INFORME DE LA PCIJ SOBRE EL JUEZ SERRANO

La Plataforma ha elaborado un completo informe jurídico sobre las vicisitudes del célebre "caso Serrano", magistrado conocido por sus polémicas declaraciones, expulsado de la carrera judicial y vuelto a readmitir tras un largo calvario judicial. Sin entrar en otras consideraciones, el estudio concluye que nuestro actual sistema de responsabilidad disciplinaria de la judicatura funciona sin las suficientes garantías.

ANTECEDENTES: INICIO DE LA PESADILLA JUDICIAL.

El día 30 de marzo de 2010 Francisco Serrano, como juez del Juzgado de Familia nº 7 de Sevilla, alteró el turno de custodia que había establecido el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 4 de Sevilla y prolongó durante dos días la estancia de un menor con su padre con el fin de que el niño, de 11 años, pudiera salir como paje de una cofradía en la madrugada del Viernes Santo.

Francisco Serrano era presidente de la Asociación Española Multidisciplinar de Investigación sobre Interferencias Parentales (Asemip), asociación que venía defendiendo la custodia compartida y denunciaba lo que consideraba excesos de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, también denominada Ley de Violencia de Género. Era un juez de cierta notoriedad tras pronunciarse en diferentes mesas redondas o ponencias y ante los medios de comunicación con una posición muy crítica en relación a diversos aspectos de la Ley de Violencia de Género.

En junio de 2010, el CGPJ le abrió un expediente disciplinario por una falta grave consistente en incurrir en incompatibilidad por ostentar la presidencia de la asociación Asemip hasta el mes de abril sin solicitar el preceptivo permiso al CGPJ. Estas diligencias fueron archivadas meses después, cuando la Comisión Disciplinaria del CGPJ entendió que no era necesaria la compatibilidad por tratarse de una actividad no retribuida.

El 19 de octubre de 2010 el TSJA decidió incoar Diligencias Previas nº3/2010, en virtud de querella formulada por la madre del menor, resultando instructor el magistrado D. Miguel Pasquau Liaño, magistrado del TSJA por designación del parlamento autonómico andaluz a propuesta del PSOE.

Abierto juicio oral, recayó sentencia el 13 de octubre de 2011. Para quien tenga interés en conocer, exactamente, lo que ocurrió, hemos reproducido de forma literal los Hechos Probados de la sentencia dictada por el TSJ Andalucía. Es el Anexo I de este informe.

El ponente de la sentencia fue D. Lorenzo del Río Fernández, presidente del TSJA. Durante el juicio, la Fiscalía modificó sus conclusiones provisionales y pasó de pedir diez años de inhabilitación a solicitar la libre absolución del magistrado en sus conclusiones definitivas. En la sentencia, que cuenta con el voto particular de uno de los magistrados, la Sala de lo Penal condena al juez por un delito de prevaricación culposa.

El TSJA aclara que el objeto de enjuiciamiento “no es valorar en abstracto la decisión de autorizar a un menor salir en la procesión de la Hermandad del Silencio, ni tampoco si esa decisión estaba amparada por el artículo 158.3 del Código Civil”, extremos que fueron examinados por la Audiencia Provincial de Sevilla en recurso de apelación y que la Audiencia Provincial encontró ajustados a derecho.

El TSJA también precisa que absuelve al juez del delito de prevaricación dolosa por entender que no queda acreditado que haya ejercido arbitrariamente el poder que le confiere su condición de juez, ni que haya actuado por mor de su capricho ni que haya buscado lesionar el mejor derecho o el interés colectivo, con un concierto previo para forzar la Ley y urdir una estrategia procesal que permitiera 'sortear' la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Pero el TSJA le condena a 2 años de inhabilitación especial, como autor de un delito de prevaricación culposa, por asumir una actuación y competencia procesal que, en principio, no le correspondían, y porque "tras obviar cualquier trámite procesal, preconcibiendo, en cierta forma, el supuesto hecho a resolver y desembocando precipitadamente en una conclusión sobre 'peligrosidad moral o física' que no parece corresponderse con la realidad objetiva y temporal, ya que no se evidenciaba en modo alguno peligro inmediato ni evidente del menor", dictó y firmó un auto resolviendo la medida cautelar solicitada sin trámite procesal alguno, sin dar traslado ni pedir informe al Ministerio Fiscal, sin oír previamente a ninguno de los progenitores del menor, ni al padre ni a la madre, a quien atribuía una actitud reticente u obstativa al cumplimiento de lo acordado.

La sentencia adjetiva la actuación procesal del juez de "significativa desatención, ligereza o falta de cuidado graves", lo que conduce a que la resolución dictada por él "es manifiestamente injusta" por el hecho de "convertirse el juez en instrumento, por temeridad o negligencia grave, de un ardid procesal sin desplegar las mínimas garantías y equilibrios procesales".

Esta sentencia ha merecido juicios muy negativos de los operadores jurídicos, algunos tan

destacados como el catedrático de derecho penal Andrés de la Oliva, que la consideró una pésima sentencia que reinventa la prevaricación judicial; a su juicio, lo que aporta esta sentencia al derecho penal es que “la prevaricación ya no requiere una resolución grosera, esperpéntica o clamorosamente injusta: solo que al Tribunal le parezca mal cómo ha actuado el juez “. Por eso, cerraba el título del ensayo en el que así se expresaba diciendo que esta sentencia amenazaba la justicia.

Este es el enlace al ensayo que traemos a colación, cuya lectura recomendamos:

http://pcij.es/condenado-por-prevaricacion-el-juez-francisco-serrano/

Andrés de la Oliva critica la sentencia del TSJA porque prescinde del elemento objetivo del tipo considerado esencial por la doctrina, y, en todo caso, claramente acogido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que es la existencia de una “resolución injusta” y aun -en el caso de la prevaricación culposa- “manifiestamente injusta”. Y es que, si para que una resolución se considere “injusta” a efectos de prevaricación, no es suficiente que pueda considerarse errónea, sino que debe conculcar de forma palmaria el ordenamiento jurídico, en este caso, el auto del juez Serrano fue confirmado por la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo consideró ajustado a derecho en apelación. Es más, podemos añadir que, por mucho que la sentencia dedique adjetivos como ‘clamorosa’, ‘esperpéntica’ y ‘grosera” a la injusticia de la resolución que es resultado de las irregularidades procesales que aprecia, en realidad, el TSJA solo discrepa de que hubiera urgencia y otorga enorme disvalor a que el juez Serrano contribuyera a dimensionar mediáticamente el asunto.

Así reducida la cuestión, ¿merecía condena el asunto por prevaricación culposa?

El magistrado del TSJA Jorge Muñoz Cortes, que formaba sala para dictar sentencia, no

observó, por el contrario, ningún motivo de reproche penal en la conducta del magistrado y dictó un voto particular muy fundado, que reproducimos por su interés al final del informe como Anexo II .

LA PESADILLA CONTINUA EN EL TS

Tras el recurso de casación presentado por la madre del menor, el Tribunal Supremo, en sentencia de 29/6/12, de la que fue ponente Andrés Martínez Arrieta, apreció intencionalidad en los hechos, revocó la sentencia del TSJA y condenó al juez como autor de un delito de prevaricación dolosa a la pena de diez años de inhabilitación especial. Esta sentencia contó con dos votos particulares formulados por los magistrados Antonio del Moral y Monterde Ferrer .

El juez Serrano fue condenado en vía de recurso de casación por prevaricación dolosa, agravándose su posición de forma completamente desproporcionada, puesto que incluso los magistrados que le habían juzgado y condenado en la instancia consideraron que la pena mínima de dos años de inhabilitación prevista para el delito de prevaricación culposa era "excesiva para sancionar el hecho delictivo y una respuesta penal desproporcionada en atención a la gravedad del hecho, en relación con el mal causado", razón por la que pidieron al Gobierno el indulto parcial de la condena hasta dejarla en seis meses de inhabilitación.

