso directo de primer grado)<sup>93</sup>. Por tanto, para la Mayoría del TS hay una triple incompatibilidad: (i) entre prevaricación judicial dolosa y error; (ii) entre prevaricación judicial y causas de justificación; y (iii) entre error y cargo de Juez. La primera asunción, de acuerdo con lo argumentado aquí, es correcta. Sin embargo, como se mostrará a continuación, ninguna de estas dos últimas pretendidas incompatibilidades adicionales es incontestablemente acertada.

### **3.3. ¿Alcanza la incompatibilidad entre el error y la prevaricación judicial dolosa a las causas de justificación?**

Resulta difícil concebir que quien dicta conscientemente una resolución injusta pueda actuar «en cumplimiento de un deber» (art. 20.7 CP). La propia resolución que aquí se comenta reafirma este planteamiento. El Voto Particular, por su parte, guarda silencio sobre este extremo.

Sin embargo, *una incompatibilidad absoluta entre prevaricación judicial y causas de justificación es discutible, en función de las premisas de las que se parta*. En primer lugar, por lo que se refiere a la causa de justificación de cumplimiento de un deber, el art. 20.7 CP no limita su ámbito de aplicación a determinados funcionarios. Por tanto, podría extenderse a los jueces –al menos hipotéticamente– siempre que su actuación responda al cumplimiento de un deber jurídico específico. En este sentido, sorprende que la STSJ Cant 279/2022, de 31 de octubre, aprecie error

<sup>91</sup> Lo cual, en este punto, me lleva a discrepar ligeramente del Voto Particular: si entiendo bien, la Mayoría ha descartado el error no solo por sostener una tesis formalista respecto del *factum*. Como mínimo, el redactado de la sentencia (desconozco si en Sala se partió de otras premisas), sugiere también razones de naturaleza dogmática o sustantiva.

<sup>92</sup> Muy claramente: STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 8º, p. 31: «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 [...]».

<sup>93</sup> Sobre el concepto de *culpa iuris non criminalis* y la discusión dogmática en torno a si debe permitir apreciar un error, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, 2025, 13/22 ss., con referencias.

respecto de tal causa de justificación y, sin embargo, no parezca hacer mención alguna al deber específico en el que el Magistrado creería estar amparándose (la STS, al menos, no lo refiere). Así, por ejemplo, en el momento de los hechos podría plantearse el proceder del Magistrado en el contexto del deber de denuncia regulado en el art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o del deber de perseguir delitos derivado del art. 408 CP<sup>94</sup>. Pero ni el tribunal *a quo* ni el órgano *ad quem* dan respuesta suficiente a los interrogantes que suscita el cumplimiento de un deber – como causa de exclusión de la tipicidad o causa de exclusión de la antijuricidación (si es que cabe hacer tal distinción)– en relación con el delito de prevaricación judicial del art. 446.3 CP y el art. 20.7 CP.

En esta línea, y aunque nada diga la sentencia de instancia, aún es más discutible la posibilidad de que el actuar de un juez pudiera quedar amparado por la causa de justificación del estado de necesidad (art. 20.5 CP). El tenor literal de dicho precepto no lo impide y, en determinados supuestos, el juez puede encontrarse ante un conflicto entre dos bienes jurídicos o deberes institucionales incompatibles, viéndose obligado a optar por el mal menor. En tales contextos, la frontera entre la infracción procesal y la resolución injusta se vuelve difusa: el juez no actuaría necesariamente con dolo de injusticia, sino en el marco de una colisión de deberes institucionales. ¿Cabría plantear en estos casos una justificación análoga al estado de necesidad?<sup>95</sup> Esta pregunta no es atendible para quienes sostienen que la prevaricación judicial es un delito de infracción de deber, cuya antijuricidación se configura de modo muy particular: el juez no tiene un «derecho» a actuar contra Derecho, de modo que no cabe hablar de una colisión de deberes justificante ni de ejercicio legítimo de un derecho<sup>96</sup>. Sin embargo, otros planteamientos no niegan esta posibilidad en algunos supuestos extremos. Aunque advierten de que admitir causas de justificación en el ámbito jurisdiccional podría erosionar el principio de legalidad y relativizar la vinculación del juez al Derecho, dejan abierta la posibilidad a apreciar causas de justificación en la función jurisdiccional. Entienden que lo contrario equivaldría a prescindir de la complejidad moral y normativa que puede envolver ciertos supuestos<sup>97</sup>.

Como el lector puede apreciar, se trata de una compleja cuestión que excede a los límites y las posibilidades de este comentario. Sin embargo, su breve mención sirve para mostrar que no es indiscutible que entre prevaricación judicial y causas de justificación haya una incompatibilidad. *Ergo*, de modo contrario al planteamiento mayoritario en la resolución que nos ocupa, el error de un juez sobre la concurrencia de una causa de justificación no debería quedar automáticamente descartado como irrelevante o irracional. Especialmente, allí donde la «función de llamada del

<sup>94</sup> Cfr. El artículo 262 LECrim dispone que: «los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de Instrucción o de Paz del lugar», exceptuando a abogados y procuradores respecto de las explicaciones de sus clientes, a los eclesiásticos en el ejercicio de su ministerio y a los cónyuges y parientes próximos del delincuente. Por su parte, el artículo 408 CP sanciona con inhabilitación especial «a la autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables».

<sup>95</sup> Piénsese, por ejemplo, en decisiones judiciales adoptadas para evitar un mal mayor –por ejemplo, medidas restrictivas urgentes o decisiones adoptadas ante riesgos graves– que podrían entenderse como respuestas justificadas cuando concurren proporcionalidad y necesidad *ex ante*. Así, por ejemplo, acordar una prisión provisional sobre la base de conocimientos especiales podría en abstracto quedar amparada en el estado de necesidad del art. 20.5 CP.

<sup>96</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Editorial. Prevaricación y tensiones sustantivo-procesales», *InDret*, (1), 2011, pp. 1-3.

<sup>97</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?», en VV.AA., *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, 2006, pp. 265-284, pp. 265 ss.

tipo positivo» fuera débil<sup>98</sup>. En el peor de los casos, debería castigarse por la vía de la prevaricación judicial imprudente (art. 447 CP) o absolver. Lo cual requiere resolver cuándo un error judicial respecto de la legalidad del propio proceder merece el trato de la imprudencia. Sobre ello se trata a continuación.

### **3.4. ¿Serviría la condena de instancia por error de prohibición vencible para condonar por imprudencia en casación?**

El Voto Particular rechaza entrar a valorar si la calificación de los hechos podría reconducirse a una prevaricación judicial imprudente por ignorancia inexcusable o, en su caso, imprudencia grave<sup>99</sup>. Argumenta que esa revisión exigiría graduar la intensidad de la injusticia –porque, como ya se ha explicado, el art. 447 CP requiere, a diferencia del art. 446 CP, que esta sea «manifiesta»–. Además, los autores del Voto Particular señalan que un cambio en el título de imputación en el estadio casacional vulneraría el derecho de defensa del ahora condenado, a pesar de que en su recurso de casación se defiende expresamente de esta eventual recalificación de los hechos<sup>100</sup>.

