

## **Sentencia T.S.J. Andalucía 15/2011, de 13 de octubre**

### SENTENCIA

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—En virtud de querrela formulada por Dña. [...] contra el acusado D. [...] por un delito de prevaricación judicial, esta Sala, por auto de fecha 19 de octubre de 2010, acordó incoar Diligencias Previas, registradas bajo el número 3/2010, designando Instructor de las mismas al Ilmo. Sr. Magistrado de la Sala D. Miguel Pasquau Liaño, quien acordó la práctica de las actuaciones oportunas, declaraciones del imputado y de los testigos.

Con fecha 20 de enero de 2011 se presentó asimismo por el Procurador D. [...], en representación de D. [...], querrela contra D. [...] por un delito de falsedad documental, incoándose con fecha 24 de enero de 2011 la causa especial nº 5/2011 y acordando la Sala, previo informe del Ministerio Fiscal, por auto de 9 de febrero de 2011, la admisión a trámite de la querrela y su acumulación a las Diligencias Previas nº 3/2010.

El Ilmo. Sr. Magistrado Instructor dictó auto con fecha 27 de abril de 2011 acordando sobreseer libremente a D. [...] por el delito de falsedad documental que se le imputaba y continuar la causa respecto del mismo por el delito de prevaricación por los trámites del procedimiento abreviado previsto en los artículos 780 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Contra dicho auto se interpuso recurso de reforma por la representación procesal del acusado respecto de la imputación por el delito de prevaricación judicial, y recurso de apelación por la acusación particular en cuanto al sobreseimiento libre por el delito de falsedad documental. El Ilmo. Sr. Magistrado Instructor por auto de 12 de mayo de 2011 desestimó el recurso de reforma interpuesto por el acusado, auto que fue recurrido en apelación por dicho acusado.

Esta Sala, por auto de fecha 10 de junio de 2011, desestimó los recursos de apelación interpuestos tanto por la acusación particular como por el acusado contra el auto de 27 de abril de 2011, confirmando el mismo.

Conferido el oportuno traslado al Ministerio Fiscal y a la acusación particular, presentaron sendos escritos de acusación y solicitaron la apertura del juicio oral. Por la representación procesal del acusado se instó incidente de nulidad contra el auto de 27 de abril de 2011 que fue inadmitido a trámite por providencia del Instructor de 30 de junio de 2011. Por auto del Instructor de fecha 11 de julio de 2011 se acordó la apertura del juicio oral contra el acusado D. [...], dándose traslado a la representación procesal del mismo, quien formuló su escrito de defensa, proponiendo las pruebas que tuvo por conveniente. Elevadas las actuaciones a esta Sala, por auto de fecha 7 de septiembre de 2011 se admitieron las pruebas que se estimaron pertinentes y por diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de la misma fecha se señaló para el juicio oral los

días 3, 4 y 5 de octubre de 2011, que se celebró dichos días con la asistencia del Ministerio Fiscal, de la acusación particular y del acusado, asistido de su Letrado defensor, practicándose todas las pruebas admitidas, excepto las renunciadas y dándose cumplimiento a todas las formalidades legales..

Segundo.—El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales, consideró los hechos constitutivos de un delito de prevaricación dolosa previsto y penado en el artículo 446.3 del Código Penal, siendo responsable en concepto de autor D. [...], sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y solicitó se impusiera al acusado la pena de 12 meses de multa a razón de 15 euros al día, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez años, accesorias y costas procesales.

En trámite de conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal modificó tales peticiones, retirando la acusación del delito de prevaricación dolosa y solicitando la libre absolución del acusado, al entender que, aunque existía una negligencia o imprudencia grave en la actuación del juez [...], faltaba el elemento típico consistente en el dictado de una resolución manifiestamente injusta, característico de la prevaricación culposa del artículo 447 del Código penal.

Tercero.—La acusación particular personada, elevando sus conclusiones provisionales a definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación dolosa, previsto y penado en el artículo 446.3.º del Código Penal, concurriendo las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal indicadas en el artículo 22 del Código Penal apartado 4.º (cometer el delito por motivos de discriminación referente al sexo de la víctima), apartado 5o (aumentar deliberadamente el sufrimiento de la víctima) y apartado 7o (prevalecerse del carácter público del culpable), del que considera responsable en concepto de autor al acusado D. [...], solicitando las penas de multa de veinticuatro meses a razón de 20 euros diarios, con responsabilidad personal en caso de impago, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de veinte años y pago de las costas. En cuanto a responsabilidad civil, el acusado indemnizará a Doña [...] ñor los daños físicos y morales sufridos, con la cantidad de 60.000 euros, al menor ... por los daños físicos y morales sufridos con la cantidad de 100.000 euros, y al menor ...por los daños morales sufridos con la cantidad de 12.000 euros.

Cuarto.—La defensa del acusado, elevando asimismo a definitivas sus conclusiones provisionales, solicitó la libre absolución de su patrocinado con todos los pronunciamientos favorables.

## HECHOS PROBADOS

Apreciando en conciencia las pruebas de confesión, testifical y documental, practicadas en el acto del juicio oral se declara expresamente probado lo siguiente:

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. [...] y D. [...] 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.5 y desde ese momento hasta el domingo de Resurrección a las 20:00, a elección, en años pares, del padre.

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

Segundo.—En la Semana Santa del año 2010 los dos hijos menores de edad estaban en compañía de su padre en el primer turno de los establecidos, por elección de éste, quien debía hacer entrega de los mismos a la madre el miércoles santo a las 14:00 horas.

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

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

Trasladado estos pormenores al padre del menor, el propio abuelo con quien convivían [...] [...] [...], preocupado por los deseos de su nieto, se cita el lunes, 29 de marzo, con el Letrado D. [...] que, a su vez, habla con su compañero Sr. [...], de forma que se plantearon iniciar otra estrategia procesal distinta y canalizar la petición de salida procesional ante el Juez de Familia Sr. [...]. 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. [...].

Con tal propósito, quedaron citados para el día siguiente, martes, en el propio Juzgado de Familia nº 7 tanto el Letrado Sr. [...] como el menor, junto al padre y el abuelo, así como el Letrado Sr. [...], 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. [...]) [...] con su nieto [...] así como el propio padre del menor [...], acudiendo también el Letrado Sr. [...], exteriorizando al personal del Juzgado el deseo de entrevistarse con el titular del Juzgado.

Abuelo y nieto son recibidos por el Sr. [...] en su despacho, en el que estaba presente la Sra. Secretaria y una funcionada trabajando en otros expedientes, quedando afuera, en el pasillo, mientras tanto el padre del menor y el abogado Sr. [...]. El abuelo manifestó la situación y el deseo del menor de salir en la referida procesión, tras lo cual el Sr. [...] 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. [...], que acudió a tales efectos en compañía del Letrado Sr. Requena Maldonado. Moeckel entró en el despacho del Sr. [...], estableciéndose entre ambos una conversación cuyo contenido se desconoce, al tiempo que le entregó el Auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer al que se ha hecho referencia en el apartado primero.

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

#### “ACTA DE COMPARECENCIA

En Sevilla a treinta de marzo de dos mil diez.

Estando S.S" constituido en audiencia publica, con mi asistencia, comparece el menor ... de once años de edad, su abuelo paterno [...] con DNI nº ... quien manifiesta a los efectos de localización que los padres del niño se llaman D. [...] con domicilio en ... de Sevilla y Dª [...] [...] con domicilio en ... de Sevilla.

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

Que a su madre le consta que es hermano de esa Hermandad y que ya salió el año pasado también de paje. Que no entiende, por tanto, cómo ahora una abogada de su madre le he 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 ni sus Estatutos ni conoce quienes están en sus Juntas de ¡Gobierno pero su ilusión cómo otros niños de su edad es 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 funcionaría utilizó un modelo propio de otro procedimiento elegido al azar entre los que gestionaba informáticamente, en concreto uno terminado en cuatro (divorcio nº 34/2010), por lo que el NIG correspondiente a tal procedimiento (4109142C2010002195) apareció en el folio impreso, que luego fue firmado por los comparecientes, por el Magistrado y por la Secretaría 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. [...], sin que en dicho documento se hiciera constar identificación de partes ni de clase y número de procedimiento.