En este contexto que hemos perfilado, en el que el Ministerio Fiscal retira la acusación y el tribunal sentenciador solicita el indulto parcial de la condena, con un voto particular contrario a la condena, resulta muy llamativo que la Sala de casación optara por condenar, sin oír al encausado, por el tipo más grave de prevaricación dolosa e imponer una sanción de diez años de inhabilitación.

Recordamos la doctrina general sobre la prevaricación judicial tanto dolosa como culposa en el Anexo III.

El magistrado condenado tuvo que recurrir ante el TC, que, más de cuatro años después, el 17/10/2016, consideró que la sentencia dictada en casación vulneraba el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a no sufrir indefensión ya que la condena por prevaricación dolosa (delito del que el recurrente había sido absuelto en primera instancia) "se produce sobre la base de la revalorización probatoria de la conducta" del juez Serrano. Amparándose en la doctrina constitucional sentada por el Pleno del Tribunal Constitucional a raíz de la sentencia núm. 167/2002, de 18 de septiembre, posteriormente reiterada en otras como la núm. 197/02, 198/02, 212/02, 10/04 o 12/04, y en las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la que trae causa, los magistrados recuerdan que se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías si se condena o si se endurece la pena "a quien había sido absuelto en otra instancia" a partir de una nueva valoración de las pruebas de naturaleza personal y sin "que se haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria".

NUEVA PESADILLA ANTE EL CGPJ

Cumplida la inicial condena por delito de prevaricación culposa, el juez Francisco Serrano solicitó ante el CGPJ la rehabilitación en la carrera judicial, rehabilitación que le fue negada en razón a un informe que concluía que la inhabilitación especial comporta la pérdida definitiva del empleo sin posibilidad de rehabilitación, y que debía ingresar en la carrera judicial "en igualdad de condiciones que cualquier otro ciudadano".

Francisco Serrano debió recurrir nuevamentela resolución del CGPJ ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, que, en sentencia del pasado 8 de Noviembre de 2017, ha anulado el acuerdo del CGPJ.

En esta sentencia, de la que es ponente José Manuel Sieira, el TS destaca que el razonamiento que hace suyo la resolución impugnada “nos parece excesivamente lineal, ausente de una interpretación integradora del ordenamiento jurídico, no responde a los principios de la lógica y desconoce el principio de proporcionalidad.”

La sentencia del TS considera ilógico que conforme a la ley un juez condenado a pena privativa de libertad por delito doloso pueda ser rehabilitado, mientras que el juez Serrano, que ha sido condenado por delito imprudente, no lo sea.

También considera desproporcionada la consecuencia alcanzada por el CGPJ, habida cuenta la laguna legal, y ello porque el propio órgano enjuiciador (el TSJA), reflejó en su sentencia que incluso la pena mínima imponible (dos años de inhabilitación especial) resultaba excesiva en atención a las circunstancias concurrentes, proponiendo un indulto parcial que rebajara la condena a los seis meses de inhabilitación.

El TS tiene en cuenta, igualmente, el peregrinaje judicial sufrido por el juez, quien vio como el TS convertía en dolosa la condena por delito imprudente, imponiéndosele una sanción de diez años de inhabilitación, a pesar de que dos magistrados de cinco que formaron la sala, tuvieron claro que la conducta no era sancionable penalmente por el simple hecho de que tres magistrados de la Audiencia Provincial de Sevilla habían considerado que el juez actuaba dentro de sus competencias al aplicar el art. 158 CC y concurrir los supuestos para ello y

emitieron sendos votos particulares.

En suma, el TS corrige al CGPJ y considera que la interpretación realizada al suplir la laguna legal es ilógica, no integradora y carente de proporcionalidad, es decir, injusta.

CONCLUSIONES:

- La actuación sucesiva de los tribunales encargados de juzgar, así como del CGPJ, ponen en cuestión los límites del derecho a la libertad de expresión del juez Francisco Serrano sobre extremos relacionados con el ejercicio habitual de la función jurisdiccional. Se posicionó de forma muy crítica frente a una ley que se ha convertido en el emblema ideológico de lo políticamente correcto, por lo que los jueces saben desde entonces que el ejercicio de su libertad de expresión puede tener consecuencias disciplinarias, y aún penales, muy graves, si entra en colisión con los intereses del poder político.

- La sentencia dictada en primera instancia, que es la que al final gana firmeza, a pesar de que niega que entre a valorar la personalidad, las ideas y convicciones de Francisco Serrano como juez, ofrece la impresión contraria, pues, además de condenarle por dimensionar mediáticamente el asunto (hechos extraprocesales) y censurarle que hubiera prejuzgado la actitud de la madre, incluye la mención del contenido de numerosas reseñas de prensa relativas a la controversia generada por el juicio, defendiéndose de forma insólita de la acusación de perseguir al juez Serrano por sus críticas a la Ley de Violencia de Género.

- El TC y la Sala Tercera del TS han evidenciado que tanto la Sala Segunda del TS como el CGPJ han dictado resoluciones con las que hacen efectiva su voluntad sin fundamento técnico jurídico aceptable.

- El examen de las vicisitudes procesales antes expuestas suscita incertidumbres muy serias sobre el funcionamiento de nuestro sistema judicial. Aun salvando el buen hacer profesional de los magistrados que lo enjuiciaron, es ineludible detectar y denunciar la interferencia de las fuerzas políticas en la arquitectura gobernativa y judicial de nuestro país, la cual resulta ensombrecida de parcialidad ideológica. EnEn ocasiones, casos como los del juez Serrano dan razones a los ciudadanos para dudar de la independencia del Poder Judicial español.

- El CGPJ ha exhibido una actitud abiertamente hostil hacia el juez Serrano en lugar de plantearse como posibilidad la defensa serena y justa de los derechos profesionales de este magistrado. Es significativo que el TS llame la atención sobre el hecho de que el informe del CGPJ ni está firmado ni presenta indicación alguna de su autor.

Por eso, la Plataforma Cívica por la Independencia Judicial pide al CGPJ que vele decididamente por los derechos profesionales de los jueces y magistrados en todos los ámbitos: que ejerza la potestad disciplinaria con rigor y fundamento, ajeno a la personalidad del juez; que fije con urgencia las cargas de trabajo a efectos de salud laboral de los jueces; y que muestre una verdadera independencia de criterio en sus decisiones y en su motivación respecto de los intereses de los grupos políticos que designaron a cada vocal.

Pedimos igualmente que el CGPJ trabaje para que, en la siguiente renovación de vocales que tendrá lugar a finales del año 2018, doce vocales del total de veinte puedan ser elegidos por los propios jueces en función de la regla de un juez un voto, en línea con los compromisos internacionales asumidos por España cuyo cumplimiento de le ha exigido reiteradamente.

ANEXO I

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. Olga y D. Celso 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 Resurección a las 20:00, a elección, en años pares, del padre.

En dicho auto se estableció también que "ambos progenitores respetaran 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 este, 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.

Trasladados estos pormenores al padre del menor, el propio abuelo con quien convivían, Narciso, 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) Narciso con su nieto Miguel, así como el propio padre del menor Celso, 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 este 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 -Flor- 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.Sª constituido en audiencia pública, con mi asistencia, comparece le menor Miguel de once años de edad, su abuelo paterno Narciso con DNI nº NUM000, quien manifiesta a los efectos de localización que los padres del niño se llaman D. Celso con domicilio en C/ PLAZA000, nº NUM001, NUM002NUM003 de Sevilla y Dª Olga con domicilio en C/ DIRECCION000 nº NUM004, NUM005NUM006 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 años pasado también de paje. Que no entiende, por tanto, 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 su 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. Miguel, 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.