Tal argumentación se hace depender de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 9 de noviembre de 2023 (asunto C-175/22, BK). Sin embargo, salvo mejor opinión, no parece que la sentencia europea tenga la amplitud que el Voto Particular le atribuye<sup>101</sup>. En el caso referido, el TJUE resolvió un asunto de Derecho búlgaro, en el que el tribunal nacional modificó la calificación de la acusación sin informar previamente al acusado, ni permitirle ejercer de forma efectiva su defensa. El Tribunal declaró que el artículo 6.4 de la Directiva 2012/13 y el artículo 47.2 de la Carta de Derechos Fundamentales exigen que cualquier nueva calificación sea notificada con la debida antelación y que se dé al acusado una oportunidad concreta y efectiva de alegar sobre ella. Pero, lejos de prohibir toda recalificación judicial, la sentencia deja abierta esa posibilidad si se respetan las referidas garantías.

En el caso que ahora nos ocupa, el recurso de casación de la defensa se defendió frente a la eventual calificación de la conducta como imprudente, discutiendo su procedencia y, subsidiariamente, su gravedad. De modo que podría entenderse que el acusado advirtió y ejerció sus derechos de defensa frente a la hipótesis (no automáticamente descartable) de una condena por imprudencia. No puede sostenerse, por tanto, que el momento procesal bastase para impedir a nuestro TS considerar esta cuestión sin menoscabar el derecho de defensa. O, al menos, no de modo tan patente como el Voto Particular parece considerar. Lo que prohíbe el TJUE es sorprender al acusado con una nueva calificación no debatida, pero no examinar una alternativa derivada del fallo de instancia y que la propia defensa ha contemplado y discutido en casación.

En este mismo sentido, de nuevo salvo opinión mejor fundada, el TEDH tampoco impediría tal proceder. Así parece desprenderse del caso *Lacadena Calero c. España* (22 de noviembre de 2011).

<sup>98</sup> Recuérdese, lo expuesto *supra* en 2.3.b. También: cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (coords.), *LH Corcoy Bidasolo*, 2022, pp. 787-797.

<sup>99</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), Voto Particular, IX, p. 49.

<sup>100</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 5º, p. 21.

<sup>101</sup> Cfr. STJUE, de 9 de noviembre de 2023, BK, asunto C-175/22 (ECLI:EU:C:2023:844). El TJUE declaró que el artículo 6.4 de la Directiva 2012/13/UE se opone a que un tribunal modifique la calificación jurídica de los hechos sin informar al acusado con la debida antelación y sin ofrecerle la oportunidad de ejercer los derechos de la defensa de manera concreta y efectiva (§§ 47 y 50). Pero añadió que tal modificación es compatible con el Derecho de la Unión si esas garantías se respetan (§ 61). Por ende, la sentencia se limita a exigir previsibilidad y contradicción en los cambios de calificación.

En aquel supuesto, el TEDH apreció una vulneración del art. 6.1 CEDH porque el Tribunal Supremo español condenó a quien había sido absuelto en instancia, sin vista pública y con base en pruebas insuficientes<sup>102</sup>. Pero tal situación difiere sustancialmente del caso presente: aquí no se trata de pasar de una absolución a una condena, ni de introducir por primera vez un elemento subjetivo distinto. Se trata de examinar una alternativa ya discutida por la defensa frente a una condena recurrida que tiene por probado un error (incorrectamente limitado a la culpabilidad por el órgano *a quo*). Pronunciarse sobre la imprudencia del art. 447 CP estaría más cerca de corregir una subsunción jurídica incorrecta con pleno respecto al *factum* (global) y al principio acusatorio, que de una violación del derecho de defensa.

Por tanto, *no es evidente que se hubieran vulnerado los derechos del acusado si el TS hubiera condenado por imprudencia en casación*. El Voto Particular no explica por qué la condena por error de prohibición vencible del órgano *a quo*, que fue recurrible ante una instancia superior, no basta para cumplir con lo prescrito por el TJUE. Podría serlo, sobre todo porque la resolución mayoritaria de la Sala parece validar que los criterios con los que determinar la vencibilidad del error de tipo y el de prohibición son los mismos<sup>103</sup>. Por tanto, la incorrecta calificación del error como uno de prohibición no hubiera condicionado la posibilidad de apreciar un error de tipo (algo que la defensa del Magistrado también supo ver en su recurso de casación). De hecho, el cambio en el título de imputación hubiera sido –al menos hasta este momento procesal– más beneficioso para el reo. ¿No hubiera sido posible aplicar aquí la doctrina de la «voluntad impugnativa»<sup>104</sup> o una equivalente? Esta permite al tribunal *ad quem* sobreponerse a eventuales deficiencias técnicas en el planteamiento de la cuestión sometida a su examen e indagar cuál ha sido en realidad el verdadero motivo de la impugnación. Las dudas en torno a si cabe apreciar una imprudencia del art. 447 CP en este caso tienen el suficiente interés como para, al menos, planteárselo con mayor detalle. En consecuencia, y sin restar valor a la solidez del Voto Particular en el resto de las cuestiones que aborda (y con gran acierto), en este punto concreto sí se echa en falta una mayor profundidad de la opinión disidente y de la propia STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202).

#### 4. Conclusión

La resolución analizada exigía, como se anticipó al inicio, un examen en dos planos estrechamente conectados: el *dogmático*, relativo a la relación entre prevaricación judicial y error –de tipo o de prohibición– y entre prevaricación y causas de justificación; y el *procesal*, concerniente a las garantías del derecho de defensa cuando el juicio de imputación subjetiva se ve comprometido por la tensión entre dolo y error.

A la luz de lo expuesto, cabe concluir que existe incompatibilidad entre error y prevaricación judicial dolosa. No resulta posible sostener, como hizo la STSJ Cant 979/2022, una condena por prevaricación dolosa al tiempo que se admite la existencia de un error de prohibición. En este delito, el dolo reviste un carácter particular –un *dolus malus*– que exige la conciencia de la

<sup>102</sup> Cfr. STEDH de 22 de noviembre de 2011, caso *Lacadena Calero c. España*, §§ 40 y ss.

<sup>103</sup> Cfr. STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202), FJ 8º, pp. 34-37. Lo cual no es, precisamente, deseable. En este punto, se echa en falta una aproximación sistemática del Alto Tribunal a esta materia, que, en una polinización tan cruzada como confusa de elementos sustantivos y procesales, se limita a dar argumentos de naturaleza estrictamente objetiva (estándares) y no acepta un error que subjetivamente (en lo psicológico) sí existe.

<sup>104</sup> Cfr. STS 68/2021, de 28 de enero, citada a propósito del error de prohibición y los votos particulares en: PUENTE RODRÍGUEZ, *El error de prohibición*, 2024, pp. 106 ss. y nota al pie nº 91.

injusticia de la resolución. Lo cual priva de sentido a la distinción clásica entre error de tipo y error de prohibición. No se trata, pues, de decidir si el error era vencible o invencible, sino de determinar si existió realmente error o si, por el contrario, el juez actuó «a sabiendas» de la injusticia.

