

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N°: 571/2012

Fecha Sentencia: 29/06/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Segunda Sentencia

RECURSO CASACION N°:2171/2011

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Señalamiento: 30/05/2012

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Granada. Sala de lo Civil y Penal.

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por: AMV

***Delito de prevaricación judicial.**

Nº: 2171/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Vista: 30/05/2012

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 571/2012

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Antonio del Moral García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Junio de dos mil doce.

En el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por las representaciones de **F. C. Y R. H. P.**, contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Ceuta y Melilla con sede en Granada, que condenó a D. Francisco de Asís Serrano Castro por delito de prevaricación culposa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la vista y votación bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes respectivamente representados por el Procurador Sr. Deleito García y el Procurador Sr. Granizo Palomeque.

I. ANTECEDENTES

Primero.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Granada, en el Procedimiento Abreviado nº 1/2011, seguido ante la misma Sala por delito de prevaricación judicial, dictó sentencia de fecha 13 de octubre de dos mil once, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** *"PRIMERO.- En el marco de un procedimiento de divorcio seguido en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 4 de los de Sevilla entre Dña. R. H. P. y D. F. N. A. se dictó Auto de medidas provisionales de fecha 26 de enero de 2010, en el que se acordó, entre otros extremos, la atribución a la madre de la guardia y custodia de los dos hijos menores del matrimonio y un régimen de visitas que suponía que "cada uno de los progenitores tendrá derecho a pasar con los menores la mitad de las vacaciones escolares", determinándose tales periodos, por lo que a la Semana Santa se refiere, en dos turnos: hasta el miércoles santo a las 14:00 h., y desde ese momento hasta el domingo de Resurrección a las 20:00, a elección, en años pares, del padre.*

En dicho auto se estableció también que "ambos progenitores respetarán el deseo de los hijos de tomar parte en las estaciones de penitencia de las hermandades a que pertenecen".

SEGUNDO.- En la Semana Santa del año 2010 los dos hijos menores de edad estaban en compañía de su padre en el primer turno de los establecidos, por

elección de éste, quien debía hacer entrega de los mismos a la madre el miércoles santo a las 14:00 horas.

Durante este primer turno se suscitó el deseo del menor de salir en la procesión de la Hermandad del Silencio en la madrugada del Viernes Santo, lo que así se hizo saber a la abogada de la madre en día no concretado a través de e-mail dirigido por los abogados del padre (especialmente el Letrado del proceso de divorcio D. Joaquín Moeckel Gil), que fue contestado el viernes, 26 de marzo de 2010, por la abogada también vía e-mail en el que exteriorizaba el deseo materno de conocer detalles sobre la cofradía en cuestión, acompañamiento o no del menor por mujeres, tiempo de recorrido y medidas de protección del hijo.

Como esta respuesta telemática fue interpretada por los abogados del padre como sibilina y contraria, por tanto, a permitir la salida procesional en cuestión, los abogados se dirigieron al Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 4 de los de Sevilla, entrevistándose con el titular judicial que había dictado el auto de 26 de enero de 2010 de medidas provisionales, quien les comentó que todo el proceso estaba bien descrito en el auto judicial y él no podía por el momento tomar otras decisiones.

Trasladado estos pormenores al padre del menor, el propio abuelo con quien convivían L. N. G., preocupado por los deseos de su nieto, se cita el lunes, 29 de marzo, con el Letrado D. José Antonio Blanco Toajas que, a su vez, habla con su compañero Sr. Moeckel, de forma que se plantearon iniciar otra estrategia procesal distinta y canalizar la petición de salida procesional ante el Juez de Familia Sr. Serrano. Así, se le indicó al abuelo la posibilidad de solicitar unas medidas cautelares a su instancia, manteniendo al margen al padre, para lo cual debían acudir al día siguiente ante el Juez de Familia Sr. Serrano.

Con tal propósito, quedaron citados para el día siguiente, martes, en el propio Juzgado de Familia nº 7 tanto el Letrado Sr. Blanco como el menor, junto al padre y el abuelo, así como el Letrado Sr. Moeckel, que también acordó ir a idéntica sede judicial para entregar el Auto de 26 de enero de 2010 de medidas provisionales del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 4 de Sevilla.

TERCERO.- El martes, día 30 de marzo de 2010, se presentan hacia las diez o diez y media de la mañana en el Juzgado de Familia nº 7 de Sevilla (cuyo titular es el acusado D. Francisco de Asís Serrano Castro) L. N. G. con su nieto B....., así como el propio padre del menor F. N. A., acudiendo también el Letrado Sr. Blanco, exteriorizando al personal del Juzgado el deseo de entrevistarse con el titular del Juzgado.

Abuelo y nieto son recibidos por el Sr. Serrano en su despacho, en el que estaba presente la Secretaria y una funcionaria trabajando en otros expedientes, quedando afuera, en el pasillo, mientras tanto el padre del menor y el abogado Sr. Blanco. El abuelo manifestó la situación y el deseo del menor de salir en la referida procesión, tras lo cual el Sr. Serrano les indica que habrían de presentar una solicitud de medidas cautelares en el Decanato para que fuese turnada.

Mientras se desarrollaba la referida comparecencia o conversación, entró el Letrado Sr. Moeckel, que acudió a tales efectos en compañía del Letrado Sr. Requena Maldonado. Moeckel entró en el despacho del Sr. Serrano, estableciéndose entre ambos una conversación cuyo contenido se desconoce, al tiempo que le entregó el Auto del Juzgado de Violencia sobre la mujer al que se ha hecho referencia en el apartado primero.

La referida comparecencia, muy breve temporalmente, consistió en que el Juez preguntó al menor si tenía mucho interés en salir en la procesión, contestando éste que sí, "que estaba muy ilusionado y preocupado porque le impidieran salir". Seguidamente, se procedió a redactar la oportuna acta de comparecencia, cuyo contenido literal fue dictado por el Sr. Serrano, limitándose una funcionaria –L. L.- a transcribir al ordenador lo que le dictaba oralmente el juez. Su contenido consta al folio 216 y es del siguiente tenor literal:

"ACTA DE COMPARECENCIA

En Sevilla a treinta de marzo de dos mil diez.

Estando S.S^a constituido en audiencia pública, con mi asistencia, comparece el menor (B) de once años de edad, su abuelo paterno L. N. G. con DNI nº, quien manifiesta a los efectos de localización que los padres del niño se llaman D. F. N. A. con domicilio en de Sevilla y D^a I. H. P. con domicilio en de Sevilla.

Manifestando el menor que comparece ante este juzgado para pedir ser tutelado, ya que se encuentra en una situación de angustia, que además no entiende, puesto que una de las cosas que más ilusión le hacen en la vida es salir en las cofradías de Semana Santa. Que hoy martes también sale de nazareno en la cofradía de los Estudiantes pero hoy no a va a tener ningún problema ya que se encuentra en compañía de su padre quien no tiene ningún inconveniente y le facilita esa salida procesional. Que el problema y el perjuicio que le ha hecho comparecer ante un Juez para pedir que se le proteja es que en la próxima madrugada del viernes sale de paje, como lo ha hecho todos los años, con la Hermandad del Silencia.

Que a su madre le consta que es hermano de esa Hermandad y que ya salió el año pasado también de paje. Que no entiende, por tano, cómo ahora una abogad de su madre le ha dirigido un escrito a su padre poniendo todo tipo de problemas y obstáculos para poder salir.

Que se madre le hace unas preguntas a su padre por medio de sus abogados, cuya respuesta ya conoce perfectamente. Que él ha leído esas preguntas y no entiende nada ya que está contento en sus dos Hermandades que serían los Estudiantes y el Silencio. No ha leído sin sus Estatutos ni conoce quienes están en sus Juntas de Gobierno pero su ilusión cómo otros niños de su edad en salir en su cofradía

Que, por tanto, comparece junto a su abuelo para pedir que por favor se le oiga y que haya un juez que le pueda solucionar el problema con la urgencia que se requiere ya que tiene preparada toda la ropa, su papeleta de sitio y la Hermandad como todo el mundo sabe, sale en la madrugada del Viernes Santo".

Para la confección de dicha Acta de comparecencia la funcionaria utilizó un modelo propio de otro procedimiento elegido al azar entre los que gestionaba informáticamente, en concreto uno determinado en cuatro (divorcio nº 34/2010), por lo que el NIG correspondiente a tal procedimiento (4109142C20100002195) apareció en el folio impreso, que luego fue firmado por los comparecientes, por el Magistrado y por la Secretaria Judicial, al tiempo que quedaba grabado el acontecimiento procesal como propio del procedimiento abierto.

Una copia del Acta de comparecencia (con el NIG que se ha indicado) fue entregada en aquél momento al abuelo, Sr. N., sin que en dicho documento se hiciera constar identificación de partes ni de clase y número de procedimiento.

Seguidamente, el Sr. Serrano contactó telefónicamente con el Juez Decano de Sevilla a quien comentó la referida comparecencia del abuelo y el menor y "que se iba a presentar para reparto una solicitud urgente".

CUARTO.- siguiendo las indicaciones del Sr. Serrano, el Letrado Sr. Blanco fue rápidamente a su despacho a redactar el escrito de solicitud que obra al folio 205, del siguiente tenor literal:

"AL JUZGADO DE FAMILIA QUE POR TURNO DE REPARTO CORRESPONDA.

L. N. G., mayor de edad, en nombre y representación del menor de edad (B.....), ante dicho Juzgado comparece y dice:

Que su nieto, D. (B.....), de 11 años de edad, le ha verbalizado de forma reiterada e insistente su deseo de realizar su deseo de realizar la estación de

penitencia en la Hermandad conocida como "El Silencio", en la madrugada del Jueves al Viernes Santo, tal y como hizo el año pasado. Que toda vez, que existen discrepancias entre los padres sobre dicha posibilidad y al amparo de lo preceptuado en el artículo 158 del Código Civil, solicitamos que por parte de dicho juzgado se tomen las medidas necesarias que permitan al menor realizar la citada estancia de penitencia a fin de no causarle perjuicios al menor.

Por todo lo referido.

Solicitamos al Juzgado, al que nos dirigimos que adopte cuantas medidas sean necesarias a fin de evitar un perjuicio al citado menor. Sevilla a 30 de marzo de 2010".

Tras ello regresó al Decanato, donde había quedado citado y le esperaban el abuelo y el Sr. Moeckel. Dicho escrito fue firmado por el Sr. N. y presentado personalmente en la sección de Reparto del Decanato (tercera planta) por el Sr. Joaquín Moeckel, manifestando a la funcionaria P. G. que le atendió que se trataba de un asunto urgente y que "debía ser turnado al Juzgado nº 7", por lo que la referida funcionaria indicó que debía hacerse constar en el escrito el nº del Juzgado al que se refería, así como el NIG correspondiente; seguidamente, el Sr. Moeckel escribió en dicho escrito de su propio puño y letra la numeración 41 091 42C 2010 0002195 (tal y como parece leerse del documento obrante al folio 205), NIG que obtuvo de otros documentos que portaba y referenciaban dicho Juzgado.

No consta probado que el Sr. Moeckel aportara, junto con el escrito de solicitud ya comentado del folio 205, el Auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer que había sido entregado con anterioridad al Sr. Serrano ni tampoco el acta de comparecencia del abuelo y su nieto; al contrario, a la funcionaria citada le llamó la atención las prisas y que sólo se presentó "una hoja", lo que comentó con otra compañera M., que se encargó de su registro informático para reparto.

El asunto fue turnado al Juzgado de Familia nº7 como supuesto de medidas cautelares urgentes, y llevado en mano a dicho Juzgado por un funcionario del Decanato, donde se había recibido momentos antes una llamada telefónica de la Secretaria judicial del Juzgado nº 7 interesándose por "el reparto y si había salido el asunto".