Narciso, mayor de edad, en nombre y representación del menor de edad Francisco Miguel, ante dicho Juzgado comparece y dice:

Que se nieto, D. Miguel, 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 estación 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. Miguel y presentado personalmente en la sección de Reparto del Decanato (tercera planta) por el Sr. Joaquín Moeckel, manifestando a la funcionario Virginia 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 reverenciaban 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 atencia las prisas y que sólo se presentó "una hoja", lo que comentó con otra compañera Manuela, 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 referene 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 sía a otra compañera de despacho, concretamente la Sra. Fiscal Dña. 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, óigase 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 Ramos, 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 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. Celso ni a la madre Dña Olga, a quine 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 Miguel, por D. Narciso, 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 Miguel 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 abe 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 Miguel, 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, su abuelo y ambos progenitores".

El referido auto fue notificado personalmente en la propia sede del Juzgado al abuelo del menor, Narciso, 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. Celso, 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 vió 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 Celso, 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 acabo, 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 cuales 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".

Anexo II

El voto particular del magistrado Jorge Muñoz Cortés: *"Procedimiento Abreviado 112011 Voto particular Anexo a la Sentencia de 13 de Octubre de 2011 Presidido por el mayor de los respetos hacia la actuación de los Magistrados integrantes de la Sala de Justicia que ha dictado la presente Sentencia, respondiendo a la intima convicción en la inocencia del acusado respecto del delito de prevaricación del que se le acusa y discrepando asimismo del delito de prevaricación imprudente por el que se le condena, formulo el presente voto particular. No se discuten los hechos declarados probados por la Sentencia dictada en el procedimiento abreviado 1/2011, discrepándose exclusivamente en la interpretación jurídica de los mismos. Así, La sentencia condena por un delito de prevaricación judicial imprudente previsto y penado por el art 447 del CP, al tipificar la conducta del Juez o Magistrado que "por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta" el cual "incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años". Tal tipo de prevaricación por imprudencia tiene una estructura doble, en el sentido que diferencia la conducta imprudente ó negligente propiamente dicha y la ignorancia inexcusable. La primera hace referencia a supuestos de desatención, ligereza o tilda de cuidado graves, mientras que la ignorancia inexcusable significa no rebasar el umbral mínimo del conocimiento exigible, en este caso a un Juez o*

Magistrado, es decir, se trata de un error provocado por la propia falta de conocimiento o información del sujeto del delito. imputable al mismo, lo que es causa de la sentencia o resolución manifiestamente injusta. Por tanto en la consideración de la conducta prevaricadora como imprudente se aprecia una doble diferencia respecto de la dolosa, por un lado en cuanto al elemento culpabilístico se produce una degradación del mismo en cuanto que de exigirse un dolo reforzado, equivalente al dolo directo, el elemento culpabilistico pasa a ser integrado por la negligencia, la cual sin embargo se exige que sea grave, esto es, determinada por la inobservancia de la diligencia mínima imprescindible en el actuar, imprudencia grave por tanto que se sitúa en términos muy próximos a la identificada por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremos como temeraria. En estos términos se ha pronunciado el TS al señalar por ejemplo en auto de 14 mayo 2002 que "Con respecto al elemento objetivo, hemos dejado expuesto que dicha segunda parte de la resolución judicial, es injusta (en el sentido de err6nea). Pero el tipo penal requiere que tal injusticia sea manifiesta, es decir, que conculque de forma palmaria el ordenamiento jurídico. Pues bien, conforme a la jurisprudencia, la injusticia que se predica del delito doloso no es simplemente la transgresión de la ley, sino que es partícipe de un plus de antijuridicldad, de modo que sea «clamorosa», «esperpéntica», «grosera». Fácil es suponer que si tales adjetivos se predican de ese elemento objetivo – la injusticia de la resolución – en el delito doloso de prevaricación, mayor dosificación antijurídica tiene que comprenderse en la interpretación del precepto contenido en el arto 447 del Código Penal, por razón de calificarse (en la propia mención legal) como resolución «manifiestamente injusta»; mucho más que injusta". Se indica asimismo por el Alto Tribunal que "en pocas ocasiones, esta Sala ha tenido la oportunidad de dictar pronunciamientos que generen doctrina legal sobre el delito de prevaricación culposa, definido en el arto 447 del Código Penal. Citaremos las últimas Sentencias al respecto: en la STS 23-10-2001, a propósito de la modalidad culposa se dijo: «no sólo porque por desacertada y errónea que fuera esta resolución judicial, ello no permite inferir que su autor desconozca hasta los más esenciales rudimentos de su profesión pública de modo que su incultura jurídica le hagan incompatibles con el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ya que lo que el precepto penal tipifica es una ignorancia clamorosa,

manifiesta y palmaria, que, de ninguna manera puede atribuirse por una decisión incorrecta". Por su parte, la STS 26-02-2002, declara: «la discutible cobertura legal de esta decisión no es suficiente para conceptuaría como tal a sabiendas ni tampoco puede calificarse de manifiestamente injusta o de ignorancia inexcusable», pues las resoluciones dictadas "no constituyen un apartamiento descarado del principio de legalidad ni una interpretación totalmente irrazonable de las normas que sustentaban la decisión cuestionada". En tales términos entendemos que no cabe apreciar la existencia del tipo penal en la actuación desarrollada por el Juez Serrano a tenor de la prueba practicada en el juicio y de os hechos que se presentan como probados. Tal y como hemos expuesto, la conducta del Sr. Serrano en la tramitación del procedimiento aparece preordenada al otorgamiento de tutela judicial tuítiva al menor por la vía el art 158 del Código Civil. No aparece indicio alguno en la causa por el que este Juzgador aprecie elementos de convicción suficientes para alcanzar una conclusión distinta. Sobre tales parámetros debemos analizar las posibles irregularidades reprochadas al acusado y su trascendencia jurídica. La sentencia condenatoria de la Sala infiere el carácter manifiestamente injusto de la actuación del Sr. Serrano no sólo de la resolución final dictada en el procedimiento de medidas 39312010, 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. Por el contrario entiendo que tales circunstancias no permiten alcanzar tal conclusión. Estimo sin embargo que 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 incluso de forma frontal, 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 Serrano. 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". Sin necesidad de extendemos al respecto, pues así lo admite la sentencia respecto de la que se discrepa, 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 numero 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 manifiestamente injusta o inexplicable en derecho por cuanto, 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 openal o bien, y esto es lo relevante, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Por ello; tal y como se expresa en la sentencia a la que se anexa el presente voto particular, ningún reproche merece la competencia objetiva de los Juzgados de Familia de Sevilla. Asimismo ha sido materia del juicio oral la forma en que el Juez Serrano 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 NlG 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 manifiestamente injusta del acusado en la tramitación del procedimiento. Tal y como se expresa en el relatos de hechos probados de la sentencia, el incidente en cuestión resulta desvirtuado por la declaración de Dª Lourdes 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 Codigo 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. Así, se reprocha en primer lugar 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 Serrano se personó en Fiscalía a fin de recabar el parecer del Ministerio Público produciéndose la circunstancia de que, a tenor de la hora de que se trataba (pasadas las 13.30 horas), no se encontraba el Fiscal encargado del despacho de sus asuntos, manifestando la Fiscal Susana Hurtado (a quien sí encontró el Juez Serrano) 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 Serrano, mediante diligencia de constancia, tuvo por evacuado el informe del Ministerio Publico. 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. La expresión de la mejor diligencia en la tramitación del procedimiento podría haberle conducido a evacuar "dicho trámite, el cual no escapaba a las posibilidades del Juez. Ahora bien, lo que debemos analizar no es tanto determinar cuáles eran las diligencias pertinentes y que pudieran haberse diligentemente practicado, sino si la actuación del Juez Serrano al omitir tales tramites debe conducir a calificar su conducta como gravemente negligente dando lugar a la existencia de una resolución manifiestamente injusta, esto es, si tal actuación, en los términos empleados