La Mayoría del TS ha considerado que no lo hubo, al tener por suficientemente acreditado el conocimiento requerido para afirmar el dolo. No obstante, la posición sostenida por el Voto Particular –favorable a reconocer la existencia de error, aunque se desprenda de la fundamentación jurídica más que del relato fáctico– resulta, a mi juicio, más convincente y acorde con el principio de culpabilidad. Entre otras razones, porque tal interpretación preserva mejor los contornos de la imprudencia subjetiva o personal y evita que el juicio sobre la culpabilidad se deslice hacia una forma de responsabilidad ilegítimamente objetiva. Inferir el conocimiento requerido por el delito de prevaricación judicial dolosa a partir de intenciones o conocimientos no expresamente contenidos en el relato fáctico de instancia es incompatible con el derecho fundamental a un proceso penal con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE). Además, también contradice la afectación del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), por suponer una interpretación imprevisible o extensiva *in malam partem* del tipo penal de prevaricación judicial del art. 446.3 CP, que expresamente condiciona la tipicidad de la conducta al conocimiento del riesgo y de la antijuricidad.

Quedan, con todo, cuestiones abiertas que aquí solo han podido mencionarse sucintamente. En particular, la posible reconducción de la conducta a la imprudencia en casos como el presente, y la viabilidad de apreciar causas de justificación –y, en su caso, error sobre sus presupuestos– en el delito de prevaricación judicial. Son temas que exigirán, sin duda, un debate más amplio, pero cuya sola formulación ya muestra el valor de esta resolución como ocasión para repensar los límites de la imputación subjetiva en el ámbito judicial. Cabe esperar que la respuesta del TC pudiera tener valor no solo para la garantía de los derechos fundamentales del recurrente, sino también para la interpretación del tipo penal del art. 446.3 CP y de las garantías del derecho de defensa de un modo respetuoso con el principio de culpabilidad. Aspectos que, como muestra la discusión en torno a la STS 535/2025, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2025:3202) aquí comentada, lamentablemente carecen aún del mínimo de claridad esperable en un Estado de Derecho.

## **La rebaja facultativa de la pena del artículo 65.3 del Código Penal para los *extranei* que participan en delitos especiales**

**Comentario a la STS 849/2023, de 20 de noviembre  
(Trama Gürtel de Boadilla del Monte)**

Gema Clarimón Escuder  
Molins Defensa Penal / Universidad de Barcelona  
gema.clarimon@ub.edu

### **1. Introducción**

La sentencia que ocupa este comentario incide, entre muchas otras cuestiones, en debate sobre la atenuación facultativa del artículo 65.3 CP a los *extranei* que participan de un delito especial. Y lo hace a la luz de la conducta de Artemio, un empresario quien prestó su empresa (de muy particulares características) a los miembros de la trama Gürtel de Boadilla del Monte para ejecutar un plan criminal consistente en que los propios funcionarios del Ayuntamiento terminasen sacando un ilícito provecho del derecho de superficie de unas parcelas (primero, por ser adjudicataria de los derechos la empresa de Artemio, luego, por traspasarse esos derechos a una mercantil propiedad de los funcionarios del Ayuntamiento y otros miembros de la trama).

Para justificar el tratamiento penológico privilegiado de los *extranei* en los delitos especiales, se apela, en ocasiones, a las exigencias constitucionales de justicia, igualdad y libertad como valores inspiradores de nuestro ordenamiento jurídico, que nos obligan a tratar igual lo que es igual y distinto lo que es distinto. También a razones de proporcionalidad y justicia material: los *extranei* no infringen el deber cuya infracción es determinante de la autoría, razón por la cual el contenido de la ilicitud es menor y su tratamiento penológico también *debería* serlo. Sin embargo, ¿eso es así en todos los casos?

La respuesta, se avanza, es negativa. Veamos entonces, con unas pinceladas doctrinales y jurisprudenciales de los delitos especiales, cuándo y por qué debe aplicarse la rebaja facultativa de la pena a los *extranei* que participan de un delito especial ex art. 65.3 CP, y pongamos a examen los argumentos que nos da el Tribunal Supremo en el caso de Artemio.

### **2. Hechos probados y antecedentes procesales**

La STS 849/2023, Penal, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5060) resuelve los recursos de casación planteados contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, 8/2022, de 5 de abril (aclara por Auto de 25 mayo), por la que se condena a múltiples personas (funcionarios públicos y empresarios) por varios delitos continuados de cohecho activo

y pasivo, prevaricación, fraude a las administraciones públicas, falsedad en documento mercantil, tráfico de influencias, delito contra la Hacienda Pública, delitos de blanqueo de capitales, delitos de malversación de caudales públicos y de un delito de asociación ilícita. Todo ello, repartido entre 23 personas físicas condenadas (además de responsables civiles y partícipes a título lucrativo).

Esta resolución se ocupa de resolver en instancia casacional la trama de la Gürtel en Boadilla del Monte, en la que, entre los años 1999 y 2009, se articuló una red organizada destinada al enriquecimiento ilícito de sus miembros y a la financiación irregular del Partido Popular mediante la manipulación de adjudicaciones públicas. En ella, participaron funcionarios públicos, que pactaron con empresarios externos la concesión arbitraria de contratos a cambio de prestaciones económicas (materializándose en pagos en efectivo o en facturaciones ficticias) y de otras ínoles; y también empresarios que proporcionaban sus sociedades para dar cobertura financiera y apariencia de legalidad a las operaciones.

Si bien en la misma se abordan una cantidad nada desdeñable de problemas jurídico-penales sustantivos y procesales, el objeto de este comentario de sentencia se centrará única y exclusivamente en lo referente al tratamiento jurídico penal *ex art. 65.3 CP* de la participación de los *extranei* en los delitos especiales cometidos por los *intranei*. Y, para ello, pondremos el foco del análisis en los hechos probados, argumentos de recurso y fundamentos jurídicos relativos a las conductas realizadas por Artemio.

Los hechos probados en relación con Artemio por los delitos especiales por los que fue condenado son los siguientes, de manera resumida (para mayor concreción, *vide. apartado 3.5 de los hechos probados de la sentencia*)<sup>1</sup>:

En relación con la adjudicación y ejecución del derecho de superficie sobre unas parcelas para la construcción de locales comerciales desde el Ayuntamiento de Boadilla del Monte a la mercantil ARTAS CONSULTORÍA, S.A. (propiedad, en última instancia, de algunos funcionarios del referido consistorio), los componentes del “Grupo Correa” (funcionarios públicos del Ayuntamiento) en Boadilla del Monte idearon un sistema para adjudicarse un derecho de superficie en el que desarrollar un proyecto de edificación de oficinas para su alquiler y gestión por ellos mismos, para lo que constituyeron la mercantil ARTAS CONSULTORÍA, S.A. con la finalidad de ocultar su participación.

Para obtener la adjudicación sin levantar sospechas, pactaron que se presentara al concurso la mercantil RUSTICAS MBS, S.L., en la que era socio Artemio, conociendo este el propósito de su intervención.

Para asegurarse la ejecución del plan, antes de que se produjera la adjudicación a RÚSTICAS y de que se constituyera ARTAS CONSULTORÍA, S.A., el 8.9.2005 Artemio, en nombre de RÚSTICAS, y Gerónimo, en representación de ARTAS CONSULTORÍA S.A. pactaron la cesión del derecho en favor de esta.

