



Andrés de la Oliva Santos, Presidente de la Plataforma Cívica por la Independencia Judicial, retoma el análisis jurídico de la condena al juez Serrano en el famoso caso del niño cofrade.

#### UNA CONDENA POR *PREVARICACIÓN PROCESAL* SIN CITA DE UNA SOLA INFRACCIÓN DE NORMA PROCESAL.Y CON DESPRECIO DEL INTERÉS DEL MENOR

La condena del Juez Serrano por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (STSJA), de 13 de octubre de 2011, se basa en considerar antijurídico *cómo* el juez dictó el Auto de 30 de marzo de 2010, en el que, a fin de eliminar para el niño el *perjuicio* de seguir angustiado al ver que no podía salir en procesión con su Hermandad del Silencio, se dispuso prolongar la custodia paterna por día y medio, con lo que entendió que quedaba garantizada la participación del menor en esa procesión.

No seré yo quien niegue la relevancia del *cómo*, del procedimiento, de las garantías procesales. Pero, precisamente a fuer de procesalista, sé bien dos cosas: primera, que lo procesal es instrumental; segunda, que la infracción de normas procesales o procedimentales no tiene siempre la misma relevancia jurídica. Así que para un reproche de máxima antijuridicidad, como es el de la prevaricación (y, sobre todo culposa), resulta lógico exigir que las infracciones procedimentales sean de especial gravedad.

La STSJA es muy extensa (26 apretados folios en cuerpo 12, Hay que leerla y releerla despacio y con atención para identificar los fundamentos de la condena, después de muchos “hechos probados” de los que no van a extraerse consecuencias jurídicas de ninguna clase o las favorables al acusado que podrían y deberían seguirse y tras muchas vueltas y revueltas argumentativas, donde van sentándose como buenos criterios algunos que no se tendrán en cuenta al resolver y donde se encuentran afirmaciones poco armónicas entre sí (p. ej., el Auto del Juez de Familia, en sí mismo, aparece, desaparece y reaparece como objeto del proceso) y con el fallo condenatorio. Pero hacia el final de la página 21 y hasta la mitad de la página 22, encontramos un resumen y una inmediata enumeración de los fundamentos de la condena. Son éstos (los subrayados son míos):

*“Así, pues, como se ha venido argumentando, la injusticia debe conectarse, no solo y de forma exclusiva con el contenido estricto de la resolución dictada por el juez Serrano, sino con las condiciones en que adoptó la medida cautelar que suspendía el legítimo ejercicio del derecho de custodia de la madre, tras una comparecencia judicial de un abuelo, con la anuencia de su hijo, padre del menor, que esperaba en el pasillo del Juzgado, haciendo una desmedida valoración de una situación de peligro en la vida de un menor, todo ello sin escuchar a ningún progenitor ni al Ministerio Fiscal, prejuzgando voluntades obstativas de la madre encargada de la custodia.”*

*“La resolución dictada por el Sr. Serrano es manifiestamente injusta por varias razones que enumeramos a continuación: a) por atemporal y precipitada, sin permitir la previa solución consensuada y extrajudicial entre los progenitores, tal y como venía preestablecido por un juez distinto y preordenado en principio, imponiéndola el juez de Familia sin mayores cautelas ni contraste de pareceres, b) por negar apresuradamente, sin peligro ni perjuicio inminente y grave, derechos individuales de audiencia y tutela efectiva de una parte esencial, como es la madre, y de una parte necesaria como el Fiscal, encargado de la protección jurídica de los menores, c) por hablar de peligrosidad moral o física del menor cuando ningún peligro ni perjuicio inminente y grave se exteriorizaba en ese momento previo, con 48 horas para la salida procesional, d) por partir de un posible perjuicio hacia una madre que no había querido escuchar, pudiendo perfectamente hacerlo en tiempo procesal, e) por apoyar su convicción en informaciones suministradas por vía extraprocesal, lo cual no resulta lo más ortodoxo, f) por convertirse en instrumento de una parte, aunque no sea de forma dolosa, en vez de garantía última de cualesquiera de los justiciables y ejemplo de equilibrio e imparcialidad, g) por no valorar la proporcionalidad del camino judicial seguido y el mayor perjuicio que introducía en el ámbito familiar y educativo del menor, tal y como venía acordado por un juez distinto que resolvió el divorcio de los padres, introduciendo de forma precipitada semejante convulsión en la vida de un menor para un simple deseo, como salir en una procesión, que no acarreaba peligro inminente, h) por favorecer con su*