por el Tribunal Supremo anteriormente expuestos, revelo una ignorancia del ordenamiento jurídico incompatible con el ejercicio de las funciones jurisdiccionales (auto TS 14 de Mayo de 2002). Para ello debemos partir del 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 acabo. Tal 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. Dicha interpretación puede realizarse a través de criterios técnico-jurídicos, sociales e incluso acudiendo a máximas de la experiencia; y todo ello a fin de delimitar la solución justa en cada caso. Para ello y a fin de realizar la delimitación de la solución justa en tales casos, la dogmática alemana ofrece la teoría de la zona de certeza, señalando la existencia de una zona de certeza positiva, que con toda seguridad integra el concepto jurídico, una zona de certeza negativa que debe concluirse necesariamente que no lo integra, y finalmente la zona de incertidumbre, en la que permanece la duda en cuanto a si debe o no tenerse por cubierta la exigencia de significado del concepto jurídico. Fácilmente puede comprobarse que, pese a los intentos de la dogmática por reducir la discrecionalidad y delimitar una única solución justa, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, encuentra dificultades a la hora de proceder al reduccionismo pretendido, puesto que la incertidumbre subsiste en la expresada zona de duda, de tal forma que será el apllcador del derecho quien deberá realizar una labor hermenéutica, a fin de determinar si ante un concreto supuesto de hecho se cubren las exigencias del concepto jurídico indeterminado. A tal discurso responden los hechos sometidos a juicio, en los que por parte del Juez Serrano se procede a autorizar y asegurar la asistencia del menor a la procesión del silencio, procediendo para ello a alterar el régimen de visitas que regia las relaciones personales entre los progenitores del menor. El Juez Serrano valoró 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. Realmente cabe apreciar, en discrepancia con 10 actuado por

el acusado, que en la situación expuesta, la inminencia del peligro o trastorno que pudiese afectar al menor integrase el concepto de urgencia que, de conformidad con el art 158 CC reclamase la actuación que se llevó a efecto, Sin embargo no es esa la cuestión que debe tratarse, sino que se trata de enjuiciar, insistimos, 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 no resulta posible abstraerse del marco concreto en que tuvo lugar a actuación del Juez Serrano, 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. Llegado a este punto tampoco puede perderse de vista la actuación de la Audiencia Provincial de Sevilla, órgano civil competente funcionalmente para la verificación y control de legalidad de la actuación jurisdiccional del Juez Serrano. Dicha Sala jurisdiccional en auto de fecha 8 de Junio de 2011, a la vista de las actuaciones llevadas a cabo por el Juez Serrano 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 las pretensiones de nulidad articuladas en vía de impugnación de la resolución dictada por el Juez Serrano. No se trata en este punto 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

pretendemos otorgar a la misma efectos prejudiciales en el enjuiciamiento de la prevaricación de la que se acusa al Juez Serrano, 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 Serrano como manifiestamente 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 Serrano 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. Asimismo debe considerarse como otros juristas en contracto con las actuaciones consideran la inexistencia de una resolución manifiestamente injusta. La propia actuación del Ministerio Publico considera que, pese a que la actuación del juez Serrano se reveló como imprudente al no proceder a la audiencia de los progenitores, no nos encontramos ante una resolución manifiestamente injusta. En este punto el Magistrado que suscribe no puede afirmar que, ante la situación descrita, la actuación del Juez Serrano revele un apartamiento descarado del principio de legalidad, ni una interpretación totalmente irrazonable de las normas que sustentaban la decisión cuestionada. 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 que cree que su madre no le va a dejar salir, indicando incluso la Sra. Secretaria Judicial que el niño actuaba "entre lloros". Asimismo, el auto del Juzgado de Violencia sobre la mujer incorporado a las actuaciones refleja que, en orden a la asistencia a actos procesionales, se resolverá conforme al "deseo del menor".

Ante tal situación, en la voluntad de cumplir con los deberes determinados por el artículo 158 CC, el Juez Serrano 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. Ciertamente se omiten diligencias que podrían haberle ilustrado con mayor amplitud de los hechos y que podían haberse practicado en la mañana del miércoles 31 de Marzo, ahora bien tales omisiones, determinadas por la sobrevaloración del peligro que pudiera afectar al menor y por ello de la celeridad requerida, pueden calificar la conducta del acusado como negligente en mayor o menor medida, pero no constituyen un apartamiento grosero e inexplicable de la realidad que convierta en típicamente antijurídica la actuación del Juez Serrano conforme al artículo 447 del C.P. . En suma, en las circunstancias expuestas, y a tenor del significado ofrecido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en orden al carácter manifiestamente injusto de la actuación judicial constitutiva de prevaricación por imprudencia, la expresada sobrevaloración de la urgencia existente y del perjuicio que la situación pudiese generar al menor, incluso ante la omisión de aquellas diligencias, particularmente la audiencia de la madre, que podrían haberle ofrecido una mejor comprensión de las circunstancias que rodeaban al caso y del conflicto de intereses existente, no permiten afirmar, a mi juicio, el carácter manifiestamente injusto, inexplicable en derecho de la actuación judicial del acusado con la que puede disc , pero no puede afirmarse que carezca de un amparo jurídico que la convierta en una actuación prevaricadora a la luz del art.447 CP . Firmado: D. Jorge Muñoz Cortes Granada, a 13 de octubre de 2011″

ANEXO III

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2013 (D. JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE).

PRIMERO: (…) Como ha puesto de relieve la doctrina científica, el vigente Código Penal ha estructurado de diferente forma que el anterior, los diversos supuestos de prevaricación ya que si en el Código de 1973 se encontraban compartiendo el mismo Capítulo el I del Título VII, dentro de la rúbrica "de los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos", tanto los supuestos referentes a la prevaricación judicial como a la efectuada por funcionarios públicos, en el vigente Código se estudian diferencialmente en títulos distintos ambas figuras.

En efecto, en el Título XIX -"de los delitos contra la Administración Pública"- Capítulo I se encuentran los supuestos de prevaricación de los funcionarios públicos, en tanto que en el Título XX, "delitos contra la Administración de Justicia" en su Capítulo I, se recogen exclusivamente los supuestos de prevaricación judicial en los arts. 446 a 449.

El cambio tiene más calado que el meramente sistemático al responder al reconocimiento constitucional del Poder Judicial como un poder del Estado y en consecuencia al muy distinto significado que tiene la prevaricación del funcionario de la del juez, extremo que quedaba injustificadamente oscurecido en la anterior regulación, pues siendo la prevaricación del funcionario y la del juez conductas aparentemente parecidas, tienen un muy diferente significado, en paralelo al diferente puesto que ocupa en el Estado, un Juez o un funcionario.

