

RESUMEN

El TSJ condena a la acusada como autora de un delito de falsedad en documento público. Formula voto particular el Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernández Álvarez. Subraya el Tribunal que la conducta típica requiere, en contraposición con la modalidad dolosa, que la autoridad o funcionario público haya creado un riesgo previsible para el bien jurídico protegido, riesgo que debería haber conocido si hubiera actuado con la debida diligencia; que este resultado esté fuera del riesgo permitido; que la omisión del deber de cuidado sea grave; y que, además, la falsedad le sea objetivamente imputable en cuanto haya constituido la concreción de la conducta realizada.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
 art.14.1 art.26 art.58.4 art.66.2 art.390.1 art.391
 LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
 art.248 art.253
 RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal
 art.145

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JUECES Y MAGISTRADOS

Responsabilidad penal

ERROR

DE TIPO

Vencible

FALSEDADES - FALSIFICACIÓN

SUPUESTOS: OBJETO DEL DELITO

Documentos públicos, oficiales o de comercio

Imprudente por funcionario público

PENALIDAD

Graduación de las penas

PROCESO PENAL

PRUEBA

Apreciación y valoración

FICHA TÉCNICA

Favorable a: *Ministerio Fiscal*; Desfavorable a: *Acusado*

Procedimiento: *Responsabilidad penal de Jueces y Magistrados*

Legislación

Aplica art.14.1, art.26, art.58.4, art.66.2, art.390.1, art.391 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Aplica art.248, art.253 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Aplica art.145 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.1216 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.240, art.741, art.847 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 31 octubre 2007 (J2007/194938)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 16 mayo 2006 (J2006/71187)

Cita en el mismo sentido sobre FALSEDADES - FALSIFICACIÓN - SUPUESTOS: OBJETO DEL DELITO - Documentos públicos, oficiales o de comercio - Imprudente por funcionario público STS Sala 2ª de 8 marzo 1993 (J1993/2247)

Cita en el mismo sentido sobre FALSEDADES - FALSIFICACIÓN - SUPUESTOS: OBJETO DEL DELITO - Documentos públicos, oficiales o de comercio - Imprudente por funcionario público STS Sala 2ª de 4 marzo 1992 (J1992/2096)

Cita en el mismo sentido sobre FALSEDADES - FALSIFICACIÓN - SUPUESTOS: OBJETO DEL DELITO - Documentos públicos, oficiales o de comercio - Imprudente por funcionario público STS Sala 2ª de 14 diciembre 1990 (J1990/11465)

Cita en el mismo sentido sobre FALSEDADES - FALSIFICACIÓN - SUPUESTOS: OBJETO DEL DELITO - Documentos públicos, oficiales o de comercio - Imprudente por funcionario público STS Sala 2ª de 27 diciembre 1982 (J1982/8154)

Cita STS Sala 2ª de 13 septiembre 2002 (J2002/35933)

Bibliografía

Citada en "La ausencia en juicio del Secretario judicial y la documentación del acta. Foro Abierto"

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Formulada querrela por el Ministerio Fiscal mediante escrito de 2 de julio de 2008 contra Dª María Cristina por delito de falsedad en documento oficial del art. 390-1-4 del Código penal, por la Sala de lo Penal de este Tribunal Superior de Justicia se acordó por Auto de 8 de julio de 2008 admitirla a trámite designando instructor a la Ilma. Sra. Magistrado Dª Carmen Samanes Ara, la cual mediante Auto de la misma fecha incoó Diligencias Previas registradas con el núm. 2/2008. Practicadas las actuaciones que constan en autos se acordó por resolución de 26 de noviembre de 2008 la continuación de las Diligencias Previas como Procedimiento Abreviado dándose traslado al Ministerio Fiscal para que solicitara la apertura del Juicio Oral formulando escrito de acusación, el sobreseimiento de la causa o la práctica de diligencias complementarias.