En Sevilla existen cinco Juzgados de Familia (los nº 6, 7, 17, 23 y 26). El día 30 de marzo de 2010 el titular del Juzgado nº 7 sustituía al titular del Juzgado nº 23, y el del Juzgado nº 17 sustituía al del nº 26, en ambos casos por concesión de permiso reglamentario de tres días).

En la Junta Sectorial de Jueces de Familia de Sevilla de 9 de enero de 2007 (folios 476 ss.) se aprobó la siguiente norma de reparto: "Se turnarán por antecedentes al Juzgado que hubiera conocido del procedimiento de nulidad, separación y divorcio las siguientes clases de asuntos: protección de menores, jurisdicción voluntaria referente a menores".

QUINTO.- Mientras esto ocurría, el Sr. Serrano se acercó a las dependencias de Fiscalía para comunicar verbalmente la solicitud que se había presentado, no encontrando al Fiscal de permanencia, pero sí a otra compañera de despacho, concretamente la Sra. Fiscal Dña. D^a Susana Hernando Ramos a quien le comentó, sin exhibir documentación alguna, "que se ha presentado una solicitud de medidas urgentes y que han de ser resueltas en un plazo perentorio, ya que su eficacia vendría determinada para la madrugada del viernes santo". Dicha Fiscal contestó que "como en otros casos de medidas urgentes, debía acordarse lo procedente, atendiendo a la voluntad del menor, si bien, cuando pasen los autos y se diera traslado a la Fiscalía del expediente, se informaría lo oportuno al respecto".

Este encuentro y conversación con el Sr. Serrano fue comentada un rato después por la Sra. Hernando al propio Fiscal de permanencia, a quien le habló de la posible llegada al día siguiente, miércoles, de un expediente del Juzgado de Familia del Sr. Serrano, si bien no se dejó citación alguna en Fiscalía ni se dio traslado de expediente ni documentación alguna.

SEXTO.- Una vez que el escrito de solicitud de medidas llegó físicamente al Juzgado nº 7, no pudo itinerarse y registrar correctamente el oportuno procedimiento en el Sistema de Gestión Adriano, a efectos de abrirlo informáticamente, darle el oportuno y específico número de registro y trabajar en su propio entorno telemático, todo ello debido a problemas informáticos que han quedado acreditados y que no pudieron solventarse hasta el día siguiente:

Ante ello, el Sr. Serrano acordó tramitar de forma alternativa, aunque informática vía Word, la solicitud. Iniciada, así, la tramitación se redactó la providencia de incoación que obra al folio 214, del siguiente tenor literal:

"PROVIDENCIA ILMO. MAGISTRADO D. FRANCISCO DE ASÍS SERRANO CASTRO

En Sevilla, a treinta de marzo de dos mil diez.

Dada cuenta: por presentada la anterior solicitud de Medidas Urgentes Cautelares a tenor de lo dispuesto en el art. 158.3 CC, y dada la premura para dictar una resolución efectiva, oírgase en el mismo día de hoy al abuelo paterno que

ha presentado la solicitud en Decanato y al propio menor, poniéndose los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que informe si procede la adopción de alguna medida tendente a asegurar que el menor cumpla con su voluntad. Dado que no se han aportado los domicilios de los progenitores se habrá de solicitar del proponente de las medias que indique dichos domicilios a fin de notificarles lo que se resuelva en el presente incidente."

Asimismo, se acordó unir a las actuaciones el acta de la comparecencia ya celebrada, sin volver a repetirla ni practicar ninguna otra diligencia ni acto procesal, de manera que lo que inicialmente fue un acto preprocesal, se convirtió en una actuación procesal propia del procedimiento nº 323/2010;

Igualmente, el Sr. Serrano ordenó que se extendiera una diligencia de constancia sobre su encuentro con la Fiscal R., cuyo contenido obra al folio 215 y es del siguiente tenor literal:

"DILIGENCIA DE CONSTANCIA.- En Sevilla, a treinta de marzo de dos mil diez. La extiendo yo, el/la Secretario Judicial, para hacer constar personalmente SSª se desplaza a la Fiscalía comunicando a la Fiscal Dª Dª Susana Hernando Ramos que se ha presentado una solicitud de Medidas Urgentes y que han de ser resueltas en un plazo perentorio, ya que su eficacia vendría determinada para la próxima madrugada del viernes Santo, informándome SSª que el Ministerio Fiscal ha informado al respecto verbalmente que se acuerde lo procedente atendiendo a la voluntad expresada por el menor. Doy Fe".

También se acordó unir al escrito de solicitud una fotocopia del auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 4 de Sevilla de 26 de enero de 2010, que había quedado en su poder.

Mientras se actuaba de esta forma, la funcionaria interviniente observó que el NIG que aparecía en el acta de la comparecencia que iba a unirse no correspondía con el procedimiento correcto y recién aperturado, sino con otro distinto (el correspondiente al procedimiento sobre el que se trabajó al transcribir la comparecencia), por lo que el Sr. Serrano indicó a dicha funcionaria que suprimiera del primer folio de la comparecencia los datos referentes al NIG e imprimiera de nuevo el primer folio de la misma con ese dato suprimido, dejando exactamente igual el segundo folio del original (folios 217), que venía referido en exclusiva a "dar por terminado el acto y la presente, y después la leída y hallado conforme es firmada por todos los asistentes, después de SSª, conmigo el/la Secretario, de que doy fe", tras lo cual constan tales firmas reseñadas.

Finalmente, el Sr. Serrano dictó y firmó Auto resolviendo sobre la medida cautelar solicitada sin trámite procesal alguno, sin dar traslado ni pedir informe al Ministerio Fiscal, sin oír previamente tampoco a ninguno de los progenitores del menor, ni al padre del menor Sr. N. A. ni a la madre Dña R. H. P., a quien se atribuía una actitud reticente u obstativa al cumplimiento de lo acordado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, pese a conocer sus domicilios, que venían expresamente reseñados en la comparecencia inicial.

El contenido del Auto, fechado en Sevilla el 30 de marzo de dos mil diez, con numeración 247/2010, consta en los folios 218 y ss. de estas actuaciones y es del siguiente tenor literal:

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Ante el Decanato de los Juzgados de Sevilla se presentó escrito en nombre y representación del menor de edad (B.....), por D. L. N. G., solicitando amparo judicial en nombre de su nieto, instando la adopción de medidas urgentes de protección de conformidad a lo dispuesto en el art. 158 del C. Civil. La solicitud fue turnada a este Juzgado, dando traslado de la misma al Ministerio Fiscal, quien informó en el sentido de que se estuviera a la voluntad del menor, ratificándose el proponente en su solicitud y siendo oído y explorado el menor con relación a la solicitud formulada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad a lo dispuesto en el art. 158.3 del Código Civil se han de adoptar por este Juzgado las medidas apropiadas a fin de evitar que el pequeño (B.....) de 11 años de edad, y que ha comparecido solicitando tutela judicial, se le evite el perjuicio de tener que verse privado de realizar una actividad que para él resulta sumamente importante y trascendente, y para la que durante todo el año se prepara con ilusión y entusiasmo. Resulta incomprensible que cualquiera de sus progenitores siempre ponga obstáculos a lo que constituye su inequívoco y evidente deseo, que ha expresado sin paliativos a presencia judicial, que no es otro que poder salir en Semana Santa en las dos Cofradías de que es Hermano: De Nazareno, el martes Santo con los Estudiantes, y en la madrugada del Viernes Santo del paje con El Silencio.

Incomprensible más si cabe cuando ambos progenitores sabían que habrían de respetar la voluntad de su hijo de salir en Semana Santa haciendo Estación de Penitencia, y cuando el niño ya salió el año pasado, en esa misma Cofradía del Viernes Santo con el beneplácito de su madre. El hecho de que el segundo periodo de vacaciones de Semana Santa el hijo permanezca con la madre,

no puede amparar en su actitud demostrar recelo y rechazo a consentir que su hijo cumpla con su voluntad. No se encuentra justificación alguna en el hecho de aparentar una preocupación excesiva hacia lo que comporta una salida procesional existiendo solo un precedente en España al respecto en la negativa de una madre a que durante el periodo que le correspondía de estancia del hijo con el padre, aquél participara en los Encierros de San Fermín.

La peligrosidad "moral o física" de la salida procesional con la Hermandad del Silencio, sinceramente no admite parangón con el antecedentes expuesto.

De todo ello se desprende que la autoridad judicial a la que compete la materia de protección de menores, y cuando es el niño quien directamente solicita esa tutela, con independencia de los conflictos que puedan existir entre sus progenitores, lo que ha de adoptar una medida cautelar urgente y eficaz a fin de garantizar el interés del menor, y de inaudita parte pues se entiende que en otro caso esa tutela dejara de ser efectiva. En todo caso el beneficio que se reportaría al menor, se estima que no resultaría comparable con el perjuicio que supondría (ante el riesgo real de que estando con la madre el niño no cumpla su deseo) retrasar en solo día y medio su retorno al domicilio materno, y sin perjuicio de lo que para años sucesivos, y con más tiempo para resolver, pueda acordar el Juzgado que conoce del Divorcio entre ambos progenitores.

Visto lo cual,

ACUERDO: Adoptar como medida cautelar al amparo de lo dispuesto en el art. 158.3 del Código Civil, a favor del menor (B.....), la medida de que el retorno con su madre se produzca el Viernes, día 02 de abril a las 11.00 horas, prolongando el periodo de estancia de vacaciones con el padre a fin de asegurar que el niño pueda salir en la madrugada con su Cofradía del Silencia.

Notifíquese la presente resolución al menor, su abuelo y ambos progenitores".

El referido auto fue notificado personalmente en la propia sede del Juzgado al abuelo del menor, L. N. G., con entrega de copia literal, al tiempo que se remitía correo certificado para notificar idéntica resolución a los progenitores, sin que conste que, conocido este documento por los abogados del padre, estos remitieran vía e-mail una copia a la abogada de la madre.

SÉPTIMO.- En hora no determinada del miércoles santo, 31 de marzo de 2010, el padre del menor Sr. N. A., acudió al domicilio de la madre para entregar

exclusivamente al hijo pequeño, que fue recogido por la abuela, al encontrarse la madre trabajando en el hospital.

No consta suficientemente probado que se entregara a la abuela copia del Auto del juez que prolongaba el período de estancia del otro hermano con el padre a fin de asegurar que pueda salir en la madrugada con su Cofradía del Silencia, acordando que el retorno con la madre se produjera el viernes, día 2 de abril, a las 11.00 horas, lo que originó el consiguiente desasosiego de la abuela, y luego de la madre, que intentó infructuosamente contactar con su hijo y el padre, a través de teléfono móviles, hasta que se vio sorprendida por las noticias de prensa y televisión, que le fueron adelantadas y referidas por familiares y amigos, en las que, sin citarla, hablaban del caso del niño cofrade y la madre despechada, noticias que, razonablemente, conectó con su propia persona y situación familiar.

OCTAVO.- En las fecha que se reflejan el abogado de F. N. A., Sr. Moeckel, suministró a varios diarias de la capital sevillana información que fue publicada con lujo de detalles y comentarios el día 30 de marzo, sobre ciertas desavenencias entre dos cónyuges a quienes no se identifica con su nombre, sobre la asistencia de uno de sus hijos menores a la estación de penitencia de la cofradía de "El Silencio" en la madrugada del Viernes Santo (folios 100 y ss.).

