El 13 de octubre de 2011 el Tribunal de Justicia de Andalucía condenaba por prevaricación culposa al magistrado Francisco Serrano, juez conocido por sus oposición a la ley de violencia de género. Era el famoso caso del niño cofrade.

Andrés de la Oliva

El catedrático Andrés de la Oliva, Presidente de la Plataforma Cívica por la Independencia Judicail, en un demoledor análisis, pone de relieve graves deficiencis técnicas en en la referida sentencia condenatoria. Este es el texto de su ensayo.

UNA PÉMISA SENTENCIA "REINVENTA" LA PREVARICACIÓN JUDICIAL Y AMENAZA A LA JUSTICIA (I)

LA PREVARICACIÓN YA NO REQUIERE UNA RESOLUCIÓN "GROSERA", "ESPERPÉNTICA" O "CLAMOROSAMENTE" INJUSTA: SÓLO QUE AL TRIBUNAL LE PAREZCA MAL CÓMO HA ACTUADO EL JUEZ

La condena por prevaricación de un Juez relativamente notorio, D. Francisco de Asís Serrano Castro, titular del Juzgado de Familia nº 7 de Sevilla, ha constituido una noticia importante en los medios informativos españoles "generalistas" (es decir, no especializados) por tres motivos: 1º) Porque no son frecuentes las condenas por prevaricación; 2º) Por el tan especial caso resuelto en su día por ese Juez, caso en el que se apoya la condena y que veremos enseguida, y 3º) Por ser el Juez un conocido crítico y detractor de cierta ley española, *la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (vulgo "ley de violencia de género) (para lectores interesados en tal Ley, que supuso la creación de Juzgados especiales, pueden leerla o consultarla mediante este enlace: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo1-2004.html)

Por el título de este "post" ya saben los lectores que discrepo rotundamente de la sentencia condenatoria. Pero primero voy a narrar la historia, no como la contaba la acusación o la defensa, sino sobre la exclusiva base de la misma sentencia condenatoria. Todo lo que sigue sale de esa sentencia y se tiene como cierto en ella. Las comillas son transcripciones literales

de ciertos pasajes (aunque los subrayados serán míos, excepto que indique lo contrario).

LA HISTORIA DEL NIÑO SEVILLANO QUE NO QUERÍA PERDERSE UNA PROCESIÓN DE SU HERMANDAD

La historia de los episodios judiciales comienza el martes, 30 de marzo de 2010, Martes Santo en Sevilla, con un abuelo y su nieto, de once años, que se presentan en el Juzgado de Familia nº 7 a exponer que el chaval está muy preocupado por no poder salir en la Procesión del Silencio, que se celebra en la madrugada del Jueves al Viernes Santo. Dicen acudir al Juzgado porque la madre del chaval, a quien el padre tiene que entregar al niño el Miércoles Santo, a las 14.00 horas, pone pegas a la participación de ese hijo en la referida Procesión.

Antecedentes de este arranque de la historia judicial son que consta la renuencia de la madre por su respuesta escrita, el viernes 20 de marzo, a la exposición del deseo del niño previamente cursada por los abogados del padre a la abogada de la madre. La madre, sin pronunciarse con claridad, responde que desea "*conocer detalles sobre la cofradía en cuestión, acompañamiento o no del mejor por mujeres, tiempo de recorrido y medidas de protección del hijo*."

Ante esta respuesta, los abogados del padre se dirigen al Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 4 de Sevilla, que, poco tiempo antes, el 26 de enero de 2010, había dictado Auto de medidas provisionales en proceso de divorcio, donde se señalaban los turnos de custodia y expresamente se decía: "*ambos progenitores respetarán el deseo de los hijos de tomar parte en las estaciones de penitencia de las hermandades a que pertenecen*". El titular del Juzgado de Violencia se limita a comentar a los letrados "*que todo el proceso estaba bien descrito en el auto judicial y él no podía por el momento tomar otras decisiones*". El padre y sus abogados idean entonces una "estrategia" -en la que la sentencia no involucra al condenado-

que conduce a que el abuelo y el niño se presenten, como ya he dicho, a ver al Juez Serrano el Martes Santo del 2010.

El titular del Juzgado de Familia nº 7, recibe al abuelo y al niño, toma declaración a éste y dicta un "Acta de comparecencia", en que se lee lo siguiente:

"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 va a tener ningún tipo de 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 Silencio."

"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 tanto, cómo ahora una abogada de su madre le ha dirigido un escrito a su padre poniendo todo tipo de problemas y obstáculos para poder salir."

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

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

[EN NINGÚN MOMENTO DE LA SENTENCIA SE DUDA DE LA REALIDAD DE ESTA DECLARACIÓN NI SE INSINÚA SIQUIERA QUE EL MENOR FALTASE A LA VERDAD O PUDIESE HABERLA HECHO BAJO COACCIÓN O INFLUENCIA DE NADIE.]