Las parcelas fueron cedidas por el Pleno del Ayuntamiento a la EMSV para poder eludir los controles propios de la actividad en el consistorio. En el EMSV se tramitó el expediente administrativo en el que se introdujeron criterios subjetivos que permitieron la adjudicación de los derechos de superficie

<sup>1</sup> Esto es, se deja de lado las referencias en el *factum* a el delito de blanqueo de capitales al que también fue condenado por no ser de interés para el objeto de este análisis.

sobre las parcelas a RÚSTICAS MBS, S.L. (empresa de Artemio). Finalmente, se adjudicaron a esa sociedad y fueron cedidos los derechos en fecha 28 de septiembre de 2005.

En fecha 30 de marzo de 2007, cuando ya se habían ejecutado el 25% de las obras -requisito imprescindible para poder transmitir los derechos a ARTAS CONSULTORÍA, S.A. por parte de RÚSTICAS MBS, S.L. (empresa de Artemio)-, se solicitó por RÚSTICAS MBS, S.L. la cesión formal de los derechos a favor de ARTAS CONSULTORÍA, S.A. Ello fue aprobado por algunos de los funcionarios públicos en sesión extraordinaria, escriturando posteriormente la cesión de los derechos de superficie por parte de RÚSTICAS MBS, S.L. a ARTAS CONSULTORÍA, S.A. por un precio de 216.014,14 euros más IVA. El firmante de dicha cesión no fue Artemio, sino su socio, Gerónimo.

Durante el plazo en el que los derechos de superficie estuvieron cedidos a RÚSTICAS MBS, S.L., no se abonó cantidad alguna a la EMSV en concepto de canon.

Artemio, por su parte, fue condenado como cooperador necesario de un delito de a) prevaricación del art. 404 CP, de b) fraude a las administraciones públicas del art. 436 CP y c) como autor de un delito de blanqueo de capitales. Si bien en primera instancia no se aplicó el artículo 65.3 CP a ninguno de los dos delitos especiales por los que fue condenado como partícipe, el Tribunal Supremo estimó procedente aplicar la rebaja de pena facultativa del artículo 65.3 CP por el delito de prevaricación, no así por el delito de fraude a las administraciones públicas. Las penas impuestas por sendos delitos a Artemio fueron de a) 6 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, b) de 2 años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por plazo de 9 años y c) de 2 años de prisión con sus accesorias, así como a multa de 500.000 euros.

### **3. Breves pinceladas sobre la participación de los *extranei* en los delitos especiales**

#### **3.1. Los delitos comunes y los delitos especiales. Las diferentes categorías de delitos especiales según la doctrina**

La doctrina mayoritaria distingue dos grandes categorías de tipos delictivos que se distinguen en función de criterios de autoría: los delitos comunes y los delitos especiales. Así, los delitos comunes son aquellos que cualquier persona puede ser autor de los mismos; mientras que, en los delitos especiales, solo pueden ser autores quienes posean ciertas cualidades, condiciones o relaciones especiales que la ley requiere (el *intraneus*), dejando al resto de sujetos activos intervenientes relegados a la calidad de partícipes (o *extranei*)<sup>2</sup>.

Dentro de los delitos especiales, la doctrina se ha encargado de sistematizar diferentes subcategorías. Sin ánimo de reproducir en este artículo la evolución histórica de las mismas, cuestión que queda perfectamente expuesta en tratados generales de Derecho penal como los antes citados, para lo que aquí interesa se manejarán las siguientes (por ser los imperantes en la

---

<sup>2</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, 2025, pp. 1269 ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10.<sup>a</sup> ed., 2015, pp. 237 ss. Si bien debe hacerse el apunte de que parte de la doctrina es crítica con el formalismo que esta dualidad excluyente aparentemente inquebrantable conlleva (al respecto, GÓMEZ MARTÍN, «Los delitos especiales y el art. 65.3 CP», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, pp. 101 ss). Igualmente, en aras a simplificar el análisis y al ser una de las categorizaciones utilizadas por el Tribunal Supremo en la sentencia comentada, se utilizará también esta categorización.

jurisprudencia del Tribunal Supremo -en especial, en la resolución comentada- y en la doctrina penal española de los últimos tiempos).

En primer lugar, los *delitos especiales propios e impropios*, siendo la diferencia fundamental entre uno y otro que, en el primero, no existe un delito común paralelo para los *extranei*; mientras que, en los segundos, sí que existe el correlativo para aquellas personas que no reúnen las cualidades recogidas en el tipo de referencia (con mayor o menor carga punitiva en relación al *intraneus*, según la técnica legislativa de preferencia)<sup>3</sup>.

Las corrientes doctrinales más modernas abandonan la distinción entre delito especial propio e impropio y son partidarias de distinguir los delitos especiales entre los *delitos de dominio* y los delitos de *infracción de deber*<sup>4</sup>.

Los *delitos especiales “de dominio”* son aquellos en que lo determinante para subsumir una conducta típica en la autoría es el dominio del hecho del autor. Ciertamente, en el caso en el que el dominio del hecho recaiga en un *extraneus*, podrá optarse por transferir la responsabilidad penal al mismo ex art 31 CP (cuando se cumplan sus presupuestos), o bien por castigarle a título de partícipe, incluso con las equivalencias de pena que prevé el artículo 28 CP español (y dejando de aplicar la cláusula privilegiada facultativa del artículo 65.3 CP)<sup>5</sup>.

En cambio, los *delitos especiales “de infracción de un deber”*, son aquellos en los que la autoría se basa, además de en la lógica puesta en peligro o lesión de un bien jurídico, en la infracción de un deber jurídico extrapenal o en la infracción de un deber derivado de un determinado rol social. Por ejemplo, en el caso del delito de prevaricación (u otros en los que el *intraneus* debe ser necesariamente una autoridad o funcionario público), con la comisión del delito se estarían quebrantando los deberes institucionales inherentes a su cargo. Por el contrario, un *extraneus*, por mucho que participe en la dinámica comisiva, el contenido de injusto de su acción nunca quebrantará tal deber positivo especial y nunca se podrá equiparar al del *intraneus*.

### **3.2. La participación del *extraneus* en los delitos especiales. La aplicación de la rebaja facultativa de pena del artículo 65.3 del Código Penal en la doctrina y en la jurisprudencia**

Es relativamente pacífico en la doctrina actual que los *extranei* pueden participar en los delitos especiales<sup>6</sup>, en tanto que materialmente pueden cooperar en la ideación y ejecución del plan

<sup>3</sup> MIR PUIG, *PG*, 10.<sup>a</sup> ed., 2015, pp. 237 ss.

<sup>4</sup> En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, pp. 1275 ss. Otro sector más minoritario de la doctrina, como ROBLES PLANAS, «La imputación del delito a las personas físicas» en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*, 2.<sup>a</sup> ed., 2023, pp. 169 ss., entre otras obras del autor, entienden que esa distinción entre delitos comunes y especiales, y entre especiales propios o impropios debe reconfigurarse partiendo de la base de que deben distinguirse entre delitos de posición y delitos de deber, a secas. Con ello, únicamente los delitos de deber serían, en si mismos, delitos especiales propiamente dichos. Si bien existen otras categorizaciones como expone GÓMEZ MARTÍN, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en “los delitos especiales”*, 2014, p. 163, distinguiendo entre delitos especiales «de posición» o en sentido estricto (que, *mutatis mutandis*, vendrían a ser los de deber en la nomenclatura empleada por SILVA SÁNCHEZ y ROBLES) y delitos especiales «con elementos meramente tipificadores» o en sentido amplio.