El Juez tiene el monopolio de la jurisdicción y la facultad exclusiva de resolver los conflictos que se le presenten mediante la aplicación de la Ley, en un poder independiente que encuentra su límite en la aplicación del Ordenamiento Jurídico, resolviendo de manera vinculante y definitiva el asunto enjuiciado. Evidentemente no llega a tanto el poder de un funcionario sin perjuicio de que en la resolución del escrito administrativo que se trate deba resolverlo de acuerdo a la legalidad vigente, pero el Juez, como poder del Estado es el garante e intérprete de la legalidad, lo que le coloca en una situación diferente y superior, y de ello se derivan dos consecuencias importantes:

1. a) La mayor gravedad de la prevaricación judicial sobre la del funcionario, lo que se comprueba con la mayor severidad de las penas con que está castigada aquella -puede llegar a pena de prisión y tiene mayor extensión la pena de inhabilitación especial- que las penas previstas para la prevaricación del funcionario.
2. b) En la medida que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del derecho, es claro que como se afirma en la reciente sentencia de esta Sala, ya citada, 2/99 de 15 de octubre "….en la motivación de las resoluciones prevaricadoras predominan los argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto.

Por estas razones, es preciso proceder cuidadosamente en el traslado de las exigencias que debe cumplir el acto prevaricante, dado que los adjetivos utilizados por la jurisprudencia, han sido esencialmente forjados con relación a prevaricaciones de funcionarios, que, por lo general no son técnicos en derecho. Ello explica que en algunos casos se haya exigido que la arbitrariedad sea "esperpéntica" o que "pueda ser apreciada por cualquiera"…. pero un Juez, que tiene la máxima cualificación jurídica no puede ser tratado como un funcionario….".

Esta prevención es necesaria porque al tratar en el anterior Código juntas ambas clases de prevaricación, y referirse, casi en exclusividad, la jurisprudencia a los supuestos de prevaricación del funcionario, resulta necesario el recordatorio de no trasladar "sic et simpliciter" aquellas exigencias de la prevaricación del funcionario a los casos de prevaricación judicial sin riesgo de convertir esta figura en un delito de imposible ejecución.

El delito de prevaricación judicial, tanto en su modalidad dolosa como imprudente, precisa de un elemento objetivo: la injusticia de la resolución, cuya determinación, no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. En palabras de la sentencia ya citada, el carácter objetivo de la injusticia supone que el "….apartamiento de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando, como ya se dijo, la aplicación del derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de la interpretación del derecho aceptable en tal Estado de Derecho….".

Por ello, el elemento objetivo de la resolución injusta, solo puede ser definido de la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio, y no desde las propias convicciones del Juez, porque en tal caso la subjetivización del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión judicial.

La conciencia del Juez, no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la Ley, porque ello conduce en definitiva a convertir la voluntad del Juez en decisión para resolver el conflicto. Tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado de Derecho.

En consecuencia, por resolución injusta, habrá de estimarse aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable, siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de mera ilegalidad.

Por tanto, como hemos dicho en STS. 101/2012 de 27.2, en la interpretación de la justicia de la resolución esta Sala ha acudido a una formulación objetiva, de manera que, como señala la STS. 755/2007 de 25.9, 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.

En la conocida Sentencia de esta Sala, STS 79/2012, de 9 de febrero, hemos expuesto y reiterado nuestra interpretación del delito de la prevaricación con detallada exposición de los supuestos en los que ha sido subsumida la tipicidad de la prevaricación, destacando cómo la esencia de la misma no es la contradicción al Derecho, sino la arbitrariedad en el ejercicio de

la función jurisdiccional, el abuso de la función, en definitiva, la infracción del deber. Así destaca como en la STS. 102/2009 de 3.2, se decía “La teoría objetiva… es complementada por la teoría de la infracción del deber que salva las críticas a la formulación objetiva respecto de las normas de contenido impreciso. En estos supuestos y en los de decisiones sobre facultades discrecionales se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la autorización, cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método previsto en el ordenamiento”.

En definitiva, se entenderá por resolución injusta, aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, según los métodos usualmente admitidos en Derecho, careciendo de toda interpretación razonable, y siendo por ello, exponente de una clara irracionalidad.

Por lo tanto, una resolución basada en una interpretación que puede reputarse errónea, no es injusta a los efectos del delito de prevaricación, siempre que, alcanzada por los métodos de interpretación usualmente admitidos, sea defendible en Derecho. Esta configuración del elemento del tipo objetivo viene a rechazar al mismo tiempo la teoría subjetiva de la prevaricación, según la cual se apreciaría el delito poniendo el acento en la actitud o la convicción del juez al resolver, y prescindiendo que la resolución sea objetivamente conforme a la Ley. Desde este punto de vista es evidente que “…la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que el Juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de la justicia”, (STS 2/1999). Por lo tanto, no puede admitirse que una resolución sea justa solo porque el juez que la dicta, sin referencia alguna a criterios objetivos, así la considere.

En la STS nº 102/2009 de 3.2, se consideró delictiva la resolución del juez territorialmente que ordenó, sin observación del principio de contradicción, la devolución de una cantidad retenida por un establecimiento de juegos de azar, correspondiente al premio obtenido por el denunciante. La resolución judicial ordena al Notario, en el que se deposita la cantidad retenida, la devolución del importe del premio retenido “sin dilación de clase alguna en forma

inmediata” facultando a un letrado para colaborar en la cumplimentación de lo dispuesto. Así como la resolución que acordaba la libertad de uno de los imputados, argumentando que “…la libertad acordada en una causa seguida por delito grave requiere un análisis de los presupuestos para su adopción que no se realiza y la que se expone, identidad de circunstancias, no es real”.

En la STS nº 1243/2009, de 30 de octubre, se consideró constitutiva de prevaricación la conducta del juez consistente en la adopción de una serie de acuerdos en un expediente de adopción en el que una mujer pretendía adoptar a la hija de su consorte, también mujer, entendiendo esta Sala que aquellas “…no sólo implican unas injustas resoluciones retardatorias sino también un despliegue de activa obstrucción beligerante para impedir la efectiva aplicación de la voluntad legislativa; muy significativamente cuando se trataba de cuestionar la idoneidad para la adopción por razón de la orientación sexual de la promovente. El examen de la madre biológica, titular de la patria potestad, el requerimiento, bajo apercibimiento de sobreseer el expediente para nombrar profesionales, el nombramiento y sucesivo cese el defensor de la niña sólo son racionalmente explicables desde el punto de vista de una resolución injusta”.

En esta jurisprudencia destacamos los dos elementos de la prevaricación. Desde una formulación objetiva la esencia del delito de prevaricación radica en el quebrantamiento del Derecho cuando la aplicación del mismo no resulta objetivamente sostenible, exigiéndose una indudable infracción del Derecho. De esta manera, allí donde caben varias conductas y decisiones objetivamente sostenibles o donde existen dudas fundadas, no buscadas, en la interpretación del Derecho, la elección de una u otra de estas interpretaciones posibles -independientemente de la convicción del juez- no dará lugar a una acción prevaricadora, dado que el juez se habrá mantenido dentro de lo jurídicamente aceptable. En cuanto al elemento subjetivo plasmado en la prevaricación dolosa en la expresión “a sabiendas” no es otra cosa que la inclusión expresa del dolo, en el sentido de que el autor debe tener plena conciencia del carácter injusto, de la resolución que dicta. Es decir, debe ser consciente de la adopción de la resolución, de su sentido y de sus consecuencias y de que todo ello no pueda

estar amparado por una interpretación razonable de la Ley. En este sentido, el elemento subjetivo se integra por "…la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones, elemento que debe ser puesto en relación con la condición del Juez de técnico en derecho, y por tanto conocedor del derecho y de la ciencia jurídica -«iuranovit curia»-.", (STS nº 2338/2001).

Pero, como precisa la STS. 79/2012 antes citada, no se trata de un elemento subjetivo integrado en el elemento objetivo relativo a la injusticia. Es decir, la resolución no se reputa injusta porque el juez la considere así, lo que importa, desde el punto de vista atinente al tipo objetivo, es que lo acordado no es defendible en Derecho ni podría llegarse a ello por alguno de los métodos de interpretación de las normas admitidos en Derecho.