Por el Consejo General del Poder Judicial se comunicó el acuerdo número 93 adoptado por la Comisión Permanente de 19 de septiembre de 2008 decretando la suspensión provisional de las funciones jurisdiccionales de la imputada como Magistrada de la Audiencia Provincial de Zaragoza hasta que recaiga en la presente causa penal sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento, con derecho a percibir sus retribuciones básicas desde el día siguiente al del cese. Fue ratificado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial mediante acuerdo núm. cuatro de 22 de septiembre de 2008.

SEGUNDO.- Formulado escrito de acusación por el Ministerio Fiscal como querellante contra Dª María Cristina, se decretó la apertura del Juicio Oral, dándose traslado de las Diligencias para que presentara escrito de defensa. Una vez formulado éste se elevaron las actuaciones a la Sala.

TERCERO.- Recibidas las presentes diligencias en la Sala y tras seguir las actuaciones y trámites que constan en ellas se señaló la vista oral, que ha tenido lugar el día 18 de mayo de 2009 a las 10 horas, con asistencia de la parte acusada y del Fiscal.

CUARTO.- Practicadas en el acto del juicio las pruebas propuestas y admitidas con el resultado que constan en autos, por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito de falsedad en documento público del art.391 en relación al art. 390.1.4º del Código Penal con aplicación del segundo inciso del núm. 1 del art.14 del Código Penal al haber actuado la acusada con error vencible. De dicho delito es responsable como autora la acusada Dª María Cristina, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, y a la que procede imponer las penas de multa de siete meses con una cuota diaria de 12 euros y el arresto previsto en el art. 53 del Código Penal, en caso de impago, y suspensión de empleo o cargo público para el ejercicio de sus funciones en la carrera judicial conforme al art. 43 del Código Penal, por plazo de nueve meses, con imposición del pago de las costas procesales. De conformidad con el art. 58.4 del Código Penal procede el abono del tiempo de suspensión provisional de empleo acordada por el Consejo General del Poder Judicial de 25 de septiembre de 2008.

QUINTO.- La defensa de la acusada modifica sus conclusiones provisionales en cuanto al relato fáctico de la primera y añade que se declare la existencia de la eximente de trastorno mental transitorio y solicita la libre absolución de su defendida con declaración de las costas de oficio.

Hechos Probados:

I.- En fecha 26 de febrero de 2.007 la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia en el Sumario Ordinario número 1/2005, rollo 60/2005, por la que condenó al acusado Rodolfo, como autor de un delito consumado de agresión sexual con violencia e intimidación, a la pena de 7 años y 1 día de prisión. Formaban la Sala los Magistrados Dª María Cristina, como Presidente y ponente, D. Miguel Ángel López y López del Hierro y D. Alejandro. Por discrepancias en la deliberación asumió la ponencia D. Alejandro y Dª María Cristina formuló voto particular considerando que los hechos eran constitutivos de un delito de agresión sexual en grado de tentativa proponiendo la imposición de una pena de 3 años y 6 meses de prisión.

II.- La sentencia fue recurrida en casación por la defensa de Rodolfo y el Tribunal Supremo dictó sentencia de 22 de noviembre de 2.007 declarando no haber lugar a la admisión del recurso.

III.- Por Auto de 6 de marzo de 2.008 la Audiencia Provincial de Zaragoza declaró la firmeza de la sentencia y el 14 de marzo el condenado fue requerido para ingresar en prisión. La Magistrada Sra. María Cristina asumió la función de ponente para la ejecución de la sentencia.

IV.- Mediante escrito de fecha 13 de marzo de 2.008 el abogado del condenado solicitó la suspensión de la pena privativa de libertad en tanto se resolviera la petición de indulto que había sido formulada. El Ministerio Fiscal se opuso a la suspensión y la Sala dictó Auto de 4 de abril de 2.008 declarando que no procedía la suspensión solicitada. En el margen del Auto figuraban la Sra. María Cristina, los Srs. López y Alejandro así como la Sra. Arriero, aunque esta última no llegó a firmarlo. La defensa de Rodolfo presentó recurso de súplica solicitando nuevamente la suspensión, de cuya solicitud se dio traslado al Ministerio Fiscal y a la acusación particular, que se opusieron a la misma.