*resolución la instrumentalización del proceso y la publicidad del “menor cofrade”, aspecto perfectamente previsible y evitable, i) en fin, recapitulando, por convertirse el juez en instrumento, por temeridad o negligencia grave, de un ardid procesal sin desplegar las mínimas garantías y equilibrios procesales, aspecto que constituye la esencia del Estado de Derecho.”*

Antes de estos decisivos pasajes, la sentencia contiene las siguientes frases, que pretenden centrar el asunto:

*“...la injusticia de la resolución que suspende el derecho de custodia de la madre puede referirse tanto a normas de carácter sustantivo como a normas procesales, pues éstas son manifestaciones ineludibles para afirmar la existencia de un juicio justo. Así, pues, en autos estamos valorando, de manera singular, una posible prevaricación procesal, de garantías de procedimiento, aunque, por supuesto, en un entorno sustantivo y de fondo.”*

Ahí van, sin más preámbulos, mis observaciones críticas:

1ª) Es llamativa, insólita y rechazable la vaguedad e imprecisión ajurídica de varias afirmaciones de la sentencia que resultan claves para la condena. Así: “la injusticia debe *conectarse...con...*” o “la resolución...es manifiestamente injusta...por *atemporal*”, “por favorecer...la *instrumentalización del proceso* y la *publicidad del ‘menor cofrade’*” o “por no valorar la *proporcionalidad del camino judicial seguido*”. La sentencia hace literatura ramplona: la injusticia no tiene que “conectarse” ni se sabe cómo puede ser “atemporal” una resolución dictada en un concreto día ni la “*instrumentalización del proceso*” es, sin más rechazable, puesto que todo proceso es instrumental de la aplicación del Derecho a un caso y el reproche de otra “*instrumentalización*” exigiría, simplemente para ser creíble -no ya para

ser penalmente reprobable- expresar con suma concreción una finalidad espuria. Tampoco es posible entender en qué consiste “no valorar la proporcionalidad del camino judicial seguido” o una al parecer condenable “publicidad del ‘menor cofrade’” ni qué significa que se valore “una posible prevaricación procesal, aunque, por supuesto, en un entorno sustantivo y de fondo”, porque la noción de “entorno sustantivo y de fondo” no aparece en la enciclopedia de los conceptos jurídicos.

Tratándose de prevaricación, es necesario afirmar, no con qué se *conecta*, sino de qué *actuación concreta (o actuaciones concretas) se predica la injusticia*. Y, sí, tiene razón en abstracto el TSJA: la injusticia puede hallarse en la infracción tanto de normas sustantivas como procesales, pero, en este último caso, es de esperar que una sentencia condenatoria cite, cuando menos, una norma procesal infringida por el prevaricador. Y la STSJA que nos ocupa no cita ninguna norma procesal, ni una sola. Sólo por esto ya se derrumba todo sustento jurídico y racional de la condena.