El elemento subjetivo, por el contrario, se refiere al conocimiento de esos elementos del tipo objetivo.

Basta con que el juez sepa que la resolución no es conforme a derecho y que a ella no llegaría empleando los métodos usuales de interpretación, sino solamente imponiendo su propia voluntad, su deseo o su criterio sobre la interpretación racional de la ley.

SEGUNDO: En cuanto a la prevaricación culposa del art. 447 degrada la parte subjetiva al establecer que basta que la resolución sea dictada por imprudencia grave o ignorancia inexcusable, pero agrava la parte objetiva, al exigir que la resolución sea manifiestamente injusta (STS. 962/2006 de 19.9).

El tipo de prevaricación por imprudencia tiene -según se dice en la STS. 333/2006 de 15.2 – una estructura doble en el sentido que diferencia la conducta imprudente o negligente propiamente dicha y la ignorancia inexcusable (por ello en el Código anterior no se aplicaba el tipo de imprudencia genérico incriminándose específicamente la prevaricación imprudente, artículo 355 C.P 1973). La primera hace referencia a supuestos de desatención, ligereza o falta de cuidado graves, mientras que la ignorancia inexcusable significa no rebasar el

umbral mínimo del conocimiento exigible, en este caso a un juez o magistrado, es decir, se trata de un error provocado por la propia falta de conocimiento o información del sujeto del delito, imputable al mismo, lo que es causa de la sentencia o resolución manifiestamente injusta.

Por ello -recuerda la STS. 359/2002 de 26.2 – el legislador ha decidido que cuando se trata de una prevaricación judicial por imprudencia grave no basta con que la resolución sea injusta, como sucede en la modalidad dolosa, sino que sea injusta con carácter manifiesto, lo que incide, más que en el elemento objetivo de la prevaricación, en el tipo subjetivo y particularmente en la necesidad de que el autor, con el conocimiento del contenido de la resolución, se haya representado -culpa con representación- la posibilidad de la realización del tipo, habiendo confiado *injustificadamente,* al mismo tiempo, en la adecuación a derecho de dicha resolución. La injusticia de la resolución no debe ofrecer ninguna duda y son, pues, los casos extremos de desatención de los deberes judiciales cuando aquella se haya dictado con vulneración u omisión de los procedimientos, requisitos legales o comprobaciones que impone la diligencia mínima exigible a todo juez, lo que ha querido resolver el legislador a través del art. 447 CP. (AATS. 16.7.2008 y 13.10.2009).

En consecuencia el delito del artículo 447 del Código Penal requiere que el autor haya obrado con culpa consciente o con representación, por cuanto la injusticia es manifiesta tiene necesariamente que haberla captado inmediatamente discutiéndose en la doctrina si la formula legal es capaz de acoger tanto los casos en los que el sujeto es consciente de su propia ignorancia o de la falta de cuidado, aceptando que la sentencia o la resolución puede ser injusta como consecuencia de ello (dolo eventual) como aquellos en los que tal conciencia no existe lo que le permite creer temerariamente que la resolución es correcta.

Por ello la prevaricación culposa solo resultará aplicable en relación con las resoluciones que entrañan una infracción del ordenamiento jurídico patente, grosera, evidente, notoria o esperpéntica. No basta la mera ilegalidad, sino que debe concurrir una contradicción clara y palmaria con la norma, debiendo ser aquella tan patente que resulte evidente por sí misma, sin necesidad de ningún esfuerzo interpretativo o justificativo de su existencia.

En definitiva, la configuración del mentado tipo del art. 447 CP, requiere dos elementos: uno subjetivo, o sea, la imprudencia grave o ignorancia inexcusable, y uno objetivo, la manifiesta injusticia de la resolución.

Con relación al primero, la Ley se refiere a la desatención en el desempeño de las labores jurisdiccionales, y no de cualquier entidad, sino de la mayor dosificación jurídica, pues tanto la imprudencia como la ignorancia se encuentran calificadas con los adjetivos “grave” e “inexcusable”, “grave en la terminología del Código Penal se contrapone obviamente, con leve (imprudencia leve apostilla dicho testo legal en varios preceptos cuando valora la conducta culposa del agente), y significa una desatención intensa, sustancial, perceptible fácilmente, de una gran entidad, siendo tal modulo subjetivo, el que debe ser apreciado judicialmente, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado (ATS. 14.5.2002), la que conduce a que solo será admisible la imprudencia temeraria quedando fuera cualquier otra imprudencia, aunque la doctrina especializada resalta como el concepto de imprudencia grave o ignorancia inexcusable en el delito de prevaricación no es absolutamente homogéneo con el tradicional concepto de imprudencia temeraria.

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia han venido configurando la imprudencia temeraria como la omisión de las mas elementales normas de diligencia y cuidado exigibles al ciudadanos medio, no obstante lo cual, es claro, que en el ámbito del art. 447 el punto de referencia se debe aplicar no es el de los conocimientos del hombre medio o del buen padre de familia, pues traspasar tal esquema al ámbito de prevaricación judicial, habida cuenta la complejidad inherente al ordenamiento jurídico, haría imposible admitir la existencia de una prevaricación judicial culposa. Por el contrario, la ignorancia será inexcusable cuando entraña la omisión del autor de diligencia exigible al Juez medio. La injusticia habrá de ser manifiesta a los ojos de un juez de formación media, no a los del Juez que dictó la resolución, pues en este último caso nos encontraríamos ante un caso de prevaricación dolosa.

Por último si es necesario resaltar que es doctrina reiterada que la disconformidad con una resolución judicial no permite constituir sin más la base de un procedimiento penal. Asimismo en lo concerniente al bien jurídico protegido del mentado ilícito penal de prevaricación se ha

pronunciado esta Sala Segunda, en el sentido de que ” *este delito no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes en el proceso, sino en la vulneración del Estado de Derecho al quebrantar la función judicial de decidir aplicando el Derecho…”,* lo que supone que *“… se produce un abuso de la posición que el derecho otorga al Juez, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales* ” (STS 2/99 de 15 de Octubre de 1999, y también se ha subrayado cual es el fundamento del delito de prevaricación, al mencionar que la existencia de un poder judicial, o de una autoridad judicial, que desarrolle la función jurisdiccional de un Estado democrático, es uno de los pilares básicos de un Estado de Derecho. Su consideración de independiente es una condición que posibilita la condición de legitimidad del Estado. Al mismo tiempo un elemento fundamental de la independencia judicial es la vinculación del juez exclusivamente a la ley, art. 117 CE. Esta sujeción del juez a la norma supone la ausencia de responsabilidad del juez por las decisiones que adopte, siempre y cuando actúe en el ámbito de la ley. De esta manera se garantiza la vigencia real del Derecho y la protección jurídica de los ciudadanos.

Ahora bien la tarea judicial es susceptible de extralimitaciones y disfunciones. En primer lugar, pueden existir disfunciones nacidas de la simple falibilidad humana, disfunciones propias del sistema, formado por personas que no son infalibles para las que el propio sistema prevé el régimen de recursos. El error, en estos casos, es imputable al propio sistema jurídico en la medida que la aplicación errónea del Derecho proviene de la propia falibilidad humana para las que el ordenamiento previene el régimen de recursos. Incluso el ordenamiento internacional prevé como derecho del condenado un régimen de revisión por una instancia superior (art. 14.5 PIDC y P), y los ordenamientos procesales se estructuran en torno a la doble instancia para asegurar el acierto en la decisión del conflicto. En la prevaricación, sea del tipo que fuera -punible con dolo o culpa- cuyo fundamento común es el hecho de “torcer el derecho”, lo relevante es el abuso de la función judicial en la aplicación del Derecho, comprensivo de la resolución del conflicto y de la dirección de una causa jurídica (STS. 102/2009 de 3.2).