Así, en la columna "PALCO FRADE", del diario ABC, se introduce la crónica titulada "Cofradía de la trista divorciada" con una entradilla del periodista en la que se hace referencia a que "una madre despechada con su ex tuvo ayer la feliz idea de incordiar a su hijo para fastidiar al padre con lo que más le duele: salir en El Silencia", narrando en su contenido la existencia de una serie de preguntas sobre datos de la cofradía y de la estación de penitencia que la madre del menor habría requerido al abogado del padre, y reproduciendo igualmente algunas palabras que el propio Sr. Moeckel había utilizado en una información ofrecida a otro periódico (Diario de Sevilla) del día 3 de febrero, como que en los turnos del derecho de visita se fijan las horas de recogida de los menores como si fueran "paquete de mensajero".

Igualmente, ese mismo día 30 de marzo, la crónica se reproduce en términos más informativos, en la edición del periódico "El Mundo", ("Divorciada condiciona la salida de su hijo en una Cofradía") en la que aparecen declaraciones expresas del Sr. Moeckel Gil sobre el asunto.

Por último, en la edición de ese mismo día de el "Diario de Sevilla" se introduce una noticia titulada "exige a su ex marido un informe para dejar salir a su hijo en la Madrugada", con el subtítulo "la mujer sólo accederá a llevar al niño

si conoce todos los detalles de la procesión", en la que se reproducen manifestaciones del Sr. Moeckel.

NOVENO.- En la noche del martes santo, 30 de marzo de 2010, dentro del programa de noticias de la cadena privada de televisión "Antena 3 Televisión", se hizo referencia al caso de la participación de un hijo en la "madrugá sevillana", que enfrenta a una pareja de divorciados, con intervención y comentarios del Letrado Sr. Moeckel, en los que refería que "la madre sólo intenta entorpecer la participación del niño en la procesión, que no puedo entender que se utilice a unos menores para fastidiar a los mayores, eso me parece intolerable".

Asimismo, dentro del programa "La tarde, aquí y ahora", emitido por Canal Sur televisión, se difundieron en las tardes del martes, 30 de marzo de 2010, y miércoles, 31 de marzo de 2010, sendos programas de tertulia con distintos periodistas en los que se hablaba del caso de un menor y su deseo de salida procesional, así como del informe detallado de la madre y curiosos detalles sobre la hermandad, con intervención y comentarios del Letrado Sr. Moeckel, en los que refería que "es deseo del niño procesionar y estamos teniendo ciertos temores de que eso no se vaya a llevar a cabo, que es de poca vergüenza preguntar esos detalles sobre la Hermandad, conociendo la madre que el niño hizo el año pasado ese recorrido, que ella, además es licenciada en medicina y debe saber cuáles son las limitaciones y el recorrido que va a hacer su hijo".

DÉCIMO.- En la edición del diario ABC de Sevilla del jueves santo, día 1 de abril de 2010, se publicó una información (f.57) referida al auto dictado por el acusado en el referido procedimiento, transcribiéndose literalmente algunas expresiones del mismo. Igualmente se incluyeron unas declaraciones del propio Sr. Serrano Castro efectuadas a la Agencia EFE explicando las razones por las que dictó el auto y calificando de "incomprensible" la actitud de la madre del menor, añadiendo que en este caso se hacía evidente que algunos progenitores "pones sus propios conflictos y enfrentamientos irracionales por encima de sus hijos, y que tales personas actúan movidas por su "visceralidad y resentimiento".

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que, absolviendo del delito de prevaricación dolosa, debemos condenar y condenamos al acusado D. Francisco de Asís Serrano Castro como responsable en concepto de autor de un delito de prevaricación culposa, previsto y penado en el artículo 447 del Código Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, si bien se acuerda acudir

al Gobierno de la Nación en solicitud de la concesión de indulto parcial para dejar reducida la duración de la pena impuesta a seis meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público, exponiendo lo conveniente y reflejado en el fundamento decimotercero de esta resolución, sin perjuicio de ejecutar desde luego esta sentencia una vez adquiera firmeza.

Se condena, asimismo, al acusado al pago de las costas procesales, incluidas las devengadas por la acusación particular, así como a que indemnice a la madre del menor, Dña. I. H. P., en la suma de cuatro mil euros (4.000 €).

Acredítese la solvencia o insolvencia del acusado.

Póngase en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial el contenido de esta resolución a los efectos oportunos.

Se acuerda incoar expediente y pieza separada de corrección disciplinaria, a efectos de posible sanción disciplinaria al Letrado D. Iñigo Moreno Lara, donde se unirá testimonio íntegro del contenido del fundamento décimocuarto precedentes, así como copia íntegra de la grabación audiovisual de las tres sesiones del juicio oral, de forma que, previa audiencia del interesado por tres días, que se computarán a partir de la notificación al Procurador de esta sentencia, se de cuenta al Tribunal a efectos de dictar el oportuno Acuerdo.

Asimismo, se acuerda dar traslado a los respectivos decanos de los colegios profesionales de abogados de las ciudades de Granada y Madrid de igual documentación para que valoren, en su propio ámbito, el correcto cumplimiento por el letrado D. Iñigo Moreno Lara, colegiado de Madrid, de sus deberes generales y deontológicos como Abogado.

Igualmente se notificó el voto particular anexo a las partes.

Así, por esta Sentencia, contra la que cabe recurso de casación, que será preparado ante esta Sala para ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo en el plazo de cinco días, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por las representaciones de **Francisco de Asís Serrano Castro y R. H. P.**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones de los recurrentes, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECRim., al incurrir la sentencia en falta de la debida claridad de los hechos declaran probados.

SEGUNDO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECRim., al incurrir la sentencia en contradicciones que se producen en el seno de los hechos que se declaran probados.

TERCERO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECRim., al consignarse en los hechos probados conceptos que por su carácter jurídico implica premedeterminación del fallo.

CUARTO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3 de la LECRim., al no resolver la sentencia sobre todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa.

QUINTO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art.5.4 de la L.O. del Poder Judicial y 24.1 (tutela judicial efectiva), en relación con el art. 120.3, ambos de la Constitución, y en su vertiente de la necesidad de motivar las resoluciones judiciales.

SEXTO.- Por error en la apreciación de la prueba al amparo del art. 849.2º de la LECRim.

SÉPTIMO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O. del Poder Judicial y 24.2 (presunción de inocencia) de la Constitución.

OCTAVO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O. del Poder Judicial y 24.2 (presunción de inocencia) de la Constitución.

NOVENO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O. del Poder Judicial y 24.2 (derecho a ser informado de la acusación: principio acusatorio) de la Constitución.

DÉCIMO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O. del Poder Judicial y 9.3 (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos) de la Constitución.

UNDÉCIMO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por aplicación indebida del artículo 447 (prevaricación culposa) del C.Penal.

DUODÉCIMO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECRim., por aplicación indebida de los artículos 110 y 116 (responsabilidad civil) del C.Penal.

DÉCIMOTERCERO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LCRim., por aplicación indebida del artículo 123 (costas procesales de acusación particular) del C.Penal.

La representación de Rosario Hinojosa Picón:

PRIMERO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1° de la LECrim., por aplicación indebida del artículo 158.4 del Código Civil y 87.ter.3 de la L.O. del Poder Judicial.

SEGUNDO.- Por error en la apreciación de la prueba al amparo del art. 849.2° de la LECrim.

TERCERO.- Quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1 de la LECRim., al denegarse por la Sala pruebas propuestas por la defensa.

CUARTO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECrim., dado que existe falta de claridad en algunos de los pasajes de los hechos probados, o existe contradicción entre los mismos o se consignan conceptos que implican perdeterminación del fallo.

QUINTO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3 de la LECRim.

SEXTO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.6 de la LECrim., al haber concurrido a dictar sentencia 2 Magistrados - sres Del Río y Garvín - cuya recusación fue intentada y rechazada.

SÉPTIMO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O. del Poder Judicial y 14 (principio de igualdad) y 24.1.2 (tutela judicial efectiva, juez ordinario predeterminado por ley, derecho a la defensa de sus intereses, derecho a un proceso público con las debidas garantías y a utilizar todos los medios de defensa) de la Constitución.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró ésta y la votación prevenida el día 30 de mayo de 2012. Con esa fecha esta Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó Auto de prórroga del término para dictar Sentencia.

Séptimo.- El magistrado imputado en los hechos asistió a la vista del recurso de casación ocupando un lugar en el estrado junto a su abogado defensor con el que comunicó y en algún momento expuso su opinión sobre el contenido de su defensa y de los recursos planteados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- La sentencia cuyo recurso de casación nos corresponde estudiar condena al magistrado juez D. Francisco de Asís Serrano Castro, titular del Juzgado nº 7 de Familia de Sevilla, como autor de un delito de prevaricación por imprudencia. Formaliza la impugnación el condenado y la acusación particular. El primero, además de quebrantamientos de forma, que han sido renunciados en la vista del recurso de casación, denuncia la vulneración de derechos fundamentales, entre los que destaca la denuncia por vulneración del principio acusatorio que, entiende, se ha producido al ser condenado por delito de prevaricación imprudente cuando había sido acusado en la modalidad dolosa de la prevaricación. La acusación particular denuncia esa subsunción del hecho en la imprudencia, cuando, a su juicio, la punición de los hechos debió ser realizada en el tipo doloso de prevaricación. También por infracción de ley la defensa denuncia la comisión culposa de la prevaricación. Premisa de ambas impugnaciones es la existencia de una resolución injusta, que cuestiona la defensa del magistrado condenado y es afirmada por la acusación particular con apoyo en la sentencia impugnada.

El relato fáctico refiere, en síntesis, lo siguiente: el juzgado de violencia sobre la mujer nº 4 de Sevilla dictó el 26 de enero de 2010 resolución de medidas provisionales que contemplaban, en lo que interesa, el reparto de la vacaciones de Semana Santa, que para ese año correspondían al padre hasta las 14 horas del miércoles Santo. Se dispuso también que *"ambos progenitores respetan el deseo de los hijos de tomar parte en las estaciones de penitencia de las hermandades a las que pertenecen"*.

Durante el turno de estancia con el padre se suscita el deseo del menor de salir en la procesión de Viernes Santo, cuando los niños están con la madre. El padre, a través de su abogado, dirige a la madre un correo electrónico solicitando permiso para prorrogar la estancia con el objeto de la procesión y obtiene una respuesta de su abogado que es interpretada como una maniobra evasiva a la autorización. El abogado del padre se entrevista con la misma finalidad con el

titular del juzgado que había adoptado las medidas provisionales quien les comentó que todo *"el proceso estaba bien descrito en el auto"*.

Conscientes de lo que consideran una denegación de la pretensión, en los términos que la habían planteado, el abuelo del menor habla con un abogado y éste, a su vez, contacta con el del padre y preparan una nueva estrategia consistente en "canalizar la petición de salida procesional ante el juez de familia Sr. Serrano".

El martes 30 de marzo acuden al Juzgado el abuelo y el menor, mientras el padre se queda en el pasillo, entran al despacho del juez y, con la presencia de los abogados que les acompañaban, realizan una comparecencia que dicta el propio magistrado acusado, en la que exponen el deseo del menor de acudir a la procesión. En el curso de la comparecencia, mantienen una conversación los abogados con el juez "cuyo contenido se desconoce", al tiempo "que le entregó el auto del juzgado de violencia sobre la mujer" de medidas provisionales.