<sup>5</sup> ROBLES PLANAS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal económico y de la empresa*, 2.<sup>a</sup> ed., 2023, pp. 165 ss.

<sup>6</sup> GÓMEZ MARTÍN, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en “los delitos especiales”*, 2014, p. 173; SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, pp. 1288 ss.).

criminal. Sin embargo, normalmente por cuestiones de legalidad, otras también de proporcionalidad, los *extranei* no pueden responder a título de autor respecto del tipo penal especial propio, pues sobre ellos no recaen estas circunstancias específicas que el tipo penal en cuestión exige. Sí lo podrán hacer como partícipes. Y, como tal, responden con arreglo al principio de accesoria (si bien la imperante parece ser la media o limitada, lo cierto es que algunas resoluciones del Tribunal Supremo la esquivan para cubrir eventuales lagunas de punibilidad<sup>7</sup>).

En el caso de los delitos especiales *impropios*, el dilema es distinto. Si bien pueden responder como autores del correlativo tipo común, hay parte de la doctrina que todavía es hoy partidaria de castigar como partícipe al *extraneus* del delito especial impropio, fundamentando tal construcción en que los delitos especiales impropios siguen diferenciándose de los delitos comunes en que el *extraneus* que interviene lo hace favoreciendo la realización de un injusto del autor que es objetivamente más grave que el suyo propio. Esto es, en su conducta no se observa ese plus de antijuridicidad a raíz de la infracción de deber especial del autor en sentido estricto. Por ese motivo, son partidarios en algunas ocasiones de mantener la unidad del título de imputación en lugar de optar por su ruptura<sup>8</sup>.

Lo cierto es que, en la casuística en los tribunales de los delitos especiales impropios, a veces se opta por romper el título de imputación y aplicar a título de autor el delito especial impropio a quien reúne las condiciones necesarias para constituirse como autor, y aplicar también a título de autor el correlativo tipo común al (normalmente) particular que interviene en los hechos delictivos. Quizás sea por economía argumentativa en los planteamientos de las partes o en las resoluciones judiciales. Quizás porque, en ocasiones, ello permite una mayor individualización de la responsabilidad criminal acorde al injusto y culpabilidad de cada uno -pese a que en algunos casos la pena sea la misma que la prevista para el delito especial impropio-.

De igual manera, sea un delito especial propio o impropio (donde se mantiene unitario el título de imputación), el problema fundamental es el siguiente: ¿el desvalor de la acción del *extraneus* es equiparable al del *intraneus*? Dicho de otro modo, ¿el *extraneus* debe responder con la misma pena que el *intraneus*, aunque sea cooperador necesario o inductor (donde sí lo haría en un delito común)? La respuesta, como todo, depende.

En nuestro Código Penal actual existe el artículo 65.3 CP como corrector a esa posible falta equivalencia, que se erige como una cláusula de aplicación facultativa que permite a los Jueces y Tribunales atenuar en un grado la pena de los cooperadores necesarios e inductores cuando no concurren en ellos las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamenten la “culpabilidad” del autor.

Sin embargo, como se desprende del sintagma «podrán imponer», no en todos los casos será aconsejable o procedente rebajar la pena. Entonces, ¿Cuándo sí y cuándo no?

<sup>7</sup> *Vid. STS 539/2003, Penal, de 30 de abril (ECLI:ES:TS:2003:2957)* en la que se condena a un *extraneus* por un delito fiscal cuando el *intraneus* carecía de dolo.

<sup>8</sup> Aunque, a efectos prácticos, en muchos de los delitos especiales impropios, el resultado penológico es ciertamente similar si se le castiga como *extraneus* del delito especial con la rebaja facultativa de pena del art. 65.3 CP que si se aplica el tipo común, cuando tiene por se una rebaja considerable en comparación con el especial. En otras ocasiones, no sucede así, equiparándose penológicamente el delito común con el especial impropio.

SILVA SÁNCHEZ es partidario de no adoptar esa decisión en función de la valoración general de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, sino en función de la lógica de los delitos especiales<sup>9</sup>:

- Si se trata de un delito de infracción de un deber extrapenal que es jurídico-público, la atenuación deberá aplicarse siempre a los *extranei*. Y ello independientemente de si es un delito especial de los denominados propios o impropios, pues el fundamento de ese deber extrapenal nunca podrá ser trasladado por completo al particular que participa del delito. El hecho de que, en ocasiones, en los delitos especiales impropios se equipare la pena del particular a la del funcionario público no obedece a consideraciones dogmáticas sino, como dice el autor, a razones de criminología de la corrupción.

En el mismo sentido, *mutatis mutandis*, GÓMEZ MARTÍN, quien dice que la existencia o no de un delito común paralelo nada quita o aporta al contenido de injusto de un delito especial, pues en términos de contenido de injusto no hay diferencia entre los llamados delitos especiales propios o impropios<sup>10</sup>.

- Si, por el contrario, el deber extrapenal tiene naturaleza jurídico-privada, la necesidad de atenuar la pena al *extraneus* se difumina en función de la clase del deber (fiduciario, como en el caso de los administradores en la gestión desleal; la responsabilidad patrimonial universal de las insolvencias, etc.). Esto sería, en nomenclatura de otros autores<sup>11</sup>, un delito especial en sentido amplio.

También, en atención con las clasificaciones manejadas *supra*, son aquellos delitos especiales que podrían definirse como «de dominio», donde el contenido de injusto se basa en el dominio del hecho por parte del intervintente (sea autor o partícipe). Y, en idéntico sentido, a juicio de quien suscribe, procederá o no la aplicación de la rebaja facultativa de la pena en función de si se ha infringido el deber extrapenal privado y, especialmente, en función de la posición de dominio del hecho o no (o de la suficiencia de las aportaciones al hecho) del partícipe.

- Luego, si en los delitos especiales impropios se opta por mantener el título de imputación haciendo que el particular responda como *extraneus* del delito especial, siempre deberá aplicarse la atenuación facultativa del artículo 65.3 CP.

En el mismo sentido, aunque con nomenclaturas diferentes (delitos especiales en sentido amplio y en sentido estricto, con sus relativas particularidades), y como se ha ido apuntalando, GÓMEZ MARTÍN<sup>12</sup>.

Por el contrario, la jurisprudencia es más errática a la hora de valorar la procedencia de aplicar el artículo 65.3 CP a los *extranei* que participan en delitos especiales. Primero, porque existe una importante línea jurisprudencial ya arraigada en la Sala Segunda que entiende que, a pesar de que el tenor literal del artículo 65.3 CP configura la atenuación como una facultad concedida al

<sup>9</sup> SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, pp. 1293 ss).

<sup>10</sup> GÓMEZ MARTÍN, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en “los delitos especiales”*, 2014, p. 187, si bien crítico con la dicotomía entre delitos especiales propios e impropios.

<sup>11</sup> GÓMEZ MARTÍN, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en “los delitos especiales”*, 2014, p. 187, entre otros.