Seguidamente, el Sr. [...] 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. [...], el Letrado Sr. [...] 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.

[...] [...] [...], mayor de edad, en nombre y representación del menor de edad ... ante dicho Juzgado comparece y dice:

Que su nieto, ..., de 11 años de edad, le ha verbalizado de forma reiterada e insistente 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 afín 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 2010”.

Tras ello regresó al Decanato, donde había quedado citado y le esperaban el abuelo y el Sr. [...]. Dicho escrito fue firmado por el Sr. [...] y presentado personalmente en la sección de Reparto del Decanato (tercera planta) por el Sr. Joaquín Moeckel, manifestando a la funcionaria [...] que le atendió que se trataba de un asunto urgente y

que "debía ser turnado al Juzgado nº 7", por lo que la referida funcionaría indicó que debía hacerse constar en el escrito el nº de Juzgado al que se refería, así como el NIG correspondiente; seguidamente, el Sr. [...] escribió en dicho escrito de su propio puño y letra la numeración 41 091 42C 2010 0002195 (tal y como parece leerse del documento obrante al folio 205), NIG que obtuvo de otros documentos que portaba y referenciaban dicho Juzgado.

No consta probado que el Sr. [...] aportara, junto con el escrito de solicitud . comentado del folio 205, el Auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer que había Sido entregado con anterioridad al Sr. [...] ni tampoco eí acta de comparecencia del /abuelo y su nieto; al contrario, a la funcionaría citada le llamó la atención 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 nº 7 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 nc 26, en ambos casos por concesión de permiso reglamentario de tres días).

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

Quinto.—Mientras esto ocurría, el Sr. [...] se acercó a las dependencias de Fiscalía para comunicar verbalmente la solicitud que se había presentado, no encontrando al Fiscal de permanencia, pero sí a otra compañera de despacho, concretamente la Sra. Fiscal Dña. 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. [...] 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. [...], 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. [...] 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 R [...]

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, oíase 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 medidas 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. [...] 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 que personalmente SS" se desplaza a la Fiscalía comunicando a la Fiscal D" 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 SS" 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 funcionarla 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. [...] indicó a dicha funcionarla 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 (folio 217), que venía referido en exclusiva a “dar por terminado el acto y la presente, y después de leída

y hallada 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, [...] 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. [...] ni a la madre Dña. [...], a quien se atribuía una actitud reticente u obstativa al cumplimiento de lo acordado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, pese a conocer sus domicilios, que venían expresamente reseñados en la comparecencia inicial.

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

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Único.—Ante el Decanato de los Juzgados de Sevilla se nresantn p.xrritn en nombre v representación del menor de edad ... por D. [...] [...] [...], 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 ... de 11 años de edad, y que ha comparecido solicitando tutela judicial, se le evite el perjuicio de tener que verse privado de realizar una actividad que para él resulta sumamente importante y trascendente, y para la que durante todo el año se prepara con ilusión y entusiasmo. Resulta incomprensible que cualquiera de sus progenitores siempre ponga obstáculos a lo que constituye su inequívoco y evidente deseo, que ha expresado sin paliativos a presencia judicial, que no es otro que poder salir en Semana Santa en las dos Cofradías de que es Hermano: De Nazareno, el martes Santo con los Estudiantes, y en la madrugada del Viernes Santo del paje con El Silencio.

Incomprensible más si cabe cuando ambos progenitores sabían que habrían de respetar la voluntad de su hijo de salir en Semana Santa haciendo Estación de Penitencia, y cuando el niño ya salió el año pasado en esa misma Cofradía del Viernes Santo con el beneplácito de su madre. El hecho de que el segundo periodo de vacaciones de Semana Santa el hijo permanezca con la madre, no puede amparar en su actitud demostrar recelo y rechazo a consentir que su hijo cumpla con su voluntad. No se encuentra justificación alguna en el hecho de aparentar una preocupación excesiva hacia lo que comporta una salida procesional existiendo solo un precedente en España al respecto en la negativa de una madre a que durante el periodo que le correspondía de estancia del hijo con el padre, aquel participara en los Encierros de San Fermín.

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

De todo ello se desprende que la autoridad judicial a la que compete la materia de protección de menores, y cuando es el niño quien directamente solicita esa tutela, con independencia de los conflictos que puedan existir entre sus progenitores, lo que ha de adoptar una medida 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 ... 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, [...], 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. [...], 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 una 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 Silencio, acordando que el retorno con la madre se produjera el viernes, día 2 de abril, a las 11.00 horas, lo que originó el consiguiente desasosiego de la abuela, y luego de la madre, que intentó infructuosamente contactar con su hijo y el padre, a través de teléfono móviles, hasta que se vio sorprendida por las noticias de prensa y televisión, que le fueron adelantadas y referidas por familiares y amigos, en las que, sin citarla, hablaban del caso del niño cofrade y ía madre despechada, noticias que, razonablemente, conectó con su propia persona y situación familiar.

Octavo.—En las fechas que se reflejan el abogado de [...], Sr. [...], suministró a varios diarios 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 triste 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 Silencio”, 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. [...] 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. [...] 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. [...].

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 “madruga sevillana”, que enfrenta a una pareja de divorciados, con intervenciones y comentarios del Letrado Sr. [...], 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 intervenciones y comentarios del Letrado Sr. [...], en los que refería que “es deseo del niño procesional y estamos teniendo ciertos temores de que eso no se vaya a llevar a cabo, que es de poca vergüenza preguntar esos detalles sobre la Hermandad, conociendo la madre que el niño hizo el año pasado ese recorrido, que ella, además, es licenciada en medicina y debe saber 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. [...] 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 ponen sus propios conflictos y enfrentamientos irracionales por

encima de sus hijos, y que tales personas actúan movidas por su “visceralidad y resentimiento”.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Delimitación exacta de la materia objeto de enjuiciamiento.—Dos premisas generales deben dejarse sentadas en esta resolución. La primera, muy importante, 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 de la Semana Santa de Sevilla; tampoco si esa decisión estaba amparada por el artículo 158.3 (sic) del Código Civil en uso de facultades competenciales del Juzgado nº 7 de Sevilla.

Estos son los únicos aspectos sobre los que se ha centrado machaconamente la prensa y también, por cierto, los únicos valorados por la Audiencia Provincial de Sevilla a la hora de resolver el recurso de apelación que ies fue planteado. Así, lo indican claramente los propios Magistrados de la Sección Segunda de dicha Audiencia cuando comentan que dictaron Auto confirmando la competencia objetiva y funcional del Juzgado para conocer el procedimiento incoado, como de lo acordado en el mismo, “al margen de otros indicios, circunstancias y consideraciones de las que no podían tener conocimiento” o lo que es lo mismo, la facultad revisora motivó y exteriorizó el fundamento de la decisión en cuanto a competencia y contenido “con independencia de otro tipo de indicios o referencias de lo que no podía tener conocimiento”.

Sin embargo, no podemos confundir ni distorsionar el verdadero objeto procesal penal. Hemos de poner especial énfasis en que en esta instancia penal se trata exclusivamente de valorar la actuación seguida por el Sr. [...], en su condición y cargo de juez, tras asumir una actuación y competencia procesal que, en principio, no le correspondía (sobre este extremo también está de acuerdo la Audiencia Provincial de Sevilla). A partir de ahí, esta Sala Penal debe posicionarse, aceptando incluso la competencia del Juzgado de Familia por razón de la medida cautelar instada, a efectos de decidir si el Sr. [...] actuó al margen de las normas básicas de todo procedimiento, con ligereza o desprecio a la verdad o realidad preexistente, obviando cualesquiera actuaciones procedimentales o cautelas de un juicio justo, lesionando derechos individuales y garantías de todo justiciable, dando por ciertas premisas de hecho que no constan en autos y que, por tanto, sólo pudo conocer u obtener por un prejuicio o por manifestaciones conocidas al margen del procedimiento.