A su término, el magistrado llama al decanato informando que acudirían al mismo para turnar una pretensión de aplicación del art. 158 Cc; también se dirige a Fiscalía donde solicita hablar con el fiscal de permanencia y, como no lo localiza, habla con una fiscal a quien la expone la situación. En esa conversación, ambos convienen en que lo importante es salvaguardar el interés del menor. Mientras esto ocurre, el letrado del abuelo del menor, "siguiendo las indicaciones del Sr. Serrano", redactó un escrito de petición de las medidas cautelares del art. 158 Cc. Posteriormente comunica con el decanato para interesarse por la realización del reparto de esa pretensión, en cuya oficina el letrado que asistió a la comparecencia insta su remisión al juzgado de Familia nº 7 por los antecedentes existentes. A tal efecto comunica el número de control del sistema informático que quedó reflejado en el papel de la comparecencia. El decanato remite a este juzgado el conocimiento de los hechos.

Recibida la documentación del decanato, el magistrado acusado dicta providencia acordando oír en declaración al abuelo y al menor y solicita informe al Ministerio fiscal. En su ejecución incorpora la comparecencia del menor y abuelo anteriormente recibida que realiza sobre un nuevo papel para evitar la anterior identificación del sistema informático, la que sirvió como antecedente

para el reparto del decanato, y hace constar, por diligencia de constancia, la conversación mantenida con la representante del Ministerio fiscal y, seguidamente, dicta un Auto en el que hace figurar que las diligencias han sido recibidas por reparto del juzgado decano, que ha recibido informe del Ministerio fiscal y que ha sido oído el solicitante y explorado el menor. En la fundamentación del auto afirma que "*resulta incomprensible que cualquiera de sus progenitores siempre ponga obstáculos a lo que constituye su inequívoco y evidente deseo*". Concluye afirmando "*la necesidad de adoptar una medida cautelar y urgente y eficaz a fin de garantizar el interés del menor*", y acuerda como medida cautelar, al amparo del art. 158.3 (en realidad es el número 4) del Código civil, que el menor pueda salir en la procesión del Viernes Santo, retrasando la entrega del menor a la madre hasta las 11 de la noche, tras la procesión. (El art. 158 Cc dispone que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio fiscal, dictará...: 4º En general, las demás disposiciones que consideran oportunas a fin de apartar del menor de un peligro o de evitarle perjuicios").

El hecho probado termina declarando que el Auto no fue notificado a la madre, que se enteró del hecho por los medios de comunicación social cuando se hicieron eco de la resolución dictada. En algunos de esos medios participaron, como comentaristas de la noticia, los abogados del padre y el propio Juez, oyendo la madre del menor expresiones del Juez que calificaba de incomprensible la actitud de la madre respecto a su hijo.

Abordamos, en primer término, la impugnación de la acusación particular, en la que solicita la condena por delito de prevaricación dolosa, lo que nos lleva a considerar la existencia de una resolución injusta y del dolo en la conducta prevaricadora. A continuación, analizaremos la impugnación formalizada por la defensa, a excepción de los motivos que fueron renunciados en la vista del recurso de casación.

PRIMERO.- La sentencia, como dijimos, es condenatoria por delito de prevaricación por imprudencia del art. 447 del Código Penal. Constatamos que el Ministerio Fiscal, que había calificado los hechos de prevaricación dolosa, retira esa calificación, en el trámite de conclusiones definitivas, y solicita la libre absolución que justifica en la inexistencia de una resolución injusta característica

de la prevaricación. La calificación por delito de prevaricación dolosa es mantenida por la acusación particular, que la sostiene también en esta casación, al denunciar el error de derecho existente en la sentencia de la instancia.

La impugnación de la acusación particular no es del todo precisa. Designa como precepto penal sustantivo uno del Código civil y una norma de la Ley Orgánica del Poder Judicial reguladora de la atribución competencial del juzgado de violencia sobre la mujer. Esa errónea formulación no supone que no podamos analizar la impugnación y darle el contenido preciso que resulta de la argumentación del motivo, en el que refiere el error en la aplicación de los preceptos que designa. Entiende, y es el fundamento de su queja, que se debió de calificar de dolosa la prevaricación que el tribunal de instancia ha declarado imprudente y si no lo ha hecho, afirma en el recurso, ha sido por una defectuosa interpretación de los artículos del Código civil y de la Ley Orgánica del Poder Judicial que designa. Consecuentemente, su razón de recurrir es clara y así ha sido entendido por la defensa.

En la argumentación de la acusación recurrente respeta el hecho probado: que el juez imputado tuvo conocimiento de la actuación jurisdiccional del Juzgado de violencia sobre la mujer que dictó las medidas provisionales. Conocedor de ese extremo el juez acusado no debía actuar, al constarle la tramitación de la misma causa en otro juzgado competente y no existir razones de urgencia y necesidad que justificara su actuación. "La conclusión de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de condenar por simple negligencia al acusado choca con el propio texto literal del art. 158 Cc y con todas las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales... El Ilmo. Sr. Juez actuó a sabiendas de que tal instrumento legal (art. 158) no era el adecuado para las circunstancias de aquella causa...".

Como hemos dicho, aunque la impugnación no es precisa, es clara en su razón de pedir: la condena por prevaricación dolosa. Se ha salvaguardado el principio de contradicción en el recurso pues la defensa del recurrido ha informado en contra de la estimación del recurso.

SEGUNDO.- Abordaremos en este fundamento la cuestión central del delito de prevaricación, la existencia de una resolución injusta, que ha sido negada en la impugnación de la defensa, y defendida en la de la acusación. El tribunal ha

declarado que existe una resolución manifiestamente injusta, típica de la prevaricación por imprudencia, valoración jurídica que supone un *plus* en el concepto de la resolución injusta.

La exigencia de la resolución injusta es un requisito de la tipicidad del delito de prevaricación doloso e imprudente y se integra como elemento nuclear de la tipicidad de la prevaricación. La diferenciación en orden a la calificación de la resolución es que, en el delito doloso, la resolución ha de ser injusta, en tanto que en la modalidad imprudente, la resolución ha de ser manifiestamente injusta. La diferencia entre una y otra implica una valoración de mayor gravedad sobre el contenido de la injusticia de la resolución.

Nuestra jurisprudencia en orden a la conceptualización de lo que debe entenderse por resolución injusta, ha abandonado posiciones subjetivas, que hacían depender de la subjetividad del juez lo justo de lo injusto, y construye su contenido en el quebrantamiento del derecho objetivo, que se produce cuando la aplicación realizada del derecho no resulta objetivamente sostenible, según los métodos generalmente admitidas en la interpretación del derecho. Se exige, por lo tanto, una indudable infracción del derecho, y, además, una arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción.

Lo injusto y lo justo no depende, por lo tanto, de la voluntad del juez, sino de la misma aplicación de la norma y realizada ésta es justa cuando el juez la aplica acudiendo a fuentes de interpretación válidas y admisibles. Entre ellas, claro está, la que resulta de órganos de la jurisdicción superiores en el orden al que se actúa. En este último argumento se apoya la defensa del juez para negar la injusticia de la resolución.

En nuestra reciente jurisprudencia se ha compendiado la doctrina sobre la prevaricación (STS 101/2012, de 27 de febrero) en los siguientes términos: "En la interpretación de la injusticia de la resolución esta Sala ha acudido a una formulación objetiva de manera que, como dijimos en la STS 755/2007, de 25 de septiembre, puede decirse que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica

razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada –desde el punto de vista objetivo– no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero)”. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que el sujeto activo del delito no aplica la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Son muchas las Sentencias de esta Sala que reproducen estos criterios, basta con citar la 627/2006, de 8 de junio, 102/2009, de 3 de febrero, y las importantes 2/99, de 15 de octubre, 2338/2001, de 27 de noviembre y 359/2002, de 26 de febrero. En todas ellas destacamos la particularidad de la prevaricación judicial: de una parte, la mayor gravedad de este delito frente a la prevaricación administrativa; y, de otra, que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del Derecho, de ahí que no deban trasladarse "*sic et simpliciter*" los calificativos que tradicionalmente ha utilizado la jurisprudencia para definir el acto injusto, como "esperpéntica", "apreciable por cualquiera", etc., pues éstos han sido forjados para funcionarios no técnicos en Derecho.

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

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

TERCERO.- De la perspectiva expuesta, analizamos la resolución que la sentencia de la instancia califica de manifiestamente injusta.

1.- El auto de 30 de marzo de 2010 es el objeto del delito de acusación. En éste el magistrado imputado acuerda la medida cautelar de posponer la entrega del

menor a la madre, para que pueda asistir a una procesión de Viernes Santo y lo hacen en un proceso en el que conoce que otro juez había intervenido y no existía una razón de urgencia para sustituirle en su competencia. Además a éste juez le había sido planteada la cuestión y la resolvió en un sentido que no agradó al padre del menor. Esta es la resolución cuya injusticia hemos de analizar a la luz de la acomodación a la legalidad según las opciones jurídicas defendibles.

La sentencia de instancia califica dicha resolución de manifiestamente injusta y lo hace, fundamento décimo, con una argumentación que consideramos correcta. Bastaría con reproducirla para afirmar ese presupuesto del delito de prevaricación. Sintéticamente, la resolución es injusta porque vulnera la norma de atribución competencial, pues existe un juzgado que conoce del conflicto y es el llamado a dirimir los que se planteen en un futuro, sobre todo en un supuesto como el de autos en el que el juez de violencia sobre la mujer ya había intervenido en el mismo conflicto, sugiriendo una composición entre los progenitores, por remisión a su resolución, lo que no fue del agrado de la defensa del padre. Ese desacuerdo con la resolución del juez de violencia fue el que desencadena una actuación posterior de los letrados del padre, buscando un juez que les solucione el conflicto de acuerdo a sus pretensiones. El juez condenado conocía esa actuación del juez competente, al menos sabía que el conflicto estaba judicializado en otro órgano judicial y, no obstante, se presta a intervenir en los términos que se declara probado, esto es, sustrayendo el conflicto al juez prevenido legalmente. En este contexto se producen nuevos hechos, reveladores de una actuación contraria al ordenamiento jurídico, como es que el juez acepte la comparecencia; que indique al Letrado que formule la petición del art. 158 Cc; habla con Fiscalía, que debe informar sobre la legalidad aplicable al conflicto. En una conversación, que sólo puede ser calificada de informal, obtiene de un representante del Ministerio público lo que no es sino una obviedad, que deberá actuarse en interés del menor. La representante del Ministerio fiscal con la que habla el magistrado acusado no lo hace en un proceso, sino lo hace con un compañero que le efectúa una consulta o un comentario. Es por ello que la representante del Ministerio fiscal comenta el asunto con su compañero de fiscalía, que debe informar en la causa, a quien narra su conversación anterior y le anuncia que llegará la causa para informe, lo que no sucederá. El magistrado condenado sustituirá ese informe con una diligencia de constancia, que él redacta, usurpando funciones del Secretario judicial, con el siguiente contenido "que se estuviera a la voluntad del menor". En el curso de su