<sup>12</sup> GÓMEZ MARTÍN, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en “los delitos especiales”*, 2014, p. 202.

Juez o al Tribunal, sostiene que *la atenuación de la pena del partícipe extraneus debe ser prácticamente imperativa*. Es ilustrativo al respecto el siguiente fragmento de la STS 661/2007, Penal, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2007:6607), que han hecho suyo numerosas resoluciones posteriores:

«Aunque el art. 65.3 CP sólo contenga una atenuación facultativa de la pena, nuestra jurisprudencia, apoyada en el art. 1 CE, ha considerado que la pena del *extraneus* en delitos especiales propios debe ser necesariamente reducida respecto de la del autor, dado que no infringe el deber cuya infracción es determinante de la autoría, razón por la cual el contenido de la ilicitud es menor» (FJ 3º).

Dicho de otro modo, en términos generales, lo aconsejable es la aplicación del art. 65.3 CP como regla general a la participación de los *extranei* por cuanto el contenido e intensidad de su injusto es siempre menor que el predictable de la acción del *intraneus* (pues el primero no puede infringir ese deber jurídico especial que pesa sobre el último, ni puede infringir frontalmente la norma penal al no ser exactamente el destinatario directo de la misma). En este sentido, STS 495/2023, Penal, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2901) o STS 404/2022, Penal, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1744).

Sin embargo, esa regla general podrá ser excluida siempre y cuando, de forma *motivada*, se expliquen la concurrencia de razones añadidas que desplieguen mayor intensidad de injusto en la conducta del *extraneus* (en contra de lo que apuntaba SILVA SÁNCHEZ, en atención a las circunstancias del caso concreto). Pero, en cualquier caso, su no aplicación deberá fundamentarse de forma *motivada* (STS 704/2018, Penal, de 15 de enero de 2019, [ECLI:ES:TS:2019:36]); o STS 494/2014, Penal, de 18 de junio, [ECLI:ES:TS:2014:3078]). Es usual observar resoluciones del Tribunal Supremo que, independientemente de la clase de delito especial que se trate, estiman motivos de casación que piden la aplicación de la rebaja facultativa y lo hacen única y exclusivamente porque en las resoluciones anteriores no se ha fundamentado de forma pormenorizada su no aplicación (por todas, STS 255/2025, de 20 de marzo, [ECLI:ES:TS:2025:1465], incluso en un delito de insolvencia punible).

Al final, se trate de un delito especial de infracción de deber, en sentido amplio o en sentido estricto (o con la nomenclatura doctrinal que se estime más conveniente), la jurisprudencia reconduce su no aplicación a circunstancias fácticas que demuestren un considerable dominio del hecho por parte del *extraneus* y una particular gravedad en su conducta. Ello, dejando en un segundo plano el fundamento de los delitos especiales. Por ejemplo, en un asunto en el que se condena a un particular como cooperador necesario de un delito de falsedad en documento público del art. 390.1. 2º CP y no se aplica el artículo 65.3 CP, se alude a que en la intervención del partícipe hay *elementos o circunstancias que permiten establecer una semejanza entre la antijuridicidad de ambas conductas*. Por ello, se descarta nuevamente su aplicación (STS 222/2023, Penal, de 27 de marzo, [ECLI:ES:TS:2023:1286]).

Con ello, parece evidente la disparidad de criterios entre doctrina y jurisprudencia respecto de esta regla de tratamiento. Veamos entonces qué sucedió en la sentencia de la trama Gürtel de Boadilla del Monte respecto de Artemio.

#### **4. Fundamentación jurídica de la sentencia sobre la aplicación o inaplicación del artículo 65.3 del Código Penal**

Habiendo expuesto cuestiones (puramente) generales sobre la teoría de los delitos especiales y de la participación de los *extranei* en delitos especiales, veamos entonces en el caso concreto cuáles fueron los argumentos esgrimidos por la defensa de Artemio, cooperador necesario en un delito de prevaricación y en un delito de fraude a la Administración Pública, y cómo los resolvió el Tribunal Supremo. Después, se harán una serie de consideraciones a la luz de los argumentos contenidos en la resolución.

##### **4.1. Argumentos presentados en el recurso en relación con el artículo 65.3 del Código Penal**

Entre una notable retahíla de motivos de casación cuestionando vulneraciones de precepto constitucional e infracciones de ley diversas, se plantearon tres cauces casacionales que tienen una íntima relación con la cuestión de la participación de los *extranei* en los delitos especiales:

- Infracción de ley del artículo 849.1 LECrim, por indebida aplicación de los artículos 404 y 436 CP en relación con el art. 28. 2º b) CP, por entender que de hechos probados de la sentencia no se desprende la concurrencia de dolo en la participación en los delitos de prevaricación y de fraude a las administraciones públicas.
- Infracción de ley del artículo 849.1 LECrim, por indebida aplicación de los artículos 28.2 b) CP y 404 y 436 CP, por entender que no era posible no calificar de “cooperación necesaria” los hechos probados referentes a Artemio en relación con esos delitos. En concreto, entendía su representación que su papel fue, en todo caso, accesorio y que no efectuó una aportación concreta al proyecto criminal (en cierta cohesión con los hechos probados, que no individualizan una conducta material de Artemio más allá de ser socio de la mercantil que luego sería el vehículo para la comisión del delito y «conocer» el propósito ilícito de la operación).
- Infracción de ley del artículo 849.1 LECrim, por inaplicación indebida del art. 65.3 CP por la participación en el delito de prevaricación y de fraude a la administración.

##### **4.2. Fundamentación jurídica de la Sentencia en respuesta a los argumentos de recurso sobre la aplicación o inaplicación del art. 65.3 CP a los delitos por los que fue condenado Artemio**

El *primero* de ellos fue desestimado por el Alto Tribunal por considerar que en los hechos probados de la sentencia se incluían elementos que permitían sostener la existencia de dolo para con el delito de prevaricación y de fraude a las administraciones públicas, se dice expresamente que conocía el propósito de su concreta y personal intervención en las operaciones realizadas con motivo de la adjudicación, primero a RÚSTICAS (su mercantil) y luego a ARTAS CONSULTORÍA, S.A. del derecho de superficie sobre las parcelas. No presenta mayores problemas a nivel sustantivo, dado el escrupuloso respeto a los hechos probados que debe seguir este cauce casacional.

El *segundo* de los motivos relacionados con la participación de los *extranei* en los delitos especiales fue también desestimado. Y los argumentos al respecto tienen íntima relación con la fundamentación jurídica de la aceptación y el descarte de la atenuación facultativa del artículo 65.3 del Código Penal para los delitos de prevaricación y fraude a las administraciones públicas, respectivamente.

Al analizar la intensidad de la intervención de Artemio para ver si su conducta se incardina en la complicidad o en la cooperación necesaria, se decantan por lo segundo en base a dos clásicas teorías: *i)* la teoría del dominio del hecho (porque entienden que, Artemio, al poner a disposición su mercantil para el plan criminal y al ceder luego los derechos de superficie a ARTAS CONSULTORÍA, S.L., permitió que este se ejecutase el plan en todos sus extremos) y *ii)* la teoría de los recursos escasos (siendo el bien necesario en cuestión la empresa, de características muy determinadas).