TERCERO: En el caso presente, partiendo de que el art. 447 se refiere a sentencia o

resolución, comprendiéndose, por tanto, los autos y providencias que se dicten en el proceso penal, perjudiquen o no al reo, o en procedimientos distintos de los penales, incluyéndose también las proferidas fuera del orden jurisdiccional, como son las del ámbito gubernativo o del Registro Civil, las resoluciones calificadas como prevaricadoras son:

-Los dos autos de 16.12.2011 dictados en el marco de las diligencias previas 1632/2011 del Juzgado de Instrucción nº 1 Santa Coloma de Farners (Gerona) iniciadas por delito de robo con fuerza en las cosas de cobre, y en los que acordó el internamiento cautelar, a efectos de su ulterior expulsión administrativa, de los ciudadanos senegaleses Luis Enrique y Simón y Ángel, en el Centro de Internamiento de extranjeros de Verneda (Barcelona), durante el plazo máximo de 40 días.

-El auto de 30.12.2011 que desestimó la petición del Ministerio Fiscal de ese mismo día solicitando la inmediata puesta en libertad de los dos extranjeros por infracción del art. 62 LO. 4/2000, al no existir la solicitud previa de autorización de internamiento formulada por la autoridad administrativa en el correspondiente expediente de expulsión y no haberse dado traslado, también previo, a las partes interesadas para que, en su caso, hubiese podido alegar frente a la medida.

-El auto de 9.1.2012 que desestimó los recursos de reforma interpuestos por la defensa de los ciudadanos extranjeros -a los que se adhirió el Ministerio Fiscal- que alegaban, entre otras razones, la inexistencia tanto de una petición motivada de internamiento formulada previamente por la autoridad administrativa competente como la vulneración del derecho de defensa al no haber sido oídos los interesados, entonces detenidos, sobre las circunstancias personales que debían tomarse en consideración para autorizar, en su caso, el internamiento.

El internamiento preventivo de extranjeros previo a su expulsión -que ya regulaba el art. 26.2 LO. 7/85 de 1.7- sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y cuya constitucionalidad fue declarada por STC. 7.7.87, actualmente regulado por los arts. 61 y 62 LO. 4/2000, (reformada por LO. 8/2000 de 22.12, LO. 11/2003 de 29.9, LO. 14/2003 y LO.

2/2009 de 11.12), y arts. 140 y 153 del RD. 2393/2004 de 30.12, que aprobó el Reglamento de la LO. 4/2000 (Reglamento de extranjería reformado por RD. 1019/2006 de 8.9)- que determinan expresamente la legitimación para instar el internamiento -que corresponde al instructor del procedimiento policial, la autoridad judicial para acordarlo- que es el Juez de instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero-, el lugar de su practica, en un centro especial de internamiento, el tiempo máximo de 40 días -60 en la Ley- y los derechos que asisten al extranjero y, en particular el de defensa -tiene diferencias sustanciales con las detenciones preventivas de carácter penal, no sólo en las condiciones físicas de su ejecución, sino también en función del diverso papel que cumple la Administración en uno y otro caso. En material penal, una vez puesto el detenido en el órgano gubernativo a disposición judicial, la suerte penal del detenido se condiciona a decisiones judiciales posteriores, tanto en lo relativo a la detención preventiva como en el resultado del proceso penal posterior. En el procedimiento de expulsión, la decisión final sobre la misma corresponde al órgano gubernativo, y por ello es una decisión que puede condicionar la propia situación del extranjero detenido. Ello significa que el órgano que solicita el internamiento persigue un interés específico estatal, relacionado con la policía de extranjeros, y no actúa ya, como en la detención penal, como un mero auxiliar de la justicia, sino como titular de intereses públicos propios.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y integración social, reformada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, establece en el artículo 61 que desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares, entre las que se encuentra, el internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento. El artículo 62 de la citada ley señala que incoado el expediente por las causas comprendidas en los párrafos a) y b) del apartado 1 del art. 54, así como a), d) y f) del art. 53 y artículo 57, en el que pueda proponerse la sanción de expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga su ingreso en un

centro, de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, sin que sea necesario que haya recaído resolución, de expulsión.

El juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimiento administrativos sancionadores pendientes. Dicho artículo mantiene que el internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, sin que en ningún caso pueda exceder de sesenta días, ni acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente.

No podré acordarse el ingreso de menores en los centros de internamiento, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 62 bis.1.i). La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión del extranjero será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país. El Juez competente para autorizar el internamiento será el Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención.

Por tanto la decisión misma en relación al mantenimiento o no de la libertad no queda en manos de la Administración. La voluntad de la Ley, y desde luego el mandato de la Constitución es que, más allá de las 12 horas, corresponde a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la libertad. El órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma (sobre la que el Juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), sino las concernientes entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otro que el Juez estime relevante para adoptar su decisión. Por tanto, dado el carácter excepcional de la privación de libertad, no es la substanciación del expediente de expulsión la que determina la medida de internamiento,

sino las propias circunstancias del caso por razones de seguridad, orden público, etc., las que han de justificar el mantenimiento de esa perdida de libertad, siendo el Juez, guardián natural de la libertad individual, el que debe controlar esas razones, reflejándose también, en la existencia de una duración máxima.

En este punto señala la doctrina reiterada de nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia de 16 de abril de 1996, afirmando que es admisible la interposición de habeas corpus contra la detención administrativa, debiendo examinar el Juez si dicha detención está incluida o no dentro de algunos supuestos en qua se permite la privación de libertad de una persona, atendiéndose no sólo a la causa de expulsión invocada, sino a la situación personal y legal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de huida o a cualquier otra causa que el juez estime relevante para adoptar su decisión, dado que el internamiento debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable su pérdida por razones de cautela o de prevención, que han de ser valonadas por el órgano judicial. La Sentencia del citado Tribunal de 21 de mayo de 1996 manifiesta que la mera carencia de documentación no permite la detención policial, sino la creencia razonable de qué el afectado se encuentra ilegalmente y, simultáneamente, la necesidad de asegurar la ejecución de una eventual medida de expulsión si existe riesgo de huida o por razones de cautela o prevención (S.T.C. 144/1990, de 26 de septiembre), teniendo un plazo de 72 horas para dejarlo en libertad o solicitar la autorización de internamiento al Juez, no pudiendo durar la detención más el tiempo estrictamente necesario para realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, pudiendo ser el limite máximo de privación provisional de libertad que permite, el art. 17 de la Constitución Española sensiblemente inferior a 72 horas, examen que puede realizar el Juez en el procedimiento de babeas corpus, admisible para este tipo de detenciones, La Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de noviembre de 1996 afirma que el Juez que debe examinar la autorización de internamiento, no debe analizar únicamente la concurrencia de causa legal, sino si concurren la circunstancias señaladas anteriormente que aconsejen el internamiento, teniendo en cuenta que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de

excepcionalidad; La Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1996 señala qué el internamiento necesario para el cumplimiento de una única orden de expulsión no debe superar en ningún caso el tiempo necesario para su cumplimiento y nunca puede, ser renovado mediante el subterfugio de una corta liberación, incompatible con el artículo 17 de la CE. La instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/1991 de 23 de octubre, sobre garantías en la autorizaciones judiciales de internamientos de los sometidos a procedimiento de expulsión, establece una serie de reglas. Entre ellas destaca que ha de estar inspirada en el principio de excepcionalidad, no pudiéndose verificarse en Centros Penitenciarios ni en comisarías de Policía, debiendo, pues, oír en su presencia al extranjero y las causas de la petición. La Circular 2/2006 de 27 de julio sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, se reitera en lo señalado en la anterior circular de 2001, afirmando que el internamiento requiere una previa petición de la autoridad gubernativa, siendo competente el Juez del lugar de la, detención, el cual deberá abrir unas diligencias autónomas para la resolución de la petición de internamiento. La resolución judicial no debe entrar en el fondo de la resolución administrativa, siendo la vía administrativa o contencioso administrativa la adecuada, sino en la existencia de temor fundado de que el extranjero pueda tratar de sustraerse a la decisión sobre la decisión, debiendo valorarse si el extranjero, tiene domicilio conocido, trabajo, convivencia familiar, carencia de documentación, la utilización de nombre diversos o la preexistencia de requisitorias para su llamamiento y busca.