Concretemos, más si cabe, el objeto procesal penal. No se trata de enjuiciar si el Juzgado nº 7 de Sevilla puede aplicar, inaudita parte, el artículo 158 del Código Civil a menores en situación de peligro. Esta Sala acepta, sin mayores problemas y en abstracta consideración, tal hipótesis procesal, que es la que se plantea la Audiencia Provincial de Sevilla al conocer del recurso de apelación contra el Auto del Juzgado de Familia.

Al contrario, la materia de este juicio es más compleja. Se trata de enjuiciar y determinar en concreto qué valoración merece la forma de actuar jurisdiccionalmente (no la exclusiva resolución de fondo), menoscabando el ejercicio legítimo del derecho de custodia de una madre, en la forma establecida por un juez, distinto, a través del mecanismo del artículo 158 del Código Civil en las circunstancias específicas y bajo las premisas fáctico-temporales en que lo hizo el Sr. [...]: a) tras una comparecencia en su Juzgado de persona interpuesta, el abuelo de un menor, quedando en el pasillo de

idéntico órgano judicial el propio padre del menor, a quien no se escucha, b) tras hablar con un Letrado, que le entrega un Auto de un juez distinto, que resuelve el divorcio de los padres del referido menor, c) tras un reparto de la solicitud de medida cautelar, en cuyo entorno y curso causal se cruza el letrado Sr, Moeckel, que había hablado antes con el propio juez en su despacho, quien se dirige a la funcionaria encargada y le dice que turne la solicitud al Juzgado de Familia nº 7, al tiempo que estampa de su puño y letra en el escrito presentado el NIG de dicho órgano judicial para que pueda ser viable tal petición, d) tras un reparto de la solicitud de medida cautelar, en cuyo entorno y curso causal se cruzan también e interfieren dos llamadas telefónicas, una del propio juez [...] al Juez-Decano avisándole de la presentación de la solicitud urgente, así como otra llamada de la Secretaria del propio Juzgado de Familia para interesarse por el reparto y si había salido el asunto, e) tras acordar el juez poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que informase, así como a los solicitantes, cuando nada nuevo acontece real ni procesalmente con posterioridad, pues ya constaba la comparecencia de los solicitantes y ninguna citación ni traslado de documentación se hace al Fiscal, f) tras requerir al solicitante de la medida que indique los domicilios de los progenitores a fin de notificarles lo que se resolviera, si bien ya constaban previamente tales circunstancias personales del padre y de la madre, así como sus domicilios, pues venían expresamente reseñados en la comparecencia inicial del abuelo y el menor, g) sin conocer ni asegurarse de la voluntad y actitud, en su caso obstativa, de la madre a quien correspondía la custodia del menor, de quien afirma el juez que siempre pone obstáculos a los deseos del menor, h) y, en fin, tras obviar cualquier trámite procesal, preconciendo, en cierta forma, el supuesto de 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 en ese preciso día, 30 de marzo.

En definitiva, la AP Sevilla sólo valoró el aspecto material de aplicabilidad del artículo 158 CCivil, pero no el entorno procedimental ni el posible desprecio procesal o falta de equidad en la forma de conducirse jurisdiccionalmente. La AP Sevilla no pudo valorar ni profundizar en las condiciones, previas y coetáneas, en que adoptó la medida cautelar, aspecto de suma trascendencia en el ámbito penal que nos ocupa, por lo que se quedó en la periferia (Auto del juez de Familia/presupuestos generales y competenciales de aplicación en abstracto del artículo 158 CCivil, que posibilitan un contenido inaudita parte), sin adentrarse en las referidas circunstancias anteriores y concomitantes al dictado del auto judicial, como sí es obligado a esta Sala a la hora de valorar la tipicidad de determinadas conductas en el ámbito penal (como sucede en otros tipos delictivos), máxime cuando se está imputando una posible prevaricación de tipo procesal. Estamos ante otros parámetros de especial y obligada exigencia a la hora de posicionarse sobre la injusticia o no de la actuación del Sr. [...] y su posible encaje penal, para cuya conclusión es necesario ponderar el conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas, de procedimiento, de tiempo y lugar, que rodearon la actuación judicial, ab initio y durante el dictado del Auto 247/2010, de fecha 30 de marzo de dos mil diez, por el titular del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Sevilla.

Segundo. Derecho penal de hecho, no de autor.—En segundo lugar, ocioso resultaría decir que no se trata de valorar la personalidad, ideas o convicciones del Sr. [...], aspectos sobre los que profusamente se han inclinado y centrado también los medios de comunicación con titulares que no queremos adjetivar, pero sí, cuando menos, dejar

reflejados como práctica periodística que distorsiona el verdadero objeto del proceso penal y el consiguiente plano estrictamente jurisdiccional:

\* “Salta a la vista que la postura libre expresada tantas veces por ese magistrado de familia, firme objetor de los abusos de la legislación llamada "de género" lo ha situado en el punto de mira del propio Gobierno el cual, a través de la Fiscalía, parece decidido a dar un escarmiento a cualquier juez que ose discrepar de esos rígidos criterios ... de lo que se trata es de dar un escarmiento. [...] es una víctima del fanatismo y el sectarismo que implican el riesgo de arruinar el mérito que encierra la normativa de protección a la mujer” (El Mundo Andalucía, 20-07-2011).

\* “Pese al proceso inquisitorial que sufre, el juez [...]”. “El juez [...], suspendido temporalmente de sus funciones jurisdiccionales por su posición favorable a la custodia compartida”. “Claramente van a por mí para expulsarme de la carrera judicial” (ViaUniversal.tv, 10-08-2011).

\* “Un centenar de profesionales denunciaron el acoso a que se ha visto sometido [...] por defender el fracaso, la ineficacia y las injusticias que genera la Ley de Violencia de Género” (El Mundo Andalucía, 30-09-2011).

\* “El juicio llega poco tiempo después de que este juez sevillano denunciara el "efectoperverso" de la Ley Integral de Violencia de Género ... [...] es, por tanto, no sólo un experimentado juez de familia, sino también un reconocido disidente de lo políticamente correcto. Sus manifestaciones contra la ley provocaron la inmediata reacción de numerosas organizaciones feministas que lo tacharon de defensor de los maltratadores y pidieron públicamente que el juez, ahora en el banquillo, fuera expulsado de la judicatura. El permanente apoyo de la fiscal jefe a la acusación particular en todo el proceso ante la Audiencia Provincial primero y de la Fiscalía del TSJA, posteriormente, ha sido interpretado por determinadas asociaciones contrarias a la Ley de Violencia de Género como "sospechosa" de un posicionamiento más político que jurídico”. “Miembros de la Federación Andaluza para la Defensa de la Igualdad Efectiva (Fadie) se concentraron a la puerta de la sede del TSJA ante lo que consideran "un juicio político orquestado por la Fiscal provincial de Sevilla, María José Segarra, que sigue las directrices amordazadoras de un Gobierno "de género" agonizante”. Para el colectivo, este juicio es un proceso de “persecución y linchamiento” del que culpan directamente a la Fiscalía, cuya actuación en el caso, dicen, “pone en entredicho la independencia de poderes, y la efectividad de la Fiscalía, que debiera emplear sus esfuerzos en perseguir las falsas denuncias por malos tratos” (ABC Sevilla, 4-10-2011).

\* “Mal debe andar la Justicia cuando un juez se sienta en el banquillo. Si además se juega la carrera por un asunto como es variar la custodia de un menor un solo día, incidente en un más que intrincado proceso de divorcio, lo normal es que los ciudadanos empiecen a desconfiar de la eficacia de los tribunales ... Así es la justicia y sus consecuencias” (ABC Sevilla, 4-10-2011).