2ª) Se considera elemento determinante de la prevaricación que el juez haya *hablado* de “*peligrosidad moral o física del menor*”, cuando, según los hechos probados, el juez no habla de “*peligrosidad ‘moral o física’*”, sino que incluye en su Auto (relean el “post anterior) esos términos como cita de un argumento ajeno ligado a procesionar con la Hermandad del Silencio. El Auto del Juez de Familia tampoco aduce como fundamento un “*peligro inminente*” para el menor y menos un *peligro para la vida*. Se basa en un perjuicio para el menor. Es éste -el de lo que dice o no dice el Auto del Juez Serrano- un punto objetivo y fácilmente comprobable. La sentencia condenatoria se inventa, pura y simplemente, ingredientes inexistentes en el Auto para formular reproches que conducen a la condena. Algo muy grave, me parece.

3ª) La STSJA parece ignorar la naturaleza de lo previsto en el art. 158 del Código Civil (CC). Lo

que este precepto dispone es un instrumento jurisdiccional expeditivo y simplicísimo para la inmediata protección del hijo menor y, por supuesto, se sobreentiende que el criterio para la decisión judicial es el interés del menor. Muchos de los reproches formulados al Juez se basan en una completa desfiguración de ese instrumento jurisdiccional, como si se tratase de un proceso en el que hayan de dilucidarse y establecerse derechos y deberes de los cónyuges. La verdad es que lo previsto en el art. 158 CC supone, más bien, un procedimiento no necesariamente contradictorio y similar, si no igual, a procedimientos de jurisdicción voluntaria. De hecho, expresamente se prevé que se puede producir en el seno de expedientes de jurisdicción voluntaria.

4º) Para evitar que, por motivos ideológicos, algunos se encocoren, voy a hablar, a partir de ahora, de “cónyuge A” y de “cónyuge B”. La STSJA considera punible que el Juez de Familia no oyese a los cónyuges y, en especial, al cónyuge A. Entiende que se ha *suspendido y lesionado* el “derecho de custodia” de un cónyuge. Pero lo cierto es, en primer término, que *resulta más que discutible la existencia de un verdadero “derecho de custodia”, una especie de poder jurídico sobre la persona del hijo menor. Conforme al buen sentido y al art. 68 CC, la custodia de los hijos menores constituye un deber, no un derecho*. Y esta naturaleza de deber no muta porque se produzca un conflicto entre los cónyuges y un juez determine cómo se ha de cumplir el deber, ya no plenamente de modo conjunto por los cónyuges. Al aducir la STSJA que se ha negado el derecho a la tutela efectiva de un cónyuge, está refiriéndose a la tutela de un derecho inexistente y que, por lo demás, no es el objeto del procedimiento del art. 158 CC. En cuanto al “derecho de audiencia” de los cónyuges, es sabido que se trata también de un derecho de configuración legal, de modo que debiera expresarse cuál es la norma en que se establece tal derecho, norma que habría sido infringida.

Y, en segundo lugar, resulta asombroso que la STSJA condene por no haber oído al cónyuge A ni al Fiscal cuando en la pág. 11 de la sentencia se admite “*sin mayores problemas*” y “*en*

*abstracta consideración*", la aplicación del art. 158 CC *inaudita parte* (en realidad no es inaudita parte: porque es un procedimiento con un interesado, el hijo, al que se ha oído). Si *en abstracto* cabe decidir sin oír, cuando *en concreto* no se oye, no puede haber infracción legal. Por añadidura, es "hecho probado" que al Fiscal se le ha oído materialmente, por iniciativa del mismo Juez de Familia, por más que la audiencia no se haya formalizado como se suele hacer en otras clases de procesos. Pero ¿es que no saben en el TSJA lo que es y supone actuar con urgencia? ¿En qué mundo judicial viven? El de la parsimonia, en el mejor de los casos.

5ª) El Juez de Familia no prejuzga las posturas de los cónyuges ni las conoce extraprocesalmente, como afirma la STSJA. Y es rechazable que se reproche al Juez "*partir de un posible prejuicio*". O había prejuicio o no lo había. Es vergonzoso condenar sobre la base de una "posibilidad". Está claro según los "hechos probados" que el Juez conoce por el hijo las posturas de los dos cónyuges y que tiene a su disposición, además, un documento (cuya realidad y autenticidad no cuestiona la sentencia) en que consta la postura del cónyuge A. Respecto de ese documento -un email-, la STSJA no afirma ni insinúa siquiera que el Juez lo conozca irregularmente y cabe dar por sentado que lo aportan el abuelo y el menor comparecientes.