En definitiva la jurisdicción actúa como mecanismo de control, en garantía y cumplimiento de los derechos fundamentales en los supuestos de privación cautelar de la libertad, sin merma alguna de las facultades gubernativas recogidas en la Ley, y en la resolución de los recursos contra las resoluciones gubernativas (art. 65 LO.).

CUARTO: En el caso que se analiza, la sentencia de instancia destaca como la acusada prescindió total y absolutamente de las garantías establecidas en la LO. 4/2000 al acordar el internamiento sin la existencia de una previa petición administrativa en tal sentido y sin una previa audiencia especifica a los interesados, su defensa y al Ministerio Fiscal.

1º.- Así en relación al primer extremo destaca el empecinamiento de la recurrente que ya desde el auto de 30.11.2011, ante la solicitud de libertad del Ministerio Fiscal, expresó que, en virtud del art. 61.1 f, no era necesaria petición alguna de la autoridad administrativa, tal y como tienen reconocido ya sentencias del Tribunal Supremo -sin citar ninguna de ellas-, razonamiento en que insistió en el auto de 9.1.2012, para a posteriori intentar justificar su decisión, afirmando en el juicio oral que en conversación telefónica mantenida el 16.12.2011, con el subinspector Jefe del GOE, este le solicitó verbalmente el internamiento cautelar, lo que la sentencia, en modo alguno considera acreditado a la vista de la propia declaración del subinspector en el plenario que negó rotundamente que hubiera partido de él cualquier petición de internamiento, y del documento -comunicado firmado por el Comisario Jefe Provincial de Girona del CNP (folios 337-339, DP. Núm. 1632/2011) que fue remitido a la acusada el 25.1.2012, cuando ésta, después de haber desestimado los recursos de reforma, y antes de remitir las actuaciones a la Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación de la defensa, requirió del organismo policial información complementaria.

Necesidad de previa solicitud administrativa que ya ha sido analizada en el fundamento jurídico precedente, sin que ningún método razonable de interpretación del art. 61.1 f: "cualquier otra medida cautelar que el Juez estime adecuada y suficiente" permita sostener que el internamiento preventivo recogido en el precedente apartado e), pueda estar comprendido en aquellas, tal y como la Sala de instancia razona de modo modelito en el fundamento de derecho primero, apartado 5, y se deduce, además del tenor literal del art. 62.1 de la misma Ley Orgánica, que al regular el ingreso en centros de internamiento previene que "incoado el expediente por alguno de los supuestos… en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un Centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador", no ofrece, por tanto, duda alguna que el internamiento no puede ser acordado de oficio por el Juez, sino únicamente a solicitud y previa petición del instructor del expediente administrativo.

2º.- Y con referencia al segundo, la recurrente ha mantenido que en la decisión del

internamiento no es exigible una audiencia o comparecencia especifica, dado que en la declaración que los extranjeros prestaron en el procedimiento penal por un presunto delito de robo, ya fueron interrogados sobre sus respectivas identidades, nacionalidades, filiaciones y domicilios y sobre sus medios de vida en nuestro País. No obstante la sentencia recurrida, fundamento de derecho segundo, apartado 1º, tras un examen de las dos diligencias extendidas con ocasión de dichas declaraciones (folios 52-53, 55-56, DP. 1632/11) considera evidente que en aquellas ocasiones no se ofreció en absoluto ni a los detenidos ni a su defensa -ni tampoco a la Fiscal allí presente- la posibilidad de presentar prueba alguna sobre la posesión de un domicilio estable y de una documentación identificativa, ni tampoco la de alegar sobre la certeza o suficiencia de las causas de expulsión y, lo que es más importante, ni siquiera se les advirtió de la posibilidad de que fuera acordado el internamiento cautelar, para que en su caso, hubieran podido argumentar sobre la proporcionalidad y sobre la justificación de la medida cautelar.

Actuación de la recurrente que provocó una situación de indefensión a los ciudadanos senegaleses. En efecto la interdicción de la indefensión es la garantía negativa del derecho a la tutela judicial efectiva, para cuya prevención se garantizan los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24.2 CE. (STC. 181/94 de 20.6). Supone la obligación de respetar el derecho de defensa contradictoria, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses. Es cierto que el perjuicio producido ha de ser algo real y efectivo, que se traduzca en un menoscabo real, con indefensión material, del derecho de defensa, y no en una mera expectativa potencial y abstracta, que pueda verse frustrada.Por tanto, no basta que se haya cometido una irregularidad procesal, se necesita que esta tenga una significación material, debiendo valorarse las situaciones de indefensión en cada caso concreto (SSTC. 145/90, 188/93, ATC. 2/99). Y en el presente la sentencia cuestionada destaca que la vulneración no fue meramente formal, por cuanto en este caso el Grupo especializado en materia de extranjería del CNP que se encargó del expediente administrativo de los ciudadanos senegaleses comunicó a la acusada, cuatro días después de dispuesto el internamiento, que en los

domicilios facilitados en el Juzgado se hallaba la documentación de cada uno de ellos, un pasaporte en el caso de Ángel y un Permiso de residencia (caducado) en el caso de Luis Enrique, lo que demuestra una evidente vinculación y cierta radicación -en el caso del primero, se trataba del domicilio de un hermano-, de manera que al menos sobre dos de los presupuestos que deben ser considerados por el juez para disponer el internamiento se hurtó a los interesados cualquier posibilidad de alegación. Téngase en cuenta que la fonética de la verdadera identidad de uno de ellos -‘ Simón ‘ o ‘ Simón ‘- o el hecho de que el otro facilitara su verdadero apellido en su declaración ante el Juzgado -‘ Calixto ‘, que se transcribió como ‘ Calixto ‘, sin que conste si se trata de distorsión intencionada o de simple error de trascripción- hubiera exigido una motivación más precisa para poder afirmar sin más -como hizo la acusada en el correspondiente Auto de internamiento- que los mismos utilizaron “nombre falso” y para poder deducir de ello -como hizo la acusada en los Autos de 30 de diciembre de 2011 y de 9 de enero de 2012 – que pretendían dificultar o evitar una entonces eventual expulsión.

En definitiva, hubo por parte de la recurrente una interpretación no solo errónea, arbitraria e irracional, sino persistente, reiterada y contumaz, al atribuirse una iniciativa que la Ley reserva a la autoridad administrativa y acordar un internamiento preventivo, prescindiendo de normas esenciales del procedimiento -al no oír previamente al Ministerio Fiscal y a las partes-, que prolongó durante 34 días, a pesar de la petición de libertad del Ministerio Fiscal y de los recursos de las defensa haciéndola ver la flagrante ilegalidad, y sin rectificar lo que hubiera podido ser una simple negligencia o ignorancia excusable, confirmó los internamientos por autos de 30.12.2011 y 9.1.2012, a pesar incluso que desde el 20.12.2011, el Cuerpo Nacional de Policía ya le había acreditado que las identidades y la documentación intervenida a los dos extranjeros eran auténticas y que ambos tenían domicilio conocido.”