Y es en el *tercero* donde se aborda de manera directa la cuestión de la atenuación facultativa de pena para los *extranei* que participan en los delitos especiales. En contra de lo acordado por la anterior instancia, el Tribunal Supremo hace una diferencia entre los dos delitos especiales en juego (el delito de prevaricación administrativa y el delito de fraude a la administración del artículo 436 del Código Penal), estimando la procedencia de aplicar la rebaja facultativa de la pena en el primer caso y rechazándola de plano en el segundo.

a. *Los argumentos para aplicar la rebaja facultativa de la pena en el delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal.*

Para el caso de la participación en el delito de prevaricación, la sala estima que procede aplicar la atenuación facultativa de la pena del artículo 65.3 CP por dos motivos.

*Primero*, porque tratándose de un delito de infracción de deber que únicamente puede ser realizado por el intraneus del delito (mientras que los *extranei* únicamente colaboran en dicha infracción), no cabe apreciar la misma intensidad de injusto en la conducta de uno y otro.

Segundo, porque, dice «no se identifican motivos bastantes para no hacer aplicación de la atenuación prevenida en el artículo 65.3 CP». Al no haberse motivado de manera expresa, especial y suficiente la no aplicación de la rebaja, lo procedente es darle aplicación, en cumplimiento con la reiterada línea jurisprudencial en este sentido. Ahora bien, parece dejar la veda abierta a que, en los casos en los que se identifique y argumete una especial organización, control o dominio por parte del *extraneus* (incluso en un delito de infracción de deber jurídico-público), sí podrá denegarse la que entienden que es una «cabal» atemperación de la pena en delitos de esta clase.

b. *Los argumentos para no aplicar la rebaja facultativa de la pena en el delito de fraude a la administración pública (con la redacción del entonces artículo 436 CP).*

Y precisamente es lo que se observa, de manera algo extraña, cuando en los siguientes párrafos la resolución argumenta la improcedencia de que el delito de fraude a la administración pública del art. 436 CP corra la misma suerte para Artemio. En este caso, entienden que el artículo 436 CP, en su redacción actual (que no en la vigente en el momento de los hechos), ya no puede ser considerado un «delito especial» puro, en tanto que ahora se encuentra positivizado el correlativo delito común para los particulares y con la misma pena.

Esto es: pese a que en el momento de los hechos la redacción vigente del artículo 436 CP imposibilitaba condenar al tercero como autor material del delito (el funcionario público era quien se concertaba con los interesados), el carácter especial del delito era, a su juicio, únicamente «formal». Porque para la comisión del ilícito era ineludible la participación de un particular que se concertase con el funcionario público, pese a que no le era directamente aplicable el precepto en concepto de autor. Era inevitable la participación del particular, otorgándole al mismo un dominio funcional del hecho positiva y negativamente considerado. A diferencia de lo que ocurría con el delito de prevaricación, que para su consumación no precisa necesariamente de la intervención de un tercero interesado.

Y pese a que la Sentencia del Alto Tribunal admite que no se explicita razón alguna que justificase la no aplicación de la que llaman la «regla general» (la rebaja facultativa del artículo 65.3 CP), con una interpretación sistemática del precepto –a la luz de la regulación actual, con los problemas de irretroactividad que ello suscita, como ahora se dirá– y la consideración de «grave» de la operación en su conjunto (en la que Artemio tampoco tuvo una intervención particularmente activa) aconsejó la no aplicación de la rebaja. Y sin examen de la intensidad de la intervención concreta de Artemio, quien, recordemos, la única contribución *material* que hizo fue ceder su empresa (a través de su socio) para el plan criminal (pues ni siquiera firmó la cesión de los derechos de superficie, a tenor de los hechos probados).

## **5. Críticas a raíz del fundamento de los delitos especiales**

### **5.1. La aplicación del art. 65.3 CP al delito de prevaricación es adecuada**

Quien suscribe comparte la opinión del Tribunal en cuanto a la aplicación del artículo 65.3 CP a Artemio por su participación en el delito de prevaricación administrativa. Si bien incluso se podría cuestionar que la intensidad de su participación sea merecedora del título de cooperación necesaria y no de la complicidad, lo cierto es que, una vez sentado que se opera en el ámbito de los autores en sentido ontológico, a la vista de la etiología del delito de prevaricación, la única solución adecuada era atenuar la pena del *extraneus*.

Al final, desde el examen del fundamento de los delitos especiales y sus distintas tipologías, el delito de prevaricación administrativa es el summmum de los delitos especiales en sentido estricto. Se fundamenta en la existencia de un deber jurídico-público e institucional de los funcionarios públicos y autoridades, quienes tienen el deber reforzado de velar por el buen funcionamiento de la administración pública. Por tanto, el contenido de injusto de su conducta, consistente en resquebrajar ese funcionamiento correcto de la administración, siempre será mayor al de cualquier extraño que participe o auxilie en el delito. Porque solo a ellos les corresponderá de manera reforzada velar por que se cumpla ese fin<sup>15</sup>.

### **5.2. Incoherencia valorativa con la inaplicación del 65.3 CP al delito de fraude a la administración pública. Las trampas al solitario: problemas de legalidad, de fundamento y de proporcionalidad**

Sin embargo, no corre la misma suerte el delito de fraude a la administración pública del artículo 436 CP.

---

<sup>15</sup> En el sentido de lo expuesto por SILVA SÁNCHEZ, *vid. supra*.

Pese a tratarse igualmente de un delito de infracción de deber extrapenal jurídico-público, ello es completamente desoído a la hora de argumentar sobre la procedencia o improcedencia de rebaja penológica<sup>14</sup>. Lo cierto es que, al igual que sucede con el delito de prevaricación, el funcionario público tiene ese deber reforzado de velar por el buen funcionamiento de la administración pública que no tiene (no al menos con la misma intensidad) el particular. Por supuesto que a los particulares les incumbe el buen funcionamiento de la administración pública como operadores en el tráfico jurídico y económico que se interrelacionan con ella, precisamente por ello pueden participar del delito. Pero nunca con la misma intensidad que le es exigible a un funcionario público, por las circunstancias inherentes a su cargo.

En su lugar, el Alto Tribunal se fija en que, en la actualidad, se trata de un delito especial de los llamados improprios (es decir, con un correlativo tipo común para los que eran *extranei*). Pese a que en el momento de los hechos tal circunstancia no se daba. Y pese a que nada tiene que ver la existencia de un correlativo tipo común en el examen del injusto del delito especial (y, con ello, en el merecimiento de una u otra determinada pena)<sup>15</sup>.

Hay dos planos en la argumentación del Tribunal Supremo para rechazar la aplicación de la atenuación facultativa de pena:

- Primero, dicen que en la actualidad se trata de un delito especial propio con un correlativo tipo común y con una penalidad equivalente a la del funcionario público, lo cual lleva a sostener que, verdaderamente, en el momento de los hechos, el pretendido delito especial lo era únicamente por tipificación expresa y no por razones de fondo que aconsejasen tal tratamiento<sup>16</sup>.