procedimiento, nos dice el hecho probado, habla en dos ocasiones con el decanato para interesarse por el reparto de la comparecencia. Del decanato le es atribuido el conocimiento de los hechos por antecedentes, aunque el juez hace figurar que le ha correspondido por reparto y acuerda por providencia que se les oiga, al abuelo y al menor, lo que había realizado con anterioridad mediante una comparecencia. Altera el soporte documental de la comparecencia para evitar la identificación de la misma correspondiente a otra causa tramitada en su juzgado y que sirvió para que le fuera turnada por antecedentes. No da traslado de las actuaciones a los progenitores, pudiendo hacerlo, pues el padre se encontraba presente, o mejor dicho, en el pasillo de su juzgado, y la madre, ni siquiera fue convocada para ser oída. Además, y no obstante esa falta de audiencia, argumenta en la resolución que *"es incomprensible que cualquiera de los progenitores siempre ponga obstáculos a lo que constituye su inequívoco deseo"*. Esta afirmación carece de base, pues el magistrado que dicta esa resolución ni tiene antecedentes del conflicto ni ha oído en comparecencia a la madre. Son los conocimientos extraprocesales a los que alude la sentencia. En la misma resolución va a volver a calificar la conducta de la madre de incomprensible, lo que tendrá su eficacia posterior cuando el hecho alcance notoriedad en los medios de comunicación social con intervenciones del propio juez en los mismos, comentando su propia resolución. Por otra parte, es evidente que el auto dictado no dirime un conflicto, función principal de la jurisdicción, sino que por la forma de actuar ha creado un nuevo conflicto en el matrimonio en proceso de separación y sus relaciones con el hijo, dada la desautorización hacia la madre que se patentiza en el auto. Por último, la actuación jurisdiccional que carece de base competencial y que no ha seguido las reglas del proceso debido, se adopta sin argumentar nada sobre los presupuestos de la actuación cautelar, la situación de peligro o el perjuicio del menor. Nada se dice sobre la concurrencia de esos presupuestos de actuación, sólo se afirma su concurrencia, ni tan siquiera sobre la urgencia de la procedencia de la medida cautelar que adopta y la razón para sustituir al juzgado competente. Ha de recordarse que el juzgado de violencia tenía el mismo ámbito de competencia objetiva y territorial y no existía ningún obstáculo a su intervención, a salvo de la falta de acomodación de la respuesta a la pretensión de la parte que interesó el retraso en la devolución de los hijos. Es cierto que el art. 158 Cc no dispone un procedimiento de adopción de la decisión, pero no ha de olvidarse que ese precepto no es procesal, es una norma que habilita una actuación jurisdiccional, y que el principio de contradicción es esencial y básico en nuestro ordenamiento

jurídico y solo puede ser enervado en caso de imposibilidad constatada o de urgencia reconocida, de lo que deberá hacerse constancia en la resolución.

Únicamente, desde una motivación de la urgencia y la necesidad de evitar perjuicios y actuar el interés del menor, podría justificarse una atribución competencial y una medida cautelar como la adoptada.

Tal cúmulo de actuaciones injustas, que afectan a la competencia objetiva del juzgado, a la conformación de su competencia a través del reparto de asuntos, a la observancia del proceso debido y, en fin, al propio contenido material de la decisión hacen que, deba ser tenida por resolución injusta, no solo por el contenido material de la resolución sino por todo el proceso seguido para su adopción.

2.- Hemos dicho que asumíamos la argumentación del Tribunal Superior de Justicia sobre la existencia de una resolución manifiestamente injusta, si bien hemos de poner de manifiesto alguna contradicción en la que incurre. Entendemos que no es plausible afirmar, de una parte, que no existe concierto entre el magistrado acusado y los abogados de la parte, para atraer una competencia sobre el hecho y, de otra, que el juez imputado se ha convertido en instrumento de parte y ha instrumentalizado el proceso convirtiéndose *"el Juez de familia en instrumento, por temeridad y negligencia grave, de un ardid procesal sin desplegar las mínimas garantías y equilibrios procesales"*. Ello sólo sería posible si se entendiera que el juez ha actuado como un instrumento que ha obrado sin dolo. Esa consideración de mero instrumento se compagina mal con la actuación del juez que recibe al menor y su familia, realiza la comparecencia, y altera el escrito de comparecencia inicial para evitar poner de manifiesto la utilización de las diligencias de otra causa, precisamente las que fueron empleadas en el decanato para asegurar la remisión al juzgado número 7 (de Familia); dirige al letrado en su comportamiento procesal; comunica con fiscalía y documenta esa conversación informal como si se tratara de un traslado de la causa para informe de legalidad; comunica con el decanato sobre el reparto; y, por último, dicta la resolución cuya injusticia examinamos, sin fundamentar ni la urgencia, ni la competencia, ni los presupuestos que permiten la actuación bajo el amparo del art.158 del Código civil.

En todo caso, la resolución injusta no se asienta en la connivencia con los letrados de la parte para atraer la competencia, sino en el acto propio del juez por

el que actúa una competencia que no tenía y dicta la resolución sin la mínima observancia del principio de contradicción y sin la argumentación precisa sobre los presupuestos de la adopción de la medida adoptada.

3.- Abordamos ahora el análisis de la resolución desde la perspectiva del art. 158.4 del Código civil, lo que realizamos desde la propia resolución.

Coincidimos con la argumentación del tribunal de instancia en cuanto, en principio, la resolución presenta serios problemas de licitud toda vez que se dicta por un Juez que no era el llamado a conocer de la causa, que no establece el debido sistema de contradicción a través de los necesarios trámites de audiencia a las partes interesadas, obviamente los padres y el Ministerio fiscal; sin que, como señala la sentencia impugnada analizara, en su entera dimensión, los presupuestos de aplicación de la medida cautelar, esto es, el peligro y el perjuicio al menor. Se limita a señalar su concurrencia sin explicar, de forma razonable y coherente, la razón de su concreta concurrencia en el caso.

El auto carece de argumentación sobre los presupuestos de la actuación de la medida cautelar, no sólo los que fundamentan su competencia objetiva sino también los que fundamentan su resolución. Esa ausencia de motivación convierte a la resolución en un acto de ejercicio de la autoridad desprovisto de razonabilidad, contraviniendo el art. 120 y 24 de la Constitución que exige la motivación de las resoluciones judiciales. La simple exposición de los hechos de la comparecencia no es la motivación de la resolución que aplica una medida cautelar que deja sin efecto unas medidas provisionales dictadas por otro juzgado en la misma sede y con competencia sobre ese objeto. No es suficiente la exposición de unos hechos en síntesis que el menor quería salir en la procesión con una argumentación dirigida a explicar la situación de peligro o el perjuicio que se trata de evitar.

Es cierto que el art. 158 Cc. permite al juez, de cualquier jurisdicción, adoptar unas medidas excepcionales como las que refieren sus distintos apartados, pero eso no quiere decir, que no haya límites a la decisión judicial. Los límites resultan de la urgencia del supuesto planteado, de la situación de peligro o la evitación de perjuicios, y de los requisitos derivados de un correcto ejercicio de la jurisdicción, como la contradicción efectiva entre las partes, si fuera posible, como

lo era en este caso. El juez acusado nada argumenta sobre ello, la acuerda sin explicitar las razones de su adopción.

El tribunal de instancia expone, folios 20 y siguiente, los interrogantes que le plantea la actuación judicial, y concluye afirmando que la actuación del juez imputado es, desde la perspectiva de la legalidad y buen hacer judicial, arbitraria. El tribunal de instancia no se explica, porque no es lógico, la intervención del juez imputado cuando conocía otro juez que ya había resuelto; con la celeridad que lo realizó; sin dar lugar a la intervención del Ministerio fiscal y a los padres, directamente interesados en la educación del menor y siendo posible; suspendiendo unas medidas provisionales dictadas por otro juzgado sin justificación alguna, sustantiva y de su competencia; y forzando la actuación del decanato y del Ministerio fiscal en la forma que ha declarado probada

4.- La defensa del condenado argumenta que el auto tenido por injusto en la Sentencia de la instancia fue confirmado en su integridad por la Audiencia Provincial de Sevilla, en sendos autos, uno de 8 de junio de 2011, que resuelve la apelación, y otro de 29 de septiembre de 2011, que desestima un incidente de nulidad de actuaciones. Esa confirmación de la resolución, afirma el recurrente, cuestiona la consideración de ilicitud y, sobre todo, la arbitrariedad típica de la prevaricación, máxime cuando el tribunal de instancia ha declarado que no hubo maniobra para atraer la competencia.

Examinamos el contenido de las resoluciones de la Audiencia provincial, Autos de 8 de junio y 29 de septiembre de 2011 que, respectivamente, resuelven la apelación y un subsiguiente incidente de nulidad de actuaciones. La apelación fue formalizada tanto por el Ministerio fiscal como por la acusación particular y ambos plantean su disensión por la falta de competencia funcional del juzgado nº 7, de familia; y por ausencia de observancia del proceso debido, al no dar audiencia, pudiendo hacerlo, a los progenitores; y por inexistencia de peligro y perjuicio al menor. Los tres argumentos son planteados a la Audiencia provincial que, al resolver, se limita a confirmar, sin expresar ni la razón que justifica una alteración de las normas de competencia, ni la razón que permita una actuación "*inaudita parte*", ni las razones que justifican la situación de urgencia, de necesidad, de peligro y de perjuicio para el menor. Se refiere a la posibilidad de una actuación como la realizada.

En efecto, la Audiencia provincial argumenta en el auto de 29 de septiembre de 2011, en el que se resuelve una nulidad de actuaciones, que "*desde la legalidad sustantiva y procesal ordinaria, este Tribunal en su facultad revisora, motivó y exteriorizó el fundamento de la decisión adoptada al confirmar la resolución recurrida en cuanto a su competencia y contenido ...*". En el auto resolviendo la apelación, de fecha 8 de junio de 2011, el tribunal colegiado se plantea las dificultades que surgen de la concurrencia de otro juzgado, el de violencia sobre la mujer que había dictado las medidas cautelares y a quien se había planteado la cuestión y había decidido que lo resolviesen los padres, y también se plantea la cuestión referida a la falta de audición a las partes y resuelve, "*en atención a las razones de urgencia y necesidad estima competente al Juzgado de primera instancia nº 7, (Familia) de esta ciudad para incoar y conocer del presente procedimiento entablado, ya que aquel precepto le permitía adoptar las medidas necesarias para tutelar y proteger los intereses del menor de referencia incluso "inaudita parte" o de oficio por dicho órgano.*"

Ambas resoluciones no son, desde luego, modélicas en su motivación. Se limitan a afirmar que el art. 158 permite la decisión adoptada, pero no razona en qué medida la decisión se podría adoptar, en un supuesto como el que es objeto de la causa, en el que había otro juzgado conociendo que es apartado de ese conocimiento, lo que era conocido por el Juez del Juzgado nº 7 (Familia) de Sevilla; en un proceso "*inaudita parte*", pese al evidente interés de los progenitores en el caso concreto, siendo factible esa audiencia; sin oír al Ministerio fiscal en un informe de legalidad y en materia que afecta a un menor; con un presupuesto de actuación, peligro y perjuicio para el menor, que ni se razona ni explica su concurrencia. El art. 158 Cc se limita a señalar el contenido de la decisión que un juez puede adoptar, pero las circunstancias concurrentes obligaban a su adopción conforme a las exigencias del proceso debido, tanto en competencia como en el establecimiento de la contradicción y en la motivación de las medidas en lo atinente a los presupuestos de su adopción.

En las circunstancias expuestas la resolución de la Audiencia provincial, confirmando la medida adoptada no justifica la actuación judicial, ni es óbice a la consideración de la misma como resolución injusta.

CUARTO.- Desde el siguiente elemento de la tipicidad, el subjetivo, resulta clara la calificación de dolosa de la conducta del acusado.

Ciertamente, es difícil representarse un supuesto de prevaricación judicial imprudente, pues el hecho de dictar una resolución injusta por un funcionario tan cualificado como es el juez, deja poco espacio a un actuar negligente. Su ámbito de aplicación puede ser el de desatención grave de la oficina judicial causal a una actuación judicial manifiestamente injusta, lo que no es el caso de autos.