6ª) La STSJA contiene en los "hechos probados", tres apartados (octavo, noveno y décimo) dedicados a la *repercusión "mediática"* del caso, a los se se suma lo que, en el mismo sentido, aparece en el "fundamento de Derecho" segundo, con citas literales de opiniones y noticias aparecidas en los "medios". Sólo en el décimo "hecho probado" se encuentra afirmada una participación del Juez de Familia: explicaciones de su Auto a la agencia EFE. Uno se pregunta a cuento de qué vienen esas numerosas citas de "medios", puesto que no cabe imaginar que el único hecho mediático protagonizado por el juez condenado sea constitutivo de prevaricación. Y, aparte de la larga *excusatio non petita* del fundamento

jurídico segundo, la única respuesta a la pregunta sería eso, tan vago e impreciso, de *“favorecer con su resolución la instrumentalización del proceso y la publicidad del ‘menor cofrade’”*.

Quedamos sobrecogidos ante este fundamento de la condena, pues se diría que la injusticia de una resolución judicial puede acabar dependiendo de que la opinión pública se *mueva*, a instancias de un abogado o por la iniciativa de un profesional de la información (lo que sucede cada dos por tres, sin que se incoe proceso penal alguno) y de que el Juez acceda a explicar su resolución públicamente. No hace falta recordar el revuelo mediático suscitado ante numerosos asuntos judiciales, mucho de ellos penales y en fase de instrucción, con vulneración frecuente del secreto del sumario. No conocemos ninguna acusación penal formulada por el revuelo mediático (ya estarían bastantes jueces, algunos muy notorios, varias veces condenados por prevaricación si el revuelo mediático fuese un ingrediente del delito de prevaricación, que se convertiría así, por cierto, en un delito cualificado por el resultado).

7ª) A partir de ahora, si se consolidase esta deriva sobre prevaricación iniciada por la STSJA, dar la razón a una parte, podría considerarse *“convertirse en instrumento...de un ardid procesal”* de esa parte, pese a que en ningún momento se cuestione siquiera la conformidad a Derecho de la actuación de la parte (el “ardid”) ni se la tache de abuso de derecho. Por otra parte, en el fundamento jurídico octavo se declara no probado *“un concierto previo, una actuación conjunta y deliberada para forzar la ley y urdir una estrategia procesal que permitiera ‘sortear’ la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer...”* Se presume, eso sí, que *“el acusado conocía del asunto por conversaciones previas con el Sr. M. [un abogado], lo que vendría corroborado por el paralelismo de sus declaraciones aparecidas en prensa el día 1 de abril con lo previamente atribuido a manifestaciones de dicho abogado el día anterior.”* En este punto, la STSJA se olvida de que en el “hecho probado” tercero, el Sr.

M. aparece después de que el menor y su abuelo hayan comparecido ante el Juez de Familia. Y el “paralelismo” de declaraciones puede perfectamente atribuirse a que el abogado defendía lo que el Juez había resuelto, como éste mismo se defiende después.