\* “Banalidad de un caso que sólo se entiende desde la perspectiva de una acción que pretende dar un escarmiento a quien ha osado discrepar en público de la Ley de Violencia de Género y de otras disposiciones vigentes que, a su juicio, como al de incontables ciudadanos, resultan sexistas y discriminadoras del varón. La Justicia debería reconsiderar una actitud que constituye más un llamativo espectáculo que un

procedimiento mínimamente razonable con el que se pretende escarmentar a los jueces castigando espectacularmente a uno de probada libertad de criterio” (El Mundo Andalucía, 4-10-2011).

\* “Juez [...] ¿crimen o castigo? El niño que quería salir en una cofradía, origen del caso” (ABC Sevilla, 4-10-2011).

\* “Nueva andanada al juez [...]. Aviso a navegantes que piensan por sí mismos”. “[...] es víctima de una maquinación política para acallar su voz disonante con la verdad oficial. Es un aviso para todos aquellos que piensan por si mismos y además lo dicen, o sea algo absolutamente insoportable para el sistema. Pura maquinación política con medios jurídicos”.

\* “Que se acuse al juez [...] de prevaricar por retrasar un día le entrega de una custodia es complejo de entender” (El Correo de Andalucía, 20-07-2013),

\* “El juicio del juez [...] tenía que convertirse en un circo de varias pistas. Y se ha convertido, claro. Es de suponer que el montaje quedará en agua de borrajas. Si así no ocurriera y el juez llegara a ser condenado, una seria amenaza se habría logrado colocar por encima de los que tienen que juzgar”(Tercio de varas/Belmonte, El Mundo, 5-10-2011).

Nada más lejos de la realidad y del sentir de los Magistrados que integran esta Sala que respetando, como no podía ser menos, las opiniones y posicionamientos personales del acusado, sólo valoran y deciden sobre la actuación procesal del Sr. [...] el día 30 de marzo de 2010 y su posible incardinación o encaje en el ámbito penal. El Derecho penal que se aplica y argumenta a continuación es un Derecho penal de hecho, no de autor. Se enjuicia al Sr. [...] por su exclusiva actuación profesional exteriorizada procesalmente el día 30 de marzo de 2010; es decir, si su actuación procesal fue arbitraria o fue ajustada al ordenamiento jurídico.

Tercero. Motivación probatoria.—En esta resolución no se hará una especial motivación probatoria del relato histórico-fáctico, ya que casi la totalidad de los hechos declarados probados se deducen sin especial complejidad de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral y no han sido discutidos por las partes, ni han hecho especial hincapié ni contradicción sobre ellos, sino en la deducción culpabilística.

Sólo resultan polémicos, a efectos probatorios, tres puntos: 1º) si, al entregar el letrado Sr. [...] la solicitud de medida cautelar para reparto en el Decanato, adjuntó también otros documentos, 2a) si dicho letrado añadió textualmente la palabra “por antecedentes” (junto a la expresión “que debía ser turnado al Juzgado nº 7”) cuando le entregó a la funcionaria Pilar González la solicitud urgente, 3o) la forma y momento preciso en que la madre tuvo conocimiento de la resolución del juez Sr, [...], en concreto si, aparte del conocimiento por los medios de comunicación, fue entregada a la abuela una copia del Auto al entregar el padre al otro hermano en la tarde del miércoles, o bien los abogados del padre remitieron una copia vía e-mail a la abogada de la madre.

Esta Sala no ha podido llegar al convencimiento exacto de estos tres extremos, si bien tampoco tienen especial virtualidad de cara a la fundamentaron jurídica y responsabilidad penal que se discute y valora en autos.

En cualquier caso, se puede añadir, con respecto al punto 1.º y 2.º), que no puede darse razonablemente por cierta la entrega de mayor documentación, en concreto ni la comparencia judicial del menor y su abuelo ante el juez Sr. [...] ni el Auto del Juzgado de Violencia sobre la mujer que resolvía el divorcio de los progenitores del menor, porque entonces podría haberse turnado sin problemas el asunto por antecedentes y no sería lógico que se le pidiera al letrado que escribiera el NIG del Juzgado de Familia, para poder turnar el asunto a dicho juzgado, como era su deseo y acababa de solicitar. Aparte de ello, la funcionaria fue expresiva en su declaración testifical del plenario: “le llamó la atención las prisas y que sólo se presentó "una hoja", lo que comentó con la compañera Manuela, que lo registró informáticamente para reparto”.

Cuarto. Prevaricación de Jueces y Magistrados. Consideraciones generales.—En relación al tipo penal relativo a la prevaricación de Jueces y Magistrados, frente a la posición del Código Penal anterior, que sigue en este punto una larga tradición histórica de ubicarlo entre los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, la prevaricación judicial aparece en el Código Penal actual en el artículo 446 y siguientes, incluida sistemáticamente en el Capítulo I del Título XX (Delitos contra la Administración de Justicia).

Como ha puesto de relieve tanto la doctrina como la jurisprudencia, la ubicación sistemática de dicho delito en un capítulo propio, desgajándolo de la prevaricación cometida por las autoridades y funcionarios, no es ociosa y tiene fundamentalmente un significado doble, por un lado, conceder autonomía al bien jurídico protegido por el tipo penal y, en parte, como consecuencia de lo anterior, pero excediendo de la misma, reconocer la excepcional relevancia y gravedad de la conducta en un Estado de Derecho, en relación a la cual se ha llegado a afirmar que es el más grave delito que un Juez puede cometer.

Lo cierto es que el bien jurídico protegido resulta de una importancia que trasciende del propio marco de los afectados por la resolución para insertarse en los pilares mismos del Estado de Derecho, pues la figura del juez supone por esencia el ejercicio de un poder del Estado que se alza como garantía última de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Desde este punto de vista, la prevaricación judicial tiene una innegable trascendencia en cuanto supone en cierta medida la negación del Derecho mismo, de la norma jurídica como reguladora de la convivencia (STS, Sala Segunda, 15 Octubre 1999).

A través de la autonomía con la que se regula la prevaricación judicial, se diferencia definitivamente la prevaricación de los jueces de la de los funcionarios públicos, asomando la mayor gravedad de aquélla en la medida en que recae sobre quienes poseen el monopolio de la jurisdicción, es decir, como consagra nuestra Constitución (art. 117.3), sobre quienes tienen en exclusiva la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

La importancia, pues, de la función asociada a Jueces y Magistrados tiene su trasunto penal en la mayor relevancia y castigo asociado a la prevaricación judicial por relación a la de autoridades y funcionarios públicos, pues, como ha dicho reiterado jurisprudencia, «el delito de prevaricación judicial no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes del proceso, sino en la postergación por el autor de la

validez del derecho o de su imperio y, por lo tanto, en la vulneración del Estado de Derecho. Desde este punto de vista, el delito de prevaricación, sea judicial, sea de funcionario (art. 404 CP), requiere, ante todo, que las sentencias o resoluciones judiciales o las resoluciones del asunto administrativo puedan ser consideradas como un grave apartamiento del derecho en perjuicio de alguna de las partes, La prevaricación consiste en el abuso de la posición que el derecho otorga al juez o funcionario, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales. Tal posición, como luego se verá, ostenta relevancia a la hora de configurar su naturaleza jurídica y los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal.

El apartamiento de esta función constitucional se convierte en la esencia y. con las matizaciones que desarrollaremos más adelante, integra el delito de prevaricación judicial, dado que se quebranta la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho, en la forma prevista en el art. 117.1, de la CE.

Quinto. Elementos del tipo penal de prevaricación judicial.—El artículo 446.3º del Código Penal dice así: “El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 3o. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez o veinte años, cuando dictare cualquier otra sentencia o resolución injustas”.