Desde los hechos probados surge con facilidad que el magistrado conocía los hechos en su total dimensión, la competencia de otro juzgado, conocía las medidas adoptadas por el mismo; también los deberes que le incumben en orden a la aplicación de la ley, sustantiva y procesal y, sin embargo, no actuó conforme exigía ese conocimiento disponiendo la ordenación del proceso sin observar las normas del proceso debido y aplicando la norma sin atención a los presupuestos que le facultaba actuar. Su actuar es doloso pues el autor conoce las circunstancias concurrentes y los deberes que le incumben. La resolución ha sido dictado con incumplimiento consciente de su deber jurisdiccional produciendo la resolución injusta.

QUINTO.- De cuanto llevamos argumentado, hemos estimado la impugnación de la acusación particular, calificando de dolosa, la prevaricación de acuerdo a su pretensión articulada en el primer motivo. Esa estimación hace innecesaria el examen del resto de los motivos de la acusación particular.

Con respecto a los opuestos por la defensa del juez condenado por prevaricación por imprudencia, los cuatro primeros formalizados por quebrantamiento de forma han sido renunciados por el recurrente.

En el quinto motivo alza su queja contra la que considera vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la sentencia respecto al contenido argumental de los autos de la Audiencia provincial de Sevilla que al conocer de la apelación y de una nulidad de actuaciones, confirman el Auto dictado por el juez de familia nº 7 y que es objeto del proceso penal por prevaricación.

La desestimación es procedente. Basta remitirse a la sentencia recurrida y, concretamente, a su fundamento primero para comprobar que el tribunal de instancia ha valorado las dos resoluciones. También da cumplida cuenta de esa valoración el voto particular que se ha incorporado a la sentencia y que forma parte de la misma.

El derecho fundamental a la tutela judicial tiene un contenido esencial consistente en la actuación procesal conforme al proceso debido y no supone el derecho a una valoración según los argumentos de una de las partes. El tribunal de instancia valora las resoluciones de la Audiencia provincial sin que entienda que justifica el acto del juez acusado.

En el sexto de los motivos, denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba, designando como documentos acreditativos del error los autos de la Audiencia provincial de Sevilla, autos de 8 de junio y de 29 de septiembre de 2011, de los que resulta el error, porque esas resoluciones demuestran “la inexistencia de una conducta imprudente”. El motivo se desestima. Los mencionados autos acreditan y tienen, por lo tanto, la condición de documentos en lo que atañe a la fecha, existencia y su contenido, pero no pueden acreditar la legalidad ni la arbitrariedad de una resolución.

En reiterados precedentes, que recoge el Ministerio fiscal en su informe en la impugnación, hemos declarado que las resoluciones judiciales no integra el concepto de documento a efectos del recurso de casación pues los pronunciamientos contenidos en una resolución no pueden ser acreditativos del hecho, aparte de los contenidos formales de la resolución. Por otra parte, su contenido material no es vinculante para otros órganos judiciales.

En el séptimo y octavo de los motivos denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia. Lo que discute no es propiamente la inexistencia de una actividad probatoria sino la valoración de esa prueba, que existe, para llegar a la conclusión condenatoria que expresa la sentencia.

El contenido del derecho a la presunción de inocencia incluye la necesaria existencia de una actividad probatoria, lícita y regularmente obtenida, con sentido

incriminatorio, sobre los elementos del delito y la participación de una persona y abarca también la racionalidad de la inferencia que resulta de la motivación. Los anteriores contenidos aparecen en la sentencia impugnada, por lo que el motivo se desestima. El recurrente en una extensa motivación sobre la configuración jurisprudencial de la actividad probatoria, particularmente, de la prueba indiciaria, plantea una nueva valoración de la prueba, según su legítimo interés en la causa, pero ajena al contenido de la impugnación, pues es al tribunal de instancia a quien compete la valoración de la actividad probatoria y a esta Sala, el juicio de revisión. Esos requisitos concurren en la causa y la documentación de la resolución no ha sido cuestionada en lo referente a su autoría y contenido.

En el noveno de los motivos, plantea la vulneración del derecho a ser informado de la acusación, principio acusatorio, por haber sido condenado por delito de prevaricación imprudente, cuando había sido acusado por la modalidad dolosa. El motivo carece de contenido una vez que hemos estimado la impugnación de la acusación particular calificando la prevaricación de dolosa.

En el motivo décimo, vuelve a denunciar la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia y a la interdicción de la arbitrariedad. En el motivo discute la motivación y la racionalidad de la sentencia en la condena. Desde los hechos realiza una distinta valoración y concluye destacando la incorrecta motivación de la sentencia.

En gran medida la respuesta a esta impugnación la hemos dado al analizar el motivo de la impugnación opuesto por la acusación particular y en el que hemos estimado la subsunción propuesta en el delito de prevaricación doloso.

Cuestiona el recurrente que el art. 158 del Código civil permite la adopción de medidas cautelares y el único requisito que impone la jurisprudencia (STS 1º-17 de septiembre de 1996) es la audiencia del menor.

Ciertamente, y como hemos expuesto, el art. 158 Cc permite adoptar aquellas medidas para la protección del menor, pero su adopción no es libérrima, sino sujeta a presupuestos para su adopción, la situación de peligro o un perjuicio al menor, extremos sobre los que no se razona. El precepto no señala un trámite de audiencia a los progenitores, pero la singularidad de cada caso aconsejará la

tramitación pertinente desde la premisa de la excepcionalidad de la actuación jurisdiccional “*inaudita parte*” pues la contradicción, cuando se trata de adopción de resoluciones y medidas cautelares que afectan a los derechos e intereses de personas, es un requisito esencial del proceso. En este sentido, es obvio que los principales interesados en la defensa del menor son sus progenitores, y éstos han sido apartados de la composición del conflicto a quienes el juez de violencia, que era competente por los antecedentes existentes, había invitado a solucionar el conflicto existente.

La arbitrariedad del juez radica en adoptar una resolución que supone sustraer la competencia al juez a quien le corresponde, que ya había resuelto en un sentido que no era del agrado del padre y su familia; sin observar las reglas esenciales del proceso, la contradicción y la audiencia previa a los interesados siendo esta posible; y adoptar la decisión sin ajustarse ni explicar motivadamente las razones de urgencia, necesidad y de protección que requiere la norma de aplicación. El que el tribunal de instancia afirmara que no estima probada que hubiera acuerdo con el letrado de la parte para atraer la competencia sobre el hecho sólo quiere decir, precisamente, que no hubo acuerdo con la parte, pero esa consideración no es obstáculo al hecho de que el juez asumió una competencia que no le correspondía y que conocía la de otro juzgado.

III. FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por la representación de **Francisco de Asís Serrano Castro**, contra la sentencia dictada el día 13 de octubre de dos mil once, por **el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, Sala de lo Civil y Penal, en Granada** en la causa seguida contra el mismo, por delito prevaricación judicial. Condenamos a dicho recurrente al pago de la mitad de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por la representación de **R. H. P.**, contra la sentencia dictada el día 13 de octubre de dos mil once, por **el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, Sala de lo Civil y Penal, en Granada** en la causa seguida contra Francisco de Asís Serrano Castro, por delito prevaricación judicial. Declarando de oficio el pago de la mitad de las costas causadas. Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Juan Saavedra Ruíz

Andrés Martínez Arrieta

Perfecto Andrés Ibáñez

Francisco Monterde Ferrer

Antonio del Moral García

2171/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Vista: 30/05/2012

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 571/2012

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Antonio del Moral García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Junio de dos mil doce.

Primero.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Granada, en el Procedimiento Abreviado nº 1/2011, seguido ante la misma Sala por delito de prevaricación judicial, dictó sentencia de fecha 13 de octubre de dos mil once que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Granada.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en el segundo de los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación del recurso interpuesto por F. N. A..

III. FALLO

F A L L A M O S: Que debemos condenar y condenamos al acusado **Francisco de Asís Serrano Castro** como autor responsable de un delito de prevaricación del art. 445.3 del Código penal sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de multa de **doce meses** con

una cuota diaria de 6 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código penal y **diez años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado**, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y honores que le son anejos, así como la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del poder judicial.

Se ratifican los demás pronunciamientos de la sentencia de la instancia en orden a la condena en costas, responsabilidad civil y lo referente a la incoación de expediente disciplinario y a la pieza separada por sanciones disciplinarias.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Juan Saavedra Ruíz

Andrés Martínez Arrieta

Perfecto Andrés Ibáñez

Francisco Monterde Ferrer

Antonio del Moral García

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:29/06/2012

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. FRANCISCO MONTERDE FERRER AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. ANTONIO DEL MORAL GARCIA CON RESPECTO A LA SENTENCIA nº571/2012, de 29 de junio, DICTADA EN RECURSO DE CASACIÓN 2171/2011.

I.- Con todo el respeto acerca del parecer mayoritario de los miembros de este Tribunal, reflejado en la sentencia de referencia, aunque comparto la doctrina jurisprudencial expuesta, con los precedentes que se viene a citar, discrepo de la calificación que efectúa de los hechos declarados probados en la instancia, admitiendo la tipificación en el delito de *prevaricación dolosa*, prevista en el **art. 446.3º** del CP. y dando lugar con ello al motivo por infracción de ley formulado por la representación de la acusación particular, puesto que entiendo que en el caso que nos ocupa no se da tal delito ,que el motivo aceptado no debió haber prosperado, y que el acusado debió haber sido absuelto de todos los cargos contra él formulados.

II.- En primer lugar, considero que la formulación del motivo de la parte querellante, no sólo “*no es del todo precisa*”, como el parecer de la mayoría indica, sino que incorrectamente designa, -como se viene a reconocer- no un precepto penal sustantivo, sino uno “del Código civil y una norma de la Ley Orgánica del Poder Judicial reguladora de la atribución competencial del Juzgado de Violencia sobre la Mujer”.

La mayoría, pese a calificar de “*errónea esa formulación*”, entiende que ello no supone que no se pueda analizar la impugnación y darle el contenido preciso que resulta de la argumentación del motivo, en el que afirma que refiere el error en la aplicación de los preceptos que designa. Y entiende que, para la parte recurrente -siendo este el fundamento de su queja -*se debió de calificar de dolosa la prevaricación* ,que el tribunal de instancia ha declarado imprudente; considerando el recurso que, si no lo ha hecho ha sido por una defectuosa interpretación de los artículos del Código Civil y de la LOPJ que designa. De

modo -concluye- que aunque la impugnación no es precisa, es clara en su razón de pedir: *la condena por prevaricación dolosa*.

Pues bien, aun cuando generosamente, con el fin de garantizar el principio de tutela judicial efectiva, pueda aceptarse como quebrantado un precepto que suponga la inaplicación de instituciones de carácter procesal necesarias (cosa juzgada, competencia, etc) para la realización de la justicia, pues, es doctrina generalmente aceptada que, desde la perspectiva del derecho fundamental al proceso debido, las normas procesales pueden adquirir un contenido sustantivo que permita su inclusión en el nº 1 del art 849 LECr, lo que es claro es que ha de atenderse al total contenido de la alegación de la parte, y no pasar, como sobre ascuas, respecto de parte fundamental del mismo.

III.- En efecto, la base de la argumentación de la recurrente se encuentra en la imputación al acusado -y aún a la Audiencia provincial de Sevilla, y hasta al magistrado firmante del voto particular discrepante de la mayoría de los integrantes del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-, de haber infringido el ***art .87.ter.3 de la LOPJ***, que establece la competencia exclusiva y excluyente de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, lo que realizó “a sabiendas”, como especialista en la materia, con obras publicadas defendiendo la aplicación de tal norma.