V.- El día 29 de abril de 2.008 se encontraban reunidos en el despacho del Presidente de la Sección, Sr. Ruiz, éste y los Magistrados Srs. López, Alejandro y Arriero, deliberando asuntos pendientes. No se encontraba presente la Sra. María Cristina, a la que no se le señalaban asuntos para deliberar hasta tanto no resolviera ponencias que tenía atrasadas. En ese momento se presentó la Sra. María Cristina diciendo que tenía un asunto urgente que tratar. Cuando se le dio el turno de intervención propuso deliberar sobre un recurso de súplica interpuesto contra un auto que denegaba la suspensión de la ejecución de la pena sosteniendo su opinión de que debía ser estimado el recurso y concedida la suspensión de la pena. Los demás magistrados presentes se manifestaron rotundamente contrarios y el asunto se dio por deliberado en tal sentido.

VI.- En fecha no acreditada, en todo caso en los días inmediatos al 29 de abril, la Sra. María Cristina comentó con el Sr. Alejandro en el despacho que ambos compartían un asunto relativo a la suspensión de la ejecución de una condena por delito de agresión sexual, que la primera entendía que era el relativo a Rodolfo en tanto que el segundo creía que se trataba de una condena por delito de agresión sexual en grado de tentativa a una pena de tres años y seis meses, a lo que el Sr. Alejandro dio su conformidad.

VII.- El día 29 de abril de 2.008, en hora no precisada, el funcionario Sr. Donato recibió por teléfono las instrucciones de la Sra. María Cristina de redactar un auto estimatorio del recurso de súplica interpuesto por la representación de Rodolfo por el que se le concediera la suspensión de la pena en tanto se tramitaba el indulto. Le indicó la Sra. María Cristina que en el encabezamiento del auto debían figurar los Magistrados Srs. López y Alejandro, además de ella misma. Una vez redactado el auto conforme a las instrucciones recibidas, a última hora de la mañana bajó la Sra. María Cristina y lo firmó, quedando en Secretaría. El mismo día a última hora de la mañana o al día siguiente pasó D. Alejandro por la Secretaría, como era habitual, y el funcionario le mostró el auto. El Sr. Alejandro lo leyó por encima, no detenidamente, y lo firmó. Era habitual en la Sección practicar la notificación con la firma de sólo dos de los tres Magistrados, sin esperar a la firma del tercero, por lo que el funcionario que lo había redactado lo dejó para notificar una vez firmado por la Sra. María Cristina y por el Sr. Alejandro, y fue notificado el 2 de mayo al Ministerio Fiscal, el 5 de mayo al Procurador del condenado y el 8 de mayo a la Procuradora de la acusación particular.