Por su parte, conforme al artículo 447 de igual texto legal, “el Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

Son elementos constitutivos de esta infracción penal (con ciertas peculiaridades, según hablemos de dolosa o culposa) los siguientes:

1.º Sujeto activo ha de ser un juez o magistrado. Se trata de lo que venimos conociendo como delito especial propio, en el que la condición personal resulta esencial a la hora de determinar el sujeto activo del delito, limitado a tales profesionales. Sobre dicha cualidad del sujeto activo la acción tiene por objeto el dictado por aquellos de una resolución injusta. A diferencia del Código Penal derogado, que sólo preveía una modalidad residual para los autos (art 536 ), en el actual CP se incluyen tanto las sentencias como los autos y providencias.

2.º El medio de comisión consiste en dictar una sentencia o resolución injusta.

Tal injusticia puede derivar de razones de fondo y también existirá cuando haya importantes defectos de forma o procedimiento. Se trata de un elemento constitutivo de este delito que tiene una autonomía propia, sin que pueda en modo alguno quedar contaminado por razones de carácter subjetivo, en este caso por la finalidad de beneficiar a algún interesado en la resolución que se dicte. Por muy clara que aparezca esta finalidad, ello no puede utilizarse en pro de la concurrencia de este elemento que de modo evidente tiene un carácter objetivo.

3.º El elemento subjetivo de este delito, en su versión dolosa, viene recogido en la expresión “a sabiendas” que consiste en actuar con conciencia e intención deliberada de faltar a la justicia, lo que ha de aparecer de una manera que no deje lugar a dudas. Esa

conciencia e intención deliberada no ha de confundirse con el móvil. Esta expresión (“a sabiendas”) ha de referirse a la injusticia de la propia resolución, es decir, requiere que el funcionario judicial conozca, bien que hay una oposición al ordenamiento sustantivo, bien que se viola alguna o algunas normas importantes de procedimiento: ha de actuar con el conocimiento pleno de la realidad de esa injusticia material o formal.

Si hablamos de prevaricación culposa, se exigirá grave negligencia o ignorancia inexcusables en cuanto al fondo de la resolución o a la forma de conducirse procesalmente.

Sexto. Elemento objetivo del delito.—El problema esencial a la hora de configurar el delito de prevaricación radica en la injusticia de la resolución como elemento definidor del delito. En este sentido la dogmática jurídica y la doctrina jurisprudencial han reconocido cuatro tesis. La tesis subjetiva tuvo acogida sobre todo entre los autores alemanes, para quienes la esencia de la prevaricación judicial reside, no en la contradicción de la resolución adoptada con el Derecho objetivo, sino en la contrariedad con la propia convicción del Juez. La teoría objetiva surgió por contraposición a la teoría subjetiva y entiende que lo esencial a la hora de valorar el delito de prevaricación judicial es la contradicción objetiva con el Derecho; por tanto, lo decisivo no es que el juez actúe contra su convicción, sino que la decisión del mismo sea objetivamente contraria a lo establecido por el ordenamiento jurídico. Las insuficiencias de las tesis subjetiva y objetiva han dado lugar a un planteamiento mixto, completando la teoría objetiva con elementos de la teoría subjetiva o bien, superando ambas concepciones subjetiva y objetiva, se encuentra la denominada “teoría de los deberes”, desarrollada fundamentalmente por la dogmática alemana, que parte de la enorme importancia de la infracción del deber como elemento de la estructura típica y no como bien jurídico, proponiendo una solución intermedia, considerando que al juez corresponde la obligación de establecer, en el caso concreto, cual es la solución conforme a Derecho, a través de la observancia de los métodos y medios de la interpretación científico-jurídica de la Ley; por tanto, la injusticia de la resolución será consecuencia de la inobservancia de tales métodos. Con arreglo a esta tesis puede realizarse el tipo de prevaricación en aquellos supuestos en que el juez o magistrado no aplica el Derecho con arreglo a su convicción, extraída de la interpretación de la Ley por los métodos y medios de la ciencia jurídica, así como en aquellos casos en que ni siquiera se ha formado esta convicción.

La reciente doctrina jurisprudencial española ha optado por la teoría objetiva en diversas sentencias sobre prevaricación judicial (4 de julio de 1996, 15 de octubre de 1999, 14 de junio de 1999, entre otras), indicándose que “el concepto de resolución arbitraria o injusta sólo se da cuando la aplicación del derecho realizada por el funcionario no resulta de ningún método aceptable de interpretación del derecho o de la aplicación de principios implícitos o explícitos del ordenamiento jurídico”, los calificativos de “flagrante y clamorosa”, “grosera”, “esperpéntica”, “clara y manifiestamente contraria a la Ley”, “que puede ser apreciada por un lego”, etc., referidos a la antijuridicidad, aplicados en general a la prevaricación administrativa, suelen reemplazar un concepto sustantivo que será de apreciar, por lo general, cuando, como se ha repetido, la aplicación del derecho no resulte de ningún método o modo de interpretación del derecho.

En definitiva, como dice la sentencia de 11 de diciembre de 2001, “el elemento objetivo de la resolución injusta, sólo puede ser definido desde 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 la mera ilegalidad”.

Recapitulando, de esta manera se subraya la importancia del elemento objetivo del delito de prevaricación y excluyen, paralelamente, interpretaciones basadas en la llamada teoría subjetiva de este delito, que caracteriza la injusticia sólo como una actitud subjetiva del juez o funcionario al aplicar el derecho. 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 o funcionario debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de la justicia.

Séptimo. Elemento subjetivo del delito.—Ahora bien, no obstante la caracterización objetiva de la injusticia de la resolución, la jurisprudencia ha sido especialmente exigente en lo concerniente al aspecto subjetivo del delito, en particular en lo referente al elemento “a sabiendas”. El carácter objetivo de la injusticia del acto no comporta una reducción de ninguno de los aspectos subjetivos del delito. Se trata de una cuestión más simple: la injusticia del acto no depende de la opinión o de la convicción del juez o funcionario, sino de la relación de aquél con las normas y principios del ordenamiento jurídico. A ello se debe sumar el elemento subjetivo “a sabiendas”.

En este sentido, el elemento subjetivo del injusto que aparece representado en la expresión “a sabiendas” significa 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, concededor del derecho y de la ciencia jurídica —“iura novit curia”—.

Nos encontramos, por tanto, ante un dolo reforzado consistente en la voluntad consciente dirigida al dictado de una resolución injusta, haciéndola equivalente al dolo directo, cuya ausencia determina la posibilidad de incriminación por el delito de prevaricación culposa del artículo 447 siempre que concurra “negligencia o ignorancia inexcusables”.

Esta clara y consciente voluntad de actuar contrario a derecho deviene, en definitiva, de una pérdida de la imparcialidad. El juez ya no se sitúa en un terreno neutral, oyendo a las partes, practicando las pruebas y resolviendo conforme a la norma, sino que aparece con un prejuicio y actúa conforme a la idea previamente concebida. De esta suerte, se anuda la pérdida de la imparcialidad con la conciencia y la voluntad de actuar de forma contraria a la norma, porque la idea que preside la actuación del juez no es entonces,

como le obliga la Constitución, la aplicación recta de aquélla, sino la preconcebida decisión de beneficiar a una parte o su particular visión de la cuestión sometida a su consideración, con lo que erige su conciencia en conciencia de la Ley, lo que, como se ha dicho, le está constitucionalmente vedado.

Octavo. Acerca de la posible responsabilidad penal dolosa del acusado.—Con los precedentes planteamientos procede ya resolver definitivamente sobre lo cuestionado e imputado en este procedimiento y decidir si la conducta del inculpado Sr. [...] debe ser subsumida en el art. 446 CP como prevaricación dolosa.