El Juez de Familia indica que la solicitud de medidas se ha de turnar o repartir por el Juzgado Decano, ante el que se gestiona ese trámite de reparto por un abogado que, previamente, había entregado al Juez de Familia nº 7 una copia del citado Auto de medidas provisionales del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 4. Registrada la solicitud y turnada al Juzgado de Familia nº 7, el Juez se dirige al despacho del fiscal, no hallando en él al denominado "Fiscal de permanencia", pero sí a una Sra. Fiscal, a la que le comenta verbalmente la solicitud del abuelo y el nieto y la Fiscal responde 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*".

Finalmente, el Juzgado de Familia nº 7 de Sevilla dicta, el mismo día 30 de marzo de 2010, el siguiente AUTO:

"ANTECEDENTES DE HECHO"

"UNICO.- Ante el Decanato de los Juzgados de Sevilla se presentó escrito en nombre y representación del menor de edad XXX por D. L.N.G., solicitando amparo judicial en nombre de su nieto, instando la adopción de medidas urgentes de protección de conformidad con lo dispuesto en el art. 158 del C. Civil. La solicitud fue turna 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 oido y explorado el menor en relación con la solicitud formulada."

“FUNDAMENTOS DE DERECHO”

“UNICO.- De conformidad con 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 XXX, 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, de paje con El Silencio.”

“Incomprensible más si cabe cuando ambos progenitores sabían que habría 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 su actitud [de] demostrar recelo y rechazo a consentir que el 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 correspondía de estancia del hijo con el padre, aquel 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 antecedente 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 urgente y eficaz a fin de garantizar el interés del menor y de inaudita

parte pues en otro caso esa tutela dejara [sic] 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 XXX, 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 Silencio."

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

En vista de esta resolución, la madre del menor interpone dos querellas, una por *prevaricación*, el 19 de octubre de 2010, y otra, por *falsedad documental*, el 20 de enero de 2011. Se admiten ambas querellas y enseguida se acumulan las respectivas diligencias en un solo proceso penal. Tras diversas vicisitudes, se sobresee libremente al querellado en cuanto a la falsedad documental. *Inicialmente, el Ministerio Fiscal acusa al Juez de prevaricación, pero, en las conclusiones definitivas tras el juicio, el Fiscal retira la acusación y postula que se absuelva al acusado por considerar que los hechos no constituyen delito de prevaricación de ninguna clase*.

El Juez es finalmente condenado por la Sala de lo Civil y Penal (en cuanto Sala de lo Penal) del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía, en sentencia de 13 de octubre de 2011, "*como responsable en concepto de autor de un delito de prevaricación culposa, "previsto y penado en el artículo 447 del Código Penal (CP), sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, 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." [Esta solicitud se acuerda porque expresamente se reconoce que la pena es excesiva o desproporcionada]

Dejando a un lado otros aspectos del asunto, lo más importante, a mi entender, es la enorme conmoción que la sentencia ha producido en el mundo judicial y el que haya sobrados motivos para que la sentencia produzca asombro y alarma, no sólo en el mundo judicial, sino en los ambientes jurídicos e incluso fuera de ellos: a todo ciudadano que lea la sentencia y la entienda porque se le expliquen unos pocos conceptos. Este es el objetivo que me marco ahora. Y pongo por delante un enlace para que quienes frecuentan o se asoman a este *blog* puedan leer o repasar la sentencia entera:

http://estaticos.elmundo.es/documentos/2011/10/13/sentencia_serrano.pdf

Al Juez Serrano se le abrió proceso penal por prevaricación *dolosa*, la que está prevista en el art. 446, 3 CP, que dice lo siguiente: "*El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 3. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas*" (los núms. 1 y 2 se refieren a resoluciones injustas contra el acusado en procesos penales por delitos o faltas, lo que no era el caso de Serrano, como se ha visto).

De esta prevaricación se le absuelve, porque, en definitiva, no se considera que la resolución (o lo que sea) se haya dictado "a sabiendas" de ser injusta. Se le condena, en cambio,

invocando el art. 447 CP, que prevé sancionar al "*Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta*". Este precepto no pena al que resuelve injustamente "a sabiendas" de la injusticia o, como si dijéramos*, a mala idea*, sino al que lo hace con "imprudencia grave" o "por ignorancia inexcusable". Y no exige sólo que la resolución sea "injusta" a secas, sino "*manifiestamente injusta*".

En síntesis, la sentencia condena al Juez Serrano *por el conjunto de su actuación* y, más en concreto, por no haber oído a la madre y por no haber oído al Ministerio Fiscal, motivos a los que se añaden, *de facto*, si se lee la sentencia, 1) los *manejos* en relación con el reparto de la solicitud de medidas cautelares urgentes (aunque no se le imputan al Juez), 2) La repercusión mediática importante del caso y, sobre todo, 3) La discrepancia del tribunal sentenciador respecto de la urgencia de resolver que existía ante la solicitud del menor, pues quedaban 48 horas para la Procesión del Silencio (y, por lo visto, la angustia y la preocupación del chaval no eran dignas de consideración).