8ª) Hay, por último, reproches relativos al núcleo de la decisión del Juez de Familia, cuya competencia objetiva y funcional para resolver al amparo del art. 158 CC se reconoce en la STSJA, como la había reconocido antes la Audiencia Provincial de Sevilla. Lo que el menor define como “angustia” ante la perspectiva de no poder procesionar con su Hermandad del Silencio, angustia agravada por la incomprensión, es entendido por la STSJA como “*un simple deseo...que no acarrearba peligro inminente*”, afirmación ésta por completo incoherente, pues la cuestión no era el *peligro*, sino el *perjuicio* para el menor. Y parece ignorarse en la STSJA que la participación de los hijos en las procesiones de las Hermandades a que pertenecían había sido objeto de especial pronunciamiento -en favor de la voluntad de los hijos- en el Auto de medidas provisionales del Juez competente para el divorcio, lo que indica la importancia que a ese asunto le daban los hijos, los cónyuges y la autoridad judicial. No estamos, pues, ante el súbito deseo de un niño caprichoso. Para entender el perjuicio grave causado al chaval -por no acatar una previa decisión judicial clara- no hace falta ser forofo de la Semana Santa sevillana y ni siquiera católico: basta con no carecer de sensibilidad y de respeto hacia los sentimientos ajenos, aunque no coincidan con los propios.

Aquí es donde se pone de relieve que, aunque la sentencia condenatoria lo vista con los penosos ropajes analizados, carentes del mínimo rigor técnico-jurídico, a los que se añaden falsedades fácticas, lo que motiva la condena es, a fin de cuentas, el desacuerdo con que el Juez de Familia haya considerado que la angustia de un niño de 11 años era un *perjuicio* serio e importante para el pequeño, que tenía que ser evitado rápidamente. Aunque faltasen 48 horas para la procesión, la angustia del menor, claramente injusta, ya estaba ahí. El menor piensa, con fundamento, que no le van a dejar cumplir una ilusión máxima en su vida, que,



sin embargo, pudo ver cumplida el año anterior y que, insisto, estaba expresamente prevista como respetable que en el Auto de medidas provisionales de divorcio (recuerden: *“ambos progenitores respetarán el deseo de los hijos de tomar parte en las estaciones de penitencia de las hermandades a que pertenecen”*). Pero, como ya he dicho, el TSJA ignora (con “ignorancia inexcusable”, a mi entender) para qué está el art. 158 CC e ignora el prevalente interés del hijo menor. Y lo que es tomarse en serio ese perjuicio y actuar sin dilación como el Derecho (el art. 158 CC) prevé que se actúe, en interés del menor, acaba declarándose constitutivo de *temeridad, imprudencia y negligencia graves*, configuradoras de resolución “manifiestamente injusta”.

*“No me gusta cómo se ha entendido el ‘simple deseo’ del menor” y “me desagrada el revuelo que se formó en asunto tan sensible”* acaban siendo los motivos de la condena por prevaricación. *“Yo, Tribunal superior, sé mejor que tú, Juez del caso, la verdadera urgencia, aunque no fui yo quien escuchó al hijo”*, a quien -insisto- expresa y directamente protege el art. 158 CC.

Si la STSJA no fuese un “punto negro”, como espero, sino el inicio de una *línea jurisprudencial* sobre prevaricación (lo que depende del Tribunal Supremo), la amenaza a la Justicia consistiría en hacer penalmente peligroso para todo juez aplicar no sólo el art. 158 CC, sino también atender cualquier solicitud de resolución urgente y resolver sin oír a la otra parte (*inaudita altera parte*), incluso cuando la ley expresamente lo prevea así (en medidas cautelares civiles, por ejemplo).

Asombra que esta sentencia disponga lo que dispone y lo fundamente como ha quedado expuesto, cuando, a la vez, en ella se puede leer que *“la reciente doctrina jurisprudencial española ha optado por la teoría objetiva en diversas sentencias sobre prevaricación judicial (4 de julio de 1996, 15 de octubre de 1999, 14 de junio de 1999, entre otras), indicándose*

*que 'el concepto de resolución arbitraria o injusta sólo se da cuando la aplicación del derecho (...) no resulta de ningún método aceptable de interpretación del derecho o de la aplicación de principios implícitos o explícitos del ordenamiento jurídico" y cuando de nuevo se traen a colación "los calificativos de 'flagrante y clamorosa', 'grosera', 'esperpéntica', 'clara y manifiestamente contraria a la Ley', 'que puede ser apreciada por un lego', etc."*