En este sentido, no creemos suficientemente probado en autos que el acusado haya incurrido en una evidente, patente, flagrante y clamorosa acción o dejación en el ejercicio de sus funciones, tampoco que haya ejercido arbitrariamente el poder que le confiere su condición de juez y garante de los derechos y libertades, ni que haya actuado, pura y simplemente, por mor de su capricho, de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, y, en fin, que haya buscado lesionar el mejor derecho o el interés colectivo, todo ello a sabiendas y con plena conciencia de que se actúa al margen del ordenamiento jurídico, porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

Para ello debía haberse acreditado suficientemente en autos, cuando menos, un concierto previo para el resultado procesal que valoramos. Sin embargo, ajuicio de esta Sala, no ha quedado debidamente acreditado ese posible concierto previo y actuación conjunta preordenando la estrategia y el resultado procesal que valoramos, tal y como sostiene la acusación particular cuando habla de “un ardid procesal del Abogado, admitido y consentido por el juez, que da el pasaporte con su resolución para el mecanismo de actuación procesal y se convirtió en patente de corso”.

Podemos admitir que está indiciariamente acreditada la existencia de algún contacto previo entre el Letrado Sr. [...] con el acusado Sr. [...] acerca del asunto que llegó a su conocimiento, a la vista de los siguientes datos: a) el Sr. [...] tenía pleno conocimiento del asunto y había decidido darle trascendencia mediática, poniéndolo en conocimiento de varios medios de comunicación en el propio decurso temporal de solicitud de las medidas cautelares; b) existía interés en que el asunto fuese tramitado en el Juzgado nº 7. Resulta verosímil, pues, que la intención de los solicitantes y de los Sres. Blanco Toajas y Moeckel Gil (también presente en el Juzgado) fuese la de contar al menos con un antecedente preprocesal a fin de que el asunto fuese finalmente turnado a dicho Juzgado y no al de Violencia sobre la Mujer ni a otro Juzgado de Familia; sin que, en cambio, exista constancia cierta de que el acusado participase en ardid alguno para que, por la errónea indicación del NIG, el asunto se turnase a su Juzgado; es creíble que el magistrado se limitara a decir que la solicitud de medidas había de presentarse en el Decanato “para reparto”; c) el contenido del auto permite concluir que el Magistrado tenía conocimiento previo de los hechos, pues así puede explicarse que dé por ciertas ciertas premisas de hecho (como la actitud obstativa de la madre a cumplir el deseo del menor) que no constaban en las actuaciones, máxime cuando el testigo Sr. [...] manifestó que tenía la impresión de que el juez ya tenía conocimiento de lo que sucedía, pues comenzó preguntándole al niño si quería salir en la procesión.

De todo ello cabe razonablemente presumir que el acusado conocía del asunto por conversaciones previas con el Sr. [...], lo que vendría corroborado por el paralelismo de sus declaraciones aparecidas en prensa el día 1 de abril con lo previamente atribuido a manifestaciones de dicho abogado el día anterior.

Pero, con independencia de lo expuesto, lo que no cabe es deducir un concierto previo, una actuación conjunta y deliberada para forzar la ley y urdir una estrategia procesal que permitiera “sortear” la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, inicialmente competente, y desembocara en la asunción propia de tal asunto como urgente para aplicar, ya sí de forma indebida, el artículo 158 Ccivil.

En definitiva, es forzoso concluir que, en base a los parámetros interpretativos apuntados y aplicados a los hechos y circunstancias denunciadas, queda devaluado el elemento objetivo y subjetivo de la prevaricación dolosa imputado por la acusación particular. Por todo ello, el Sr, [...] debe ser absuelto del delito de prevaricación dolosa, previsto y penado en el art. 446 del Código Penal.

Noveno. Acerca de la posible responsabilidad penal culposa del acusado.—Dicho lo cual, en cambio, sí es razonable incardinar los hechos declarados probados en el delito de prevaricación imprudente, previsto y penado en el art. 447 del Código Penal, imputación a título de culpa, no de dolo, con perfecto encaje en esta resolución y parte dispositiva, sin merma alguna del principio acusatorio.

En efecto, queda reflejado que el acusado tuvo conocimiento claro de la precedente actuación judicial de otro órgano jurisdiccional, pero aceptó su propia competencia a través de un trámite de medida cautelar por persona interpuesta a los progenitores custodios, lo cual, en principio, no atrae por sí mismo y automáticamente la antijuridicidad penal, pero sí lo que sucedió a continuación, valorado en conexión con las circunstancias precedentes como revela el relato histórico fáctico, omitiendo trámites procesales y cualesquiera vías de solución alternativas para el conflicto surgido con motivo de un deseo exteriorizado por un menor, que no peligro ni perjuicio inmediato, prejuzgando voluntades de personas no escuchadas, que vieron sensiblemente eliminados sus derechos y garantías procesales.

Sobre tal premisa, resplandece ajuicio del Tribunal, al menos, una imprudencia consistente en un completo desinterés por el conocimiento exacto de la real dimensión del conflicto, que determinó la vulneración de las normas esenciales del procedimiento, a saber, el examen cuidadoso de su propia competencia, la pertinencia o no de un procedimiento tan excepcional como el previsto por el art. 158.4 CCivil ante un simple deseo infantil, y la omisión de las garantías de todo justiciable, como la oportuniísima y perfectamente posible audiencia de los propios padres, mucho más de la madre a quien correspondía la custodia, a fin de conocer si existía o no una voluntad de incumplir el deseo de su hijo menor.

Lo acabado de exponer tiene la suficiente intensidad como para ser calificado como imprudencia “grave” determinante de una prevaricación por infracción de normas esenciales del procedimiento, subsumible en el artículo 447 CP.

Dicho de otro modo, por más que no haya quedado establecida la connivencia del acusado con el entorno de los solicitantes de la medida, o sus abogados, ni el dolo

específico requerido por el artículo 446.3° CP, el Sr. [...] no evitó ni se cuidó en absoluto de no poner su función judicial al servicio de intereses o pretensiones de parte, validando la argucia procesal tramada por quienes asesoraron al solicitante de la medida, partiendo como premisa, sin comprobación alguna, de la versión de los hechos presentada por personas en las que imprudentemente confió. En este sentido, es curioso que en el acto del juicio oral el Letrado Sr. [...] dijo expresamente al Tribunal que “tenía dudas que prosperara la solicitud”).

Recordemos que la imprudencia grave, determinante del delito de prevaricación del artículo 447 del Código Penal, hace referencia a supuestos de desatención, ligereza o falta de cuidado graves. Sobre ello, como acabamos de señalar, pocas dudas hay en autos.

El propio Ministerio Fiscal en su informe oral ante el Tribunal no ha tenido más remedio que concluir calificando la actuación del Juez [...] como “negligente, grave y severa” (son palabras literales de la acusación pública en su informe oral) tras hacer las siguientes manifestaciones previas: “no había peligro (a lo mejor, perjuicio), no había ni inminente ni grave peligro para la integridad, ni física ni moral del menor”, “el juez [...] prescindió de tres diligencias inexcusables, que exigía la prudencia de todo juzgador: pedir carta negatoria de la madre (no quiso saber la realidad), oír a la madre, oír al M.Fiscal”, “había podido actuar de forma culposa, imprudente o negligente”, “obvió la realización de varios elementos de prueba que podrían haberle llevado a tomar una resolución diferente”, “el acusado actuó llevado por una urgencia mal entendida y los intereses en juego no fueron ponderados adecuadamente”.

Sobran comentarios y surgen interrogantes llamativos:

\* ¿Por qué anticipó 48 horas su decisión ante una simple inquietud o deseo de un menor, que no peligro?. Téngase en cuenta que en su declaración ante el Tribunal el propio acusado habló de que el menor podía tener problemas el viernes santo (salía de paje), al tiempo que refirió la “nerviosidad del hecho”, lo que mal se compadece con la premura, urgencia y peligro que reviste su actuar judicial. Es más, su propio Abogado defensor reconoció en el informe oral que “el asunto no era tan grave, pero sí había un deseo del menor”.