El criterio de la mayoría (FJ tercero) parece dirigido a no examinar esa afirmación básica del motivo de la recurrente, ni el alcance del precepto invocado -que es en todo momento ignorado- y se limita, manifestando admitir la calificación efectuada en el fJ décimo por la sentencia de instancia, a calificar de "injusta" la resolución dictada por el acusado, dando por hecho que "vulnera la norma de atribución competencial , pues existe un juzgado que conoce del conflicto y es llamado a dirimir los que se planteen en un futuro, sugiriendo una composición entre los progenitores, por remisión a su resolución, lo que no fue del agrado de la defensa del padre; y que el auto dictado no dirime el conflicto, sino que por la forma de actuar ha creado un nuevo conflicto en el matrimonio en proceso de separación y sus relaciones con el hijo, dada la desautorización hacia la madre que se patentiza en el auto. Y se afirma que el acusado no ha seguido las reglas del proceso debido, pues se adopta sin argumentar nada sobre los presupuestos de la actuación cautelar, la situación de peligro o el perjuicio del

menor...ni tan siquiera sobre la urgencia de la procedencia de la medida cautelar que adopta y la razón para sustituir al juzgado competente. Y concluye la mayoría señalando “que tal cúmulo de actuaciones *injustas*, que afectan a la competencia objetiva del juzgado, a la conformación de su competencia a través del reparto de asuntos, a la observancia del proceso debido, y en fin al propio contenido material de la decisión, hacen que, en su conjunto, deba ser tenida por resolución *injusta*”.

Y aunque la petición de convertir en dolosa la calificación de la parte recurrente en su motivo por el art. 849.1º, se exterioriza en algún pasaje de su argumentación, ésta discurre por senderos distintos a los esgrimidos en la sentencia de la mayoría para atender esa solicitud. En el ámbito de un recurso no opera el principio acusatorio, pero sí la necesidad de salvaguardar plenamente el principio de contradicción sobre todo cuando el recurso es contra reo. Diferente sería si nos enfrentamos a un recurso interpuesto por el condenado donde se ha llegado incluso a presumir una voluntad impugnativa en materias ni siquiera invocadas. Pero en un recurso planteado por una acusación para reclamar la condena o agravarla la capacidad del Tribunal *ad quem* de elaborar su discurso para acoger la petición por derroteros que estén al margen o mucho más allá de la exposición realizada por quien recurre ha de tener como límite la salvaguarda del principio de contradicción; es decir constatar que la parte recurrida ha tenido ocasión de rebatir o discutir las razones que propician la estimación del recurso.

A eso se limitó el condenado al impugnar el primero de los motivos de la acusación particular, sin adentrarse en otras cuestiones que ahora en la sentencia de la mayoría afloran como determinantes de la estimación del motivo. Aunque el marco contextual procesal es muy diferente, puede predicarse de un recurso extraordinario como es la casación, especialmente cuando el recurrido es la parte pasiva del proceso penal, las limitaciones que el TC impone en un recurso de amparo: el Tribunal no puede ni suplir los razonamientos del demandante; ni reconstruir de oficio la argumentación de la demanda (SSTC 76/2007, de 16 de abril, 226/2002, de 9 de diciembre o AATC 5/2002, de 14 de enero o 181/2001, de 2 de julio).

IV.- En contraste con el invocado, pero obviado, precepto de la LOPJ, la mayoría indica abordar el análisis de la resolución desde la perspectiva del *art*

158.4 CC, afirmando que “el auto carece de argumentación desde los presupuestos de la actuación de la medida cautelar, no sólo los que fundamentan su competencia objetiva, sino también los que fundamentan su resolución. Esa ausencia de motivación convierte a la resolución en un acto de ejercicio de autoridad desprovisto de razonabilidad, contraviniendo el art 120 y 24 CE, que exige la motivación de las resoluciones judiciales. La simple exposición de los hechos de la comparecencia no es la motivación de la resolución que aplica una medida cautelar que deja sin efecto unas medidas provisionales dictadas por otro juzgado en la misma sede y con competencia sobre ese objeto. No es suficiente la exposición de unos hechos, en síntesis, que el menor quería salir en la procesión, con una argumentación dirigida a explicar la situación de peligro o el perjuicio que se trata de evitar”.

Se mantiene igualmente, coincidiendo con el tribunal de instancia, que no tiene explicación la actuación judicial del modo descrito suspendiendo unas medidas provisionales dictadas por otro juzgado, sin justificación alguna.

Además, para concluir que las resoluciones de la Audiencia Provincial confirmando la medida adoptada, no justifican la actuación judicial, y no son óbice a la consideración de la misma como resolución injusta, efectuando el reproche - que por improcedente no puedo compartir-, de que "sus resoluciones no son modélicas en su motivación", se viene a señalar que “se limitan a afirmar que el art 158 permite la decisión adoptada, pero sin razonar en qué medida la decisión se podía adoptar, en un supuesto como el que es objeto de la causa... El art 158 CC, se limita a señalar el contenido de la decisión que un juez puede adoptar, pero las circunstancias concurrentes obligaban a su adopción conforme a las exigencias del proceso debido”.

V.- Como expresó en su voto particular el magistrado que discrepó de la mayoría de integrantes del tribunal de la primera instancia, la conducta del Sr. Serrano Castro en la tramitación del procedimiento aparece preordenada al otorgamiento de tutela judicial tuitiva al menor por la vía del art. 158 del Código Civil, y no aparece indicio alguno en la causa por el que se aprecie elementos de convicción suficientes para alcanzar una conclusión distinta.

La sentencia condenatoria de la Sala de instancia -y también la de la mayoría del tribunal de casación - infiere el carácter *-manifiestamente* injusto, o simplemente *injusto*- de la actuación del acusado, no sólo de la resolución final dictada en el procedimiento de medidas 393/2010, sino de la actuación del mismo en la tramitación del procedimiento, y en particular, de las circunstancias circundantes a la asunción de la competencia por el Juez.

Sin embargo, las circunstancias concurrentes de que se trata no permiten afirmar que nos encontremos ante una resolución *injusta*, ni tan siquiera en su vertiente procedimental o como prevaricación procesal. La actuación procesal del Juez encuentra una explicación en derecho, con la que resulta posible la discrepancia, pero sin que resulte posible afirmar que se actúa al margen del derecho o de forma inexplicable desde la perspectiva legal.

La conducta del Juez se circunscribe a atender el deseo del menor en orden a la asistencia a un acto procesional, prorrogando en 45 horas la custodia del progenitor paterno, sobre la base del deseo expresado por el menor en la comparecencia celebrada ante el propio Juez, sin haber procedido a dar audiencia a los progenitores del menor, ni al Ministerio Fiscal.

Así en el análisis de la indicada actuación debe hacerse referencia, en primer lugar al procedimiento en el que se produjo la actuación del Juez. El mismo aparece configurado por el art. **158 del CC**, que señala que:

"El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: (...)

4.- En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro *o de evitarle perjuicios*.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria".

Decíamos que la base del motivo por infracción de ley del recurrente que ha sido admitido, se encuentra en su afirmación del conocimiento por parte del

acusado de la competencia exclusiva y excluyente de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Pues bien, debe reseñarse, en primer lugar la posibilidad de que el acusado conociera del procedimiento de medidas del 158 del Código Civil, cuando por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 4 de Sevilla se había dictado auto por el cual se establecían las medidas provisionales en el divorcio de los cónyuges. Tal posibilidad jurídicamente controvertida no puede considerarse como injusta o inexplicable en derecho por cuanto-como sostiene el magistrado discrepante de la mayoría en la instancia-, considerando la doctrina de las diferentes Audiencias Provinciales, así como los estudios jurídicos existentes al respecto, diferentes juristas sostienen la posibilidad de conocimiento de los procedimientos tramitados en aplicación del art. 158 del Código Civil con independencia de la tramitación de un procedimiento de separación o divorcio, en tanto que el precepto del Código Civil permite la adopción de las medidas dentro de cualquier proceso civil o penal o bien, y esto es lo relevante, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Asimismo -como recuerda el mismo disidente- ha sido materia del juicio oral la forma en que el Juez acusado asumió, entre los diferentes Juzgados de Familia, la competencia funcional para conocer de las actuaciones. Tal asunción de la competencia, -sobre todo en relación al incidente relativo a la asignación del NIG y descartada por la Sala la actuación dolosa del Magistrado en orden a maniobrar en connivencia con las partes-, no permite tampoco inferir la existencia de una actuación *injusta* del acusado en la tramitación del procedimiento. Tal y como se expresa en el relato de hechos probados de la sentencia, el incidente en cuestión resulta desvirtuado por la declaración de la funcionaria en la que afirma haber sido ella la que decidió plasmar la comparecencia en un documento del sistema informático Adriano, siendo asimismo ella la que obtuvo como modelo el documento correspondiente a otro procedimiento previo y borró los datos de identificación que existían en el mismo, dejando sin embargo subsistente el NIG referenciado.

Así, una vez determinada la posibilidad de tramitar por los Juzgados de Familia el procedimiento del art. 158 del Código Civil, de forma independiente al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que conoce de la separación o divorcio de los cónyuges, así como la forma en que se produjo la asunción del procedimiento por

el Juez, resta por determinar la omisión de determinadas diligencias que podían haberle ilustrado mejor en orden a la realidad de los hechos y del conflicto existente en relación a la asistencia del menor al acto procesional, todo ello presidido por los elementos de juicio de que disponía el Juez para adoptar la resolución que se produjo.

Y si se reprocha haber omitido la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, cuya actuación podía haber recabado, en cuanto al informe del Ministerio *Fiscal*, no puede olvidarse que según consta en las actuaciones, se considera probado que el Juez se personó en Fiscalía a fin de recabar el parecer del Ministerio Público produciéndose la circunstancia de que no se encontraba el Fiscal encargado del despacho de sus asuntos, manifestando la Fiscal (a quien sí encontró el Juez) que, con la salvedad propia de no encontrarse en conocimiento de la causa, el criterio decisor ordinario sería respetar la voluntad del menor, criterio que a su vez venía a ratificar el ***consagrado por el Juez de Violencia*** sobre la Mujer en su auto de fecha 26 de enero de 2010. En tal situación, el Juez, mediante diligencia de constancia, tuvo por evacuado el informe del Ministerio Público.

Y, "objetivamente" vistas las cosas, la decisión del Juez Serrano, de quien no declaran los hechos probados que tuviese noticia de una anterior entrevista con el Juez de Violencia, se limitaba a ***robustecer la eficacia de las medidas acordadas por el Juez de Violencia***; a hacer efectiva una de las medidas que expresamente había acordado tal Juez: que se respetase en ese punto ***el deseo de los menores***.

También debe procederse al análisis de la omisión realizada por el Juez en cuanto a la audiencia de los progenitores, la cual pudo haber ilustrado al Juez en orden a la realidad del conflicto existente. Ciertamente, una mejor diligencia en la tramitación del procedimiento podría haberle conducido a evacuar dicho trámite, el cual no escapaba a sus posibilidades. Ahora bien, lo que debe analizarse es sí la actuación del Juez al omitir tales trámites debe conducir a calificar su conducta y resolución como *injusta*.

Al efecto, básico es determinar el concepto de urgencia, consagrado por el art. 158 del CC en orden a conceder al Juez la habilitación precisa para realizar la actuación que llevo a cabo.

Como bien expone el autor del voto particular a la resolución de instancia, la *urgencia* es un concepto jurídico indeterminado, lo que supone que, o bien el presupuesto de hecho de la norma (como es el caso), o bien su consecuencia jurídica, no se encuentra agotadora y taxativamente previstos por la norma, de tal forma que su aplicación requiere una labor interpretativa tendente a perfilar si un concreto supuesto integra dicho concepto; debiendo ser el aplicador del derecho quien haya de realizar la labor hermenéutica, a fin de determinar si ante un concreto supuesto de hecho se cubren las exigencias del concepto jurídico indeterminado.