VIII.- El lunes siguiente, día 5 de mayo, después de los días festivos del 1 de mayo, D. Alejandro se interesó por el auto anterior preguntando al funcionario D. Donato por la pena impuesta y al contestarle que se trataba de una pena de siete años el Sr. Alejandro manifestó que la suspensión de dicha pena era una barbaridad. Tras la comprobación de lo sucedido los Magistrados de la Sección Srs. Ruiz Ramo, López y López del Hierro, Alejandro y Arriero Estés presentaron el 13 de mayo de 2.008 el escrito de 7 de mayo en el que ponían en conocimiento del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón su versión de los hechos. En fecha 15 de mayo de 2.008 fue dictada providencia expresiva de que el auto de 29 de abril no reflejaba lo realmente deliberado y resuelto, sino lo contrario en cuanto a la suspensión de la pena, de lo que se daba traslado a las partes para que instaran lo procedente. Dicha providencia, en cuyo encabezamiento constaban los cinco Magistrados, fue presentada a la firma de la Sra. María Cristina que se excusó de firmar por no compartir el criterio del proveído, según expresó literalmente. Instado por el Ministerio Fiscal incidente de nulidad de actuaciones, tras los trámites pertinentes, se dictó Auto de 9 de junio de 2.008 que decretó la nulidad del Auto de 29 de abril de 2.008 y se desestimó el recurso de súplica interpuesto por Rodolfo contra el Auto de 4 de abril de 2.008, confirmando dicha resolución. La Magistrada D^a María Cristina formuló voto particular el 10 de junio de 2.008 argumentando que el Auto de 29 de abril de 2.008 respondía bien y fielmente a lo acordado por la Sala formada por ella como Presidente y por el Magistrado Sr. Alejandro, aun sin la firma del Sr. López y López del Hierro porque ya se había ido y por haber olvidado ella posteriormente explicarle lo ocurrido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Calificación de los hechos.

Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de falsedad en documento público del artículo 391 en relación con el artículo 390.1.4º del Código Penal, por aplicación del segundo inciso del número 1 del artículo 14 del Código Penal, al haber actuado la acusada con error vencible. Esta modalidad de la falsedad documental por imprudencia, ahora recogida en el artículo 391, no estaba expresamente prevista en el anterior Código Penal pero la doctrina jurisprudencial admitía la forma culposa de la falsedad documental por la vía del artículo 565 en supuestos en los que fuese observable una abierta negligencia incompatible con el deber de veracidad que suponía la intervención del funcionario o fedatario público (SS TS 27 de febrero de 1.976, 27 de diciembre de 1.982, 14 de diciembre de 1.990, 4 de marzo de 1.992 y 8 de marzo de 1.993). La conducta típica requiere, en contraposición con la modalidad dolosa: que la autoridad o funcionario público haya creado un riesgo previsible para el bien jurídico protegido, riesgo que debería haber conocido si hubiera actuado con la debida diligencia; que este resultado esté fuera del riesgo permitido; que la

omisión del deber de cuidado sea grave; y que, además, la falsedad le sea objetivamente imputable en cuanto haya constituido la concreción de la conducta realizada. Analizamos a continuación la concurrencia de los elementos del delito imprudente de falsedad.

A).- Respecto a la naturaleza del delito de falsedad, no se trata de un delito cuya realización requiera que la acción típica haya sido personal y corporalmente realizada por el autor (STS Sala 2ª de 16 de mayo de 2.006, recurso 897/2005) -no es delito de propia mano-, por lo que su autoría debe ser imputada a la acusada pues no cabe duda -y no se ha discutido- de que así ha de entenderse el encargo expreso al funcionario D. Donato de la redacción material del auto con las indicaciones precisas para llegar a la conclusión de conceder la suspensión de la pena. La jurisprudencia ha reiterado que la modalidad culposa de la falsedad y la aplicación del artículo 391 del Código Penal tiene su campo esencial de aplicación en la falsedad ideológica. En el presente caso el auto de 29 de abril de 2.008 falta a la verdad en la narración de los hechos (artículo 390.1.4º del Código Penal) al haberse hecho constar en el mismo que la Sala había acordado conceder la suspensión de la pena cuando en realidad la deliberación del día 29 de abril había producido la resolución contraria, lo que hubiera constituido un delito doloso si se hubiera hecho constar así con conciencia de que no había sido tal el resultado de la deliberación. Como se verá, la acusada no realizó tal redacción (por mediación del funcionario) con conciencia de que ese asunto había sido deliberado en sentido contrario, pero sin duda el resultado fue el contrario al deliberado por los Magistrados de la Sección el día 29 de abril de 2.008, según las declaraciones unánimes de todos ellos.

B).- Constatada la realidad de la falsedad por la incontrovertible versión de los Magistrados de la Sala sobre lo efectivamente deliberado el día 29