\* ¿Porqué el Sr. [...] inobservó normas lógicas y esenciales del procedimiento y tuvo tantas prisas en el dictado de un Auto que modificaba el régimen de custodia del menor establecido por juez distinto, faltando casi 48 horas para poder ejercitar el deseo de salir en procesión y 24 horas en retornar al menor con la madre, junto a su otro hermano?

\* ¿Por qué no aseguró la resolución del conflicto con otros condicionantes, garantías procesales y mayor cautela?

\* ¿Por qué razón el Sr. [...] no habla con el padre del menor, encargado de su custodia en esos días precedentes, que estaba en la puerta de su despacho y no fue escuchado ni antes, ni durante ni después, de la comparencia con su propio hijo y el abuelo?

\* ¿Por qué le resultó incontrovertida la voluntad obstativa de la madre? ¿Por qué no llama a la madre de niño para preguntarle si es verdad que no iba a dejar a su hijo salir

en procesión incumpliendo el mandato judicial derivado del Auto del Magistrado de Violencia sobre la Mujer de Sevilla?

\* ¿Por qué el Sr. [...] no intentó contactar con el Fiscal de permanencia ni le remitió los autos urgentes durante toda la mañana del día 31 de marzo para dictaminar en algún sentido sobre la urgencia y situación de peligro?

\* ¿por qué no hizo comparecer a padre, madre, hijo, con audiencia del Fiscal, incluso en una única comparecencia el martes 29 o miércoles 30, para garantizar todos los intereses en conflicto?

Esta Sala no puede responder a tales interrogantes. Lo único que sí puede decir es que tal actuación procesal del Sr. [...], incluso justificada a priori, en abstracto, en una posible competencia objetiva y funcional del Juzgado de Familia, revela detalles de significativa desatención, ligereza o falta de cuidado graves, que es lo que constituye la esencia de la prevaricación judicial culposa, máxime cuando a un juez se le pide por la sociedad que alcance una solución jurídica conforme a los métodos normales y usuales de aplicación del derecho, nunca extraña ni alejada del normal ejercicio de la función judicial, con la diligencia imprescindible en su actuar.

Décimo.—A partir de lo expuesto, se plantea, como añadido de tipicidad, el carácter manifiestamente injusto de la resolución dictada por el Sr. [...].

Sobre este aspecto ha dudado el Fiscal entendiendo que “el hecho de que el niño saliese en la procesión no es injusto, puesto que incluso la madre aseguró que habría estado dispuesta a permitirselo”. Este planteamiento, ajuicio de esta Sala, es erróneo, de forma que, siguiendo tal forma de razonar, hubiera exigido también que la acusación pública entendiera inexistente la prevaricación dolosa y no ejercitado tal imputación en sus conclusiones provisionales. A mayor abundamiento, el razonamiento deductivo que nos ocupa debe hacerse “ex ante, no ex post facto”.

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

La injusticia de la resolución aparecerá, como hemos indicado, cuando sea contraria a derecho, pero, esto no significa, o no sólo significa, que han de ser examinados los fundamentos jurídicos de la resolución. Antes al contrario, la fijación de los hechos y el camino por el que se llega a ellos reviste carácter primordial a la hora de afirmar la existencia de una resolución injusta. Es claro que puede torcerse el derecho tanto en el ámbito del razonamiento jurídico como en el apartado de hechos que sirven de soporte al fundamento jurídico.

La arbitrariedad en la determinación de los hechos conduce a una resolución injusta. En este orden de cosas, al igual que la valoración de la prueba no puede ser realizada arbitrariamente (para, consiguientemente, consignar como hechos probados datos fácticos que no han sido acreditados), tampoco es posible conducir un proceso en forma

contraria a los principios y garantías constitucionales, dado que también de esa manera podrá establecerse una premisa (falsa) que conducirá a la resolución manifiestamente injusta. Por ello, precisamente, la jurisprudencia viene entendiendo que la conducta imprudente o negligente propiamente dicha hace referencia a supuestos de desatención, ligereza o falta de cuidado graves.

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

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

El resultado posterior de este actuar negligente es bien conocido: lo que inicialmente era un simple deseo del menor, un interés a proteger, en su caso, a las 48 horas siguientes, se convirtió con motivo de la apresurada actuación y resolución judicial en un problema, incluso para el menor, no digamos para la madre, sujetos pasivos y objeto de todo tipo de comentarios en prensa y TV, con lo cual la “integridad moral y física” que, dice el acusado, quería proteger, quedó mucho más mermada y a merced de intereses ajenos al proceso, quebrantando sensiblemente la necesaria protección e intimidad del “menor cofrade”. Es más, aunque ello no afecte a la tipicidad de la conducta, el juez [...] contribuyó, si siquiera de forma imprudente, a dimensionar mediáticamente el hecho,

incluso antes del día en que debía materializarse la salida procesional, con el consiguiente daño y exposición pública de terceras personas —madre y menor—, expresando sus opiniones acerca del posicionamiento y voluntad de la madre, cuando ningún contacto previo quiso tener con ella, ni había querido escucharla en audiencia, calificando de incomprensible la actitud de la madre del menor y añadiendo que personas así actúan movidas por su visceralidad y resentimiento.

Por todo lo expuesto, en definitiva, esta Sala entiende que concurren los elementos típicos del delito de prevaricación imprudente, previsto y penado en el artículo 447 del Código Penal, del que debe ser considerado responsable penalmente en concepto de autor el acusado [...], conforme a lo previsto en el artículo 27 del mismo texto, por su ejecución directa y material, sin que los elementos típicos descritos queden difuminados o eliminados por otras razones subjetivas del propio acusado, en este caso por la falta de intención de quebrantar la ortodoxia procesal o de beneficiar a algún interesado con su resolución, salvo, claro está, el propio menor,

Como se ha dicho con anterioridad, el elemento objetivo de la resolución injusta, sólo puede ser definido desde la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio, pero 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 o forma de conducirse procesalmente.

Undécimo.—En la ejecución del delito no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, que, además, estaban exclusivamente conectadas por la acusación particular con la prevaricación dolosa, que ha sido excluida expresamente por este Tribunal en anteriores fundamentos.

Duodécimo.—Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente y debe ser condenado al pago de las costas, conforme al artículo 116 en relación con el 110 y siguientes del Código Penal.

Ya se dijo más arriba, y exteriorizado en los hechos probados, que la actuación del acusado ha lesionado derechos, cuando menos individuales, lo que hace razonable y acorde a derecho contemplar la responsabilidad civil en el delito que nos ocupa menor y acoger la petición indemnizatoria de la acusación particular, si bien reducida sensiblemente y ceñida a la madre del menor.

Esta Sala parte, en conciencia, del evidente daño moral sufrido por la madre del menor, Dña. [...], que hubo de soportar las críticas acerbas y comentarios vejatorios de que fue objeto en los medios de comunicación social, como se describe en los hechos probados, incluso con declaraciones efectuadas por el Sr. [...], así como la situación estresante que hubo de padecer en el ámbito familiar y de amistad, como en el entorno laboral, dada su condición de médico-pediatra en un centro público, ante los comentarios que le hicieron llegar sus propios compañeros, personal y usuarios del centro, unidas a las noticias periodísticas y televisas, sin haber tenido ni siquiera la oportunidad de ser oída.

Por tanto, es lógico y acorde a derecho señalar una cantidad indemnizatoria que, prudentemente y con una referencia, que no estricta vinculación, al baremo incorporado por la Ley 30/1995, dadas las propias circunstancias especialmente desagradables en las que se inscribe el daño moral sufrido por la perjudicada, desconectado del curso de la

circulación rodada, se estima en la cantidad de cuatro mil euros, que deberá abonarse por el Sr. [...] a la madre, Sra. [...], sin que, por el contrario, parezca oportuno, dada su edad y circunstancias, señalar indemnización alguna a favor del menor.