Los hechos sometidos a juicio, nos vienen a decir que, por parte del Juez del Juzgado de Familia, se procedió a autorizar y asegurar la asistencia del menor a la procesión de madrugada con su Cofradía del Silencio, procediendo para ello a alterar -puntualmente- el régimen de visitas que regía las relaciones personales entre los progenitores del menor, de modo que el retorno con su madre se produjera el Viernes, día 2 de abril a las 11 horas, prolongando el periodo de estancia de vacaciones con el padre, que finalizaba el Miércoles a las 14 horas.

El Juez valoró, indudablemente, que, pese a encontrarse a finales de la mañana del Martes Santo y restando aún, por tanto, toda la mañana del Miércoles para poder actuar, *la urgencia* en atender al interés del menor justificaba la actuación tutelar inmediata, sin audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. Seguramente, debió ser más explícito, pero, las mismas fechas de la solicitud, inicio de la tramitación y fecha límite de la permanencia con el padre (Miércoles a las 14 horas), implícita, pero inequívocamente explican la estimada urgencia. La mismas fechas hablan por sí mismas, y frente a ello no puede oponerse una indudable disponibilidad de la madre (que, según consta en el hecho probado séptimo, “el Miércoles Santo, 31 de marzo de 2010, se encontraba *trabajando en el Hospital*”) para comparecer en horario de audiencia del Juzgado de Familia.

Realmente se trata de enjuiciar, si tal actuación resulta explicable en términos jurídicos, posible a la luz del ordenamiento jurídico, así como de las diferentes posibilidades que ofrece el concepto de urgencia ofrecido por el indicado precepto del Código Civil.

En este punto -como también apunta el magistrado disidente en la instancia- no resulta posible abstraerse del marco concreto en que tuvo lugar la actuación del Juez, conforme a los hechos declarados probados. De tal manera que lo relevante es si puede ser considerado como posible o explicable en derecho que, en el contexto de la Semana Santa Sevillana y en el seno de una familia de tradición cofrade (tanto el padre como el abuelo del menor son hermanos de la cofradía a la que el niño había asistido el año anterior) las objeciones o dificultades que el menor encontrase para asistir al acto procesional (y no puede olvidarse que una resolución judicial anterior amparaba la satisfacción de su deseo en orden a la asistencia a los actos procesionales- precisamente el auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de 26 de enero de 2010 -) resultasen acreedoras a la intervención judicial expuesta.

VI.- Por otra parte, en contra de lo que sugiere la mayoría en la sentencia de que discrepo, como recogen los hechos probados de la sentencia de instancia, el auto del Juez Serrano de 30-3-2010, en el inicio de su fundamento de derecho único, explica la razón de su decisión adoptando las medidas adecuadas, al amparo del art 158 CC, indicando que lo hace “a fin de evitar que el pequeño (B.....) de 11 años de edad, y que ha comparecido solicitando tutela judicial, se le *evite el perjuicio* de tener que *verse privado* de realizar una actividad que para él resulta sumamente importante y trascendente, y para la que todo el año se prepara con ilusión y entusiasmo...y que constituye su inequívoco y evidente deseo, que ha expresado sin paliativos a presencia judicial, que no es otro que *poder salir* en Semana Santa en las dos Cofradías de que es Hermano: De Nazareno, en Martes Santo con los estudiantes, y en la madrugada del Viernes Santo de paje con el Silencio.”

Y, aunque la resolución analizada se pierda en algunas calificaciones, extemporáneas e improcedentes por innecesarias, sobre la actitud reticente de la madre (indudable en cuanto a su interpretación por los abogados del padre como “sibilina y contraria a permitir la salida”), a la vista del envío ,en fecha tan próxima como el Viernes, 23 de marzo, -declarado también probado-, por la abogada de la madre, interesando “*detalles sobre la cofradía en cuestión, acompañamiento o no del menor por mujeres, tiempo de recorrido y medidas de protección del hijo*”), tras rechazar la insinuada peligrosidad “moral o física” de la

salida procesional con la Hermandad del Silencio, concluyó señalando que :“...la autoridad judicial a la que compete la materia de Protección de Menores, cuando es el niño quien directamente solicita la tutela ...ha de adoptar una medida cautelar urgente y eficaz a fin de *garantizar el interés del menor*, y de inaudita parte, pues se entiende que, en otro caso, esa tutela dejará de ser efectiva “. Y acaba argumentando sobre la regla de ponderación que utiliza, diciendo que: “en todo caso el beneficio que reportaría al menor (accediéndose a su solicitud directa), se estima que no resultaría comparable con el perjuicio que supondría-ante el riesgo real de que estando con la madre el niño no cumpla su deseo- retrasar en solo día y medio su retorno al domicilio materno; y sin perjuicio de lo que para años sucesivos, y con más tiempo para resolver , pueda acordar el Juzgado que conoce del Divorcio entre ambos progenitores”.

Y no pudiéndose olvidar que la recurrente en el trámite casacional, basa su motivo por infracción de ley, precisamente en haberse infringido el ***art .87.ter.3 de la LOPJ***, que establece, a su juicio, la competencia exclusiva y excluyente de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, preciso es, aparte de lo dicho, traer a colación la actuación de la Audiencia Provincial de Sevilla -cuya descalificación por la mayoría tampoco comparto- en cuanto que no puede olvidarse que es el órgano civil competente funcionalmente para la verificación y control de legalidad de la actuación jurisdiccional del Juez de Familia. Dicha Sala jurisdiccional, en auto de fecha 8 de junio de 2011, resolviendo la apelación por las acusaciones pública y particular, y en auto de 29 de septiembre de 2011, el incidente de nulidad de actuaciones, a la vista de las actuaciones llevadas a cabo por el Juez, ratifica la actuación judicial del mismo, señalando que "esta Sala en atención a las razones de urgencia y necesidad estima competente al Juzgado de Primera Instancia nº 7 de esta ciudad para incoar y conocer del presente procedimiento entablado, ya que aquél precepto (el art. 158 CC) le permitía adoptar las medidas necesarias para tutelar y proteger los intereses del menor de referencia incluso inaudita parte o de oficio por dicho órgano"; considerando que "desde la perspectiva de la legalidad sustantiva y procesal ordinaria es procedente la desestimación de la pretensiones de nulidad articuladas en vía de impugnación de la resolución dictada por el Juez .

VII.- No se trata como indica la mayoría de la que discrepo, que las resoluciones de la Audiencia “justifiquen” o no la decisión judicial controvertida.

Como señala el magistrado disidente en la instancia, tampoco se trata de vincular la decisión del Tribunal penal en relación a dicho pronunciamiento anterior de la jurisdicción civil. Tomando en consideración dicha resolución de la AP de Sevilla no se pretende otorgar a la misma efectos prejudiciales en el enjuiciamiento de la prevaricación de la que se acusa al Juez, pues resulta posible la existencia de circunstancias concomitantes que permitan una distinta valoración de la situación concurrente. Ahora bien, lo que exige la unidad del ordenamiento jurídico y el mismo principio de seguridad jurídica es que la referida resolución sea el necesario punto de partida del razonamiento en orden al enjuiciamiento de la actuación del Juez como *injusta* y sea considerada tal resolución, al menos, como un *hecho* consistente en que tres Magistrados de la Audiencia Provincial consideran que, a tenor de lo actuado, debía afirmarse la competencia del Juez la adopción de la resolución judicial inaudita parte y la legitimidad de la misma resolución dictada.

Es decir, al menos resulta indiscutible la existencia de una resolución judicial que *objetivamente revela* que tres Magistrados *consideraban* que los hechos que se presentaban al Juez y a la vista del expediente por él tramitado, le habilitaban para adoptar la decisión llevada a cabo inaudita parte, esto es sin audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. Esto es, dicho de otra manera, un órgano judicial colegiado valoró que las circunstancias concurrentes integraban el concepto de *urgencia* que habilitaba la actuación de que se trata, y evidentemente rechazó la pretensión de la parte recurrente en casación, sobre la competencia exclusiva y excluyente de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y su innegable conocimiento por el Juez autor del auto de referencia, y sobre cuyo exclusivo pilar se apoya el motivo estimado por la mayoría.

VIII.- Fuera de este punto, que bastaría para desestimar el motivo, tampoco puedo estar de acuerdo, a la luz de los hechos declarados probados, y conforme vimos más arriba, en la existencia de una resolución injusta, constitutiva del delito de prevaricación judicial previsto en el art. 446 CP, soportada sobre una, apreciada por la mayoría, “actuación jurisdiccional que carece de base competencial, que no ha seguido las reglas del proceso debido, se adopta sin argumentar nada sobre los presupuestos de la actuación cautelar, la situación de peligro o el perjuicio del menor, ni sobre la urgencia de la procedencia de la medida cautelar adoptada”.

Debo insistir en que -según consta en los hechos probados- el Juez actúa sobre la declaración del menor, asistido por su abuelo en la que refleja la angustia que le genera el conflicto existente entre los padres en orden a la asistencia a la procesión, y sobre que cree que su madre no le va a dejar salir. Asimismo, *el auto* del Juzgado de Violencia sobre la Mujer incorporado a las actuaciones refleja - como figura en el *factum* -que, en orden a la asistencia a actos procesionales, se resolverá conforme al deseo del menor (***“ambos progenitores respetarán el deseo de los hijos de tomar parte en las estaciones de penitencia de las hermandades a que pertenecen”***). Ante tal situación, en la voluntad de cumplir con los deberes determinados por el artículo 158 CC, el Juez Sr. Serrano Castro procede a atender dicho deseo del menor prorrogando en 45 horas la custodia del padre (de quien el menor asegura que no pondría problemas a su asistencia al acto procesional). Tal prórroga de la custodia se acuerda estrictamente a los fines de asegurar la asistencia del menor a la procesión, de tal forma que **no** cabe concluir que el objeto de la resolución del Juez sea la de ***modificar el régimen de custodia*** de los progenitores, aunque se produzca una alteración del mismo de forma instrumental.

Lo decisivo es que la resolución **no** puede ser tachada de ***injusta*** ni en la vertiente ***objetiva*** (todos coinciden en que el niño debía salir en la procesión); ni en la ***procesal*** (se podría haber sido algo más reposado, pero no mucho más: el Jueves era fiesta y el Miércoles correspondía la entrega de los menores). Se podría haber razonado más, pero es obvio que el contexto habla ya por si solo del perjuicio para el menor: basta con leer su comparecencia para desprenderse de ella sin necesidad de tener que abundar más.

+ Si ciertamente se han podido omitir diligencias que podrían haber ilustrado con mayor amplitud al juez adoptante de la medida cautelar y provisionalísima sobre los hechos, y que tal vez hubieran podido haberse practicado en la mañana del Miércoles 31 de marzo -con las limitaciones por razón del trabajo de la madre mas arriba descritas-, tales omisiones, determinadas por la valoración del peligro o perjuicio que pudiera afectar al menor y por ello de la celeridad requerida, no pueden calificar la conducta del acusado ni como ***injusta***, a los efectos del art. 446 CP, ni tampoco como ***manifiestamente*** injusta, constitutiva de imprudencia grave o temeraria conforme al artículo 447 del CP, por lo que el acusado hubiera debido ser absuelto de las infracciones penales imputadas.

Todo ello, sin perjuicio de que en los hechos probados de la sentencia de instancia se refleje una conducta, ante los medios de comunicación social, del Abogado del padre del menor y del propio Juez acusado, posterior a la del dictado de la resolución de referencia, incompatible con los deberes que impone la Deontología, y que merecería ser depurada conforme a las normas disciplinarias aplicables a cada profesional.

Francisco Monterde Ferrer

Antonio del Moral García

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.