Vaya por delante que no conozco personalmente al Juez condenado ni me encuentro implicado en el debate, con frecuencia muy agrio, respecto de la Ley sobre *violencia de género*. No es que esa Ley y sus consecuencias no me produzcan ni frío ni calor: me parecen criticables muchas disposiciones de esa Ley, como otras que establecen desigualdades sobre la base -muy discutible, como mínimo: espero que eso se me admita- de que las mujeres españolas son medio tontas y superlativamente conformistas, lo que no se corresponde en absoluto con mi experiencia de unas cuantas décadas. Y considero una extravagancia y un despilfarro irracionales de cierto feminismo gubernamental y parlamentario la creación de unos Juzgados especiales (con incentivos económicos a los que pidan y logren destino en ellos). Pero eso es distinto de ser un "fan" del concreto movimiento en que se ha insertado como figura importante el Juez Serrano, al que no tengo animadversión, pero tampoco

simpatía, entre otros motivos porque me suscitan prevención los “jueces figura” (no digamos los “jueces estrella”) y prefiero con mucho a los que trabajan discretamente (y ponen bien en sus resoluciones las tildes y los signos de puntuación). Lo que sucede, a mi parecer, es que todo esto no debía influir –y supongo que no ha influido- en la sentencia y tampoco debe influir en su análisis. Ni se debía juzgar al Juez Serrano por la mayor, menor o nula afinidad con su innegable militancia crítica respecto de los que, legítimamente, considera preceptos y resultados injustos de la citada Ley, ni ahora se debe juzgar a quienes han aprobado la sentencia. Es la sentencia misma lo único que me importa.

Expuesto el caso y sentado lo anterior, lo primero que, a mi entender, hace sumamente criticable la sentencia es esto: que la sentencia, a la que se añade un voto particular discrepante (es el resultado de una votación de 2 contra 1, perfectamente legítimo, pero también revelador del carácter discutible de lo fallado y de sus fundamentos), prescinde absolutamente de un elemento considerado esencial por una doctrina bastante pacífica y, en todo caso, claramente acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ése elemento, al que se suele denominar “objetivo”, no es otro que la existencia de una “resolución injusta” y en el caso de la prevaricación *culposa*, “manifiestamente injusta”. Una y otra vez, los preceptos sobre prevaricación citados, han sido entendidos en el sentido de que para que una resolución se considere “injusta” a efectos de prevaricación, no es suficiente en absoluto que pueda considerarse errónea, sino que, como recuerda el voto particular, “el tipo penal requiere que conculque de forma palmaria el ordenamiento jurídico” porque “la injusticia que se predica del delito doloso no es simplemente la transgresión de la ley, sino que es partícipe de un plus de antijuridicidad, de modo que sea ‘clamorosa’, ‘esperpéntica’, ‘grosera’” (adjetivos repetidamente usados por el Tribunal Supremo).

Si Vds. leen la solicitud del menor y el Auto con que se responde, ¿advierten alguna injusticia y, además, “clamorosa”, “esperpéntica” o “grosera” en el Auto del Juez Serrano? ¿Dónde

está el “apartamiento descarado del principio de legalidad”; dónde “la interpretación totalmente irrazonable” de las normas en que se apoya el Auto? El art. 158.4 del Código Civil (CC) ordena al Juez que, “de oficio o a instancia del propio hijo”, dicte “*las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios*.” Y el precepto finaliza diciendo: “*Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria*.”

¿Consistiría la injusticia “clamorosa”, “esperpéntica” o “grosera” de la resolución del Juez Serrano en resolver de conformidad con lo dispuesto por el Juzgado que tramitaba el divorcio y que se había expresado tan claramente sobre la cuestión, ya se ve que nada inesperada y novísima, del deseo procesional de los hijos menores?

La Sentencia, sin este imprescindible elemento objetivo el tipo, que es la resolución injusta, condena por el conjunto de la actuación (previa al Auto, cabe decir) del Juez, según ya he apuntado. De hecho, la sentencia se esfuerza mucho, incluso con subrayados, en explicar que el objeto del proceso no es tanto el Auto, como esa actuación. No he podido descubrir que la acusación se formulase de forma mínimamente precisa apuntando a esa actuación, que tampoco considero en absoluto “injusta”, aunque me ocuparé de examinarla en otro “post”. Veremos también *cómo* se condena, ya que el *cómo* importa tanto. Ahora, para terminar por hoy, me viene a la cabeza este interrogante: ¿por qué el Ministerio Fiscal no acusó de prevaricación al titular del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que se desentendió del problema del chaval cuando antes, el 26 de enero de 2010, había dictado Auto de medidas provisionales en proceso de divorcio, en el que literalmente se disponía: “*ambos progenitores respetarán el deseo de los hijos de tomar parte en las estaciones de penitencia de las hermandades a que pertenecen*”?