Décimotercero. Determinación de la pena a imponer.—Enmarcada la conducta del acusado en el artículo 447 CP, la pena a imponer, en aplicación de dicho precepto, es la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años, que se considera excesiva para sancionar el hecho delictivo y una respuesta penal desproporcionada en atención a la gravedad del hecho, en relación con el mal causado. Así, pues, aún cuando se imponga el mínimo legal posible -dos años de inhabilitación-, atemperando las consecuencias punitivas a las circunstancias reseñadas, para esta Sala resulta demasiado severo tal reproche punitivo por su cierta desproporción con el mal causado por la infracción y las circunstancias recogidas en los hechos probados de esta resolución.

Como es evidente, la aminoración de las penas, desde el estricto cumplimiento de la ley, debe hacerse ejercitando los Tribunales la facultad que para tales casos establece el artículo 4, apartado 3, del Código Penal. Este Tribunal considera conveniente y acorde a derecho hacer uso de tal opción y precepto legal, elevando la consiguiente solicitud de indulto y aminoración de pena a imponer, máxime cuando, de un lado, se observa que el legislador sólo contempla la prevaricación culposa sólo en el ámbito judicial, pero no de los funcionarios públicos, y, de otro lado, que el hecho de autos no tiene significativo mayor reproche penal que otras conductas tipificadas en otros preceptos penales referenciados con Jueces o Magistrados (por ejemplo, artículo 529 CP), de forma que el mismo Código penal impone penas de inhabilitación que parten de un tiempo menor de duración, en concreto de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público a partir de seis meses.

En definitiva, esta Sala decide acudir al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la concesión de indulto parcial para dejar reducida la duración de ía pena impuesta a seis meses, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia una vez adquiera firmeza.

Décimocuarto. Actuación forense y posible responsabilidad, disciplinaria o deontológica del Letrado D. [...], colegiado [...] de Madrid.—Esta Sala entiende que el derecho de defensa y asistencia letrada, así como la libertad de expresión del Abogado tiene una singular cualificadón, al estar ligada estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del artículo 24 CE. Se trata de una libertad de expresión reforzada.

Ahora bien, la especial cualificación de la libertad de expresión del abogado debe ejercitarse en el propio marco que le es dado y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento al respecto debido las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del poder judicial, que el art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos erige en límite explícito a la libertad de expresión.

Los límites son, pues, claros y exigen el mínimo respeto debido a la autoridad, sin menosprecio hacia una de las funciones estatales. Junto a ello, igual respeto a las demás partes y asistentes al proceso, sin utilizar expresiones efectivamente graves y descalificadoras, formuladas en términos que no son los habituales ni los propios de la crítica, ni usar expresiones insultantes o vejatorias.

La grabación que se ha efectuado de las tres sesiones del juicio oral revelan de forma meridiana, a juicio de esta Sala, que el Letrado Sr. [...] se ha excedido en el ejercicio legítimo de su función e incumplido las obligaciones que le imponen las leyes en relación a la actuación ante los Tribunales.

De un lado, los artículos 542 y 552 LOPJ obligan al Abogado, dentro de su libertad e independencia, a sujetarse al principio de buena fe y ejercer con dignidad su función, evitando faltar al respeto debido a cualquier parte o persona que intervenga o se relacione con el proceso, debiendo acatar las razonables indicaciones de quien presida el plenario.

Asimismo, el propio Estatuto General de la Abogacía Española (art. 30) le considera un partícipe de la función de la Administración de Justicia, lo que conlleva cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados, sin que en ningún caso la tutela de tales intereses pueda justificar la desviación del fin supremo de justicia a que la abogacía se halla vinculada. Asimismo, son deberes del Abogado evitar cualquier alusión personal al compañero y tratarle siempre con la mayor corrección (artículo 34), así como, en relación con los Tribunales, la probidad, lealtad y veracidad en cuanto al fondo de sus declaraciones o manifestaciones, y el respeto en cuanto a la forma de su intervención (artículo 36).

Pues bien, las tres sesiones del juicio oral obligaron a la Presidencia a dirigir al Letrado Sr. [...] constantes indicaciones para respetar el orden de intervenciones, para que centrara correctamente las preguntas a testigos, para que respetara el legítimo ejercicio de otra defensa letrada, para que no diera voces ni puñetazos en la mesa, para que no hiciera aspavientos, para que no adjetivara o calificara de forma constante e innecesaria las conductas de terceros, para que no dirigiera palabras insultantes ni vejatorias (“gilipoyas”, dijo literalmente para referirse a un Letrado en su informe oral), para que respetara las indicaciones de la Presidencia dirigidas exclusivamente al buen orden de las sesiones, forma de dirigirse a los testigos, y que las intervenciones se ciñeran al objeto del proceso penal.

Las respuestas, actuación y comportamiento, del Letrado Sr. [...] pueden visualizarse en la grabación audiovisual, hasta el episodio o colofón final del tercer día con su actitud vociferante interrumpiendo el informe del otro Letrado, que obligó a la Presidencia pedirle que guardara silencio y respetara el turno de la defensa del acusado, negándose durante unos minutos, siguiendo con sus voces y puñetazos en la mesa, por lo que se le instó a abandonar la Sala, lo que así hizo, no sin antes proferir voces y dirigir frases de posible contenido intimidatorio o vejatorio.

Lo expuesto, aconseja iniciar pieza separada a efectos de posible sanción disciplinaria con cobertura en los artículos 552, 553, 1º y 2º, y ss. LOPJ, donde se unirá testimonio íntegro del contenido de esta fundamentación, así como copia íntegra de la grabación audiovisual de las tres sesiones del juicio oral, de forma que, previa audiencia del interesado por plazo de tres días, que se computarán a partir de la notificación al Procurador de esta sentencia, se de cuenta al Tribunal a efectos de dictar el oportuno Acuerdo.

Por lo mismo, habida cuenta lo llamativo y reiterado de la actuación forense del Letrado Sr. [...] [...], con autoafirmaciones constantes a la dignidad con que debe vestirse la toga, sin respetar a otros que igualmente la llevan puesta, se acordará en la parte dispositiva dar traslado de igual documentación a los respectivos Decanos de los Colegios Profesionales de Abogados de las ciudades de Madrid y Granada para que valoren, en su propio ámbito, el correcto cumplimiento por el Letrado D. [...], colegiado [...] de Madrid, de sus deberes generales y deontológicos como Abogado.

Por cuanto antecede, vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación al caso, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, actuando como Sala de lo Penal, dicta el siguiente

## FALLO

Que, absolviendo del delito de prevaricación dolosa, debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado D. [...] como responsable en concepto de autor de un delito de prevaricación culposa, previsto y penado en el artículo 447 del Código Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **DOS AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO**, si bien se acuerda acudir al Gobierno de la Nación en solicitud de la **CONCESIÓN DE INDULTO PARCIAL PARA DEJAR REDUCIDA LA DURACIÓN DE LA PENA IMPUESTA A SEIS MESES DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO**, exponiendo lo conveniente y reflejado en el fundamento decimotercero de esta resolución, sin perjuicio de ejecutar desde luego esta sentencia una vez adquiera firmeza.

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

Acredítese la solvencia o insolvencia del acusado.

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

Se acuerda **INCOAR EXPEDIENTE Y PIEZA SEPARADA DE CORRECCIÓN DISCIPLINARIA**, a efectos de posible sanción disciplinaria al Letrado D. [...], donde se unirá testimonio íntegro del contenido del fundamento decimocuarto precedente, así como copia íntegra de la grabación audiovisual de las tres sesiones del juicio oral, de forma que, previa audiencia del interesado por tres días, que se computarán a partir de la notificación al Procurador de esta sentencia, se de cuenta al Tribunal a efectos de dictar el oportuno Acuerdo.

Asimismo, se acuerda **DAR TRASLADO A LOS RESPECTIVOS DECANOS DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES DE ABOGADOS** de las ciudades de Granada y Madrid de igual documentación para que valoren, en su propio ámbito, el correcto cumplimiento por el Letrado D. [...], colegiado [...] de Madrid, de sus deberes generales y deontológicos como Abogado.