Por más que pueda ser cuestionada esa idea de fondo, como ya he hecho, lo verdaderamente desconcertante de la argumentación es que, *de facto* y aunque con una loable habilidad argumentativa, se está aplicando de manera retroactiva el actual inciso de «*Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos...*. Ciento es que no se hace de manera expresa y se utiliza la ingeniosa fórmula de rechazar la aplicación de la regla general del art. 65.3 CP. Pero, en cierto modo, confronta el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables (o de argumentos jurisprudenciales desfavorables, en la vertiente admitida por la jurisprudencia). No es atendible conforme a las consideraciones de legalidad, máxime si es el único argumento que sustenta la no aplicación del art. 65.3 CP (regla general para nuestra jurisprudencia).

---

<sup>14</sup> En contra de lo que sería la opinión de SILVA SÁNCHEZ, véase apartado 3.

<sup>15</sup> GÓMEZ MARTÍN, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en “los delitos especiales”*, 2014, p. 187, en este sentido.

<sup>16</sup> Aunque los hechos hubiesen sido cometidos con la vigencia del actual artículo 436 CP quizás lo razonable también sería mantener el título de imputación unitario y no acudir a la figura del tipo común, especialmente debido a la intensidad de su participación material. En casos similares, así lo defiende RUEDA MARTÍN, «La punición del partícipe *extraneus* en un delito especial y el artículo 65.3 del Código Penal» en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, pp. 233 ss.

- Además de lo anterior, también se alude a que, en el caso concreto, Artemio tenía un «dominio del hecho»<sup>17</sup>. Esto es: como para la comisión del ilícito era ineludible la participación de un particular que se concertase con el funcionario público, ello, *per se*, ya permitía sostener la existencia de un dominio del hecho en sentido positivo y negativo en la conducta de Artemio (recordemos: prestar una empresa a los miembros de la trama con conocimiento del plan ilícito). Remarca la sentencia al respecto que «la gravedad del hecho [en su conjunto] es considerable, la operación, como ya se ha dicho, desarrolló un elevado grado de esfuerzo criminal y unas expectativas importantes de enriquecimiento con peligro importante para la Administración pública».

Aquí, la crítica, más allá de la que podría hacerse desde algunas posiciones doctrinales que no debería atenderse a las circunstancias del caso concreto para decidir sobre la aplicación de la rebaja facultativa de pena, es que se está mirando a la globalidad y complejidad de la trama (cuya gravedad no se pretende restar) en lugar de a la conducta concreta de Artemio para decidir una cuestión que, en fin, corresponde al sujeto y no necesariamente al hecho. Máxime cuando Artemio solo prestó la empresa (sí, de específicas características) al albur de la trama criminal, no habiendo siquiera firmado él mismo la ulterior cesión de derechos en favor de la mercantil de los funcionarios del Ayuntamiento.

Desde luego, si se quiere tomar en consideración el dominio del hecho a la hora de decidir sobre la aplicación del artículo 65.3 CP<sup>18</sup>, lo determinante sería la respuesta a la siguiente pregunta: ¿la intervención del *extraneus* en el plan criminal lo es de tal entidad que, si por caprichos del legislador, fuese un delito común, se le castigaría como coautor<sup>19</sup>? Solo una respuesta afirmativa podría llegar a ser aceptable para rechazar de plano la aplicación de la rebaja facultativa de pena. Y en el caso de Artemio era más que discutible.

### **5.3. Sobre el requisito de la motivación especial de la inaplicación de la atenuación facultativa del art. 65.3 CP y su inobservancia. La doble vara de medir**

La última cuestión de la que me ocuparé (muy brevemente) es la mención que la sentencia hace en su fundamentación a la importancia de motivar de manera explícita y especial la no aplicación de la rebaja facultativa del art. 65.3 CP, en concordancia con una línea jurisprudencial ya arraigada a este respecto.

---

<sup>17</sup> Se asemeja a la tesis sostenida por ROBLES PLANAS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 170; EL MISMO, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en “los delitos especiales”*, 2014, entre otros), de los delitos de posición, por cuanto restringe las reglas generales de participación equiparando la participación del *extraneus* por, supuestamente, haber accedido a la posición que otorga relevancia típica a título de autor.

<sup>18</sup> Aunque ello pueda suponer, en cierto modo, confundir planos: el del título de imputación (donde sí es relevante ese dominio del hecho) y el de la naturaleza del delito cometido (donde examinamos tipos de deberes). Igualmente, si se opta por esta vía (que la jurisprudencia parece hacerlo), no debe perderse de vista la naturaleza del delito especial y si se trata de un deber extrapenal que sólo pueden infringir con la intensidad requerida una determinada clase de sujetos.

<sup>19</sup> Ello, evidentemente, sin tener en cuenta el automatismo o desdén con el que los operadores jurídicos operan (operamos) en la práctica a la hora de individualizar el título de imputación entre los que son autores y los que son considerados autores, especialmente con la coautoría y la cooperación necesaria (pues, en delitos comunes – que son la gran mayoría – no tiene significancia alguna en la pena que finalmente será impuesta).

Si bien es cierto que ello en nada incide sobre el fundamento de los delitos especiales o sobre la procedencia de tomar en consideración el eventual dominio del hecho por parte del *extraneus*, sí que se erige como una garantía del justiciable *ex art.* 120 de la Constitución Española y su exigencia consolida una arrraigada línea jurisprudencial que sostiene que toda cuestión que vaya en contra de reo debe ser especialmente explicitada (especialmente, circunstancias agravantes, aunque aquí sería una circunstancia agravante en negativo).

Lo particularmente curioso es que, admitiendo la resolución comentada que ni en el caso de la prevaricación administrativa ni tampoco en el fraude a la administración pública existe una particular motivación en la sentencia de instancia de por qué no debe aplicarse el 65.3 CP, en el primer caso, se hace especial hincapié a que es una de las razones que conduce a su definitiva aplicación; mientras que, en el segundo, se pasa completamente por alto y se lleva a la no aplicación (supliendo la falta de motivación del tribunal de instancia, práctica cuestionable cuando lo es para justificar la aplicación de una circunstancia *contra reo*).

Ello supone una profunda incoherencia interna, una injustificable doble vara de medir. Lo adecuado habría sido que, ante la patente falta de motivación de por qué no debía aplicarse lo que se considera una “regla general” para la jurisprudencia (la rebaja facultativa de pena del art. 65.3 CP), rebajar también la pena a Artemio por el delito de fraude a la Administración pública en instancia casacional.

En conclusión, la solución adecuada habría sido aplicar también esa rebaja facultativa a Artemio por su participación en el delito de fraude a las administraciones públicas *ex art.* 436 CP por tres razones: *i)* Porque el delito supone la infracción de un deber jurídico-público que Artemio nunca podía quebrantar con la misma intensidad que el *intraneus* (pese a que para la consumación delictiva hacía falta su intervención como particular, lo cual ya se suple como una participación accesoria), *ii)* Porque, en cualquier caso, tampoco se puede reputar un dominio del hecho o una intervención de intensidad equiparable a la del autor en la conducta de Artemio, y *iii)* en última instancia, porque su no aplicación no fue debidamente motivada en la sentencia de instancia, lo cual debió conducir, irremediablemente, a su aplicación de acuerdo con una arrraigada línea jurisprudencial. Sin embargo, Artemio no tuvo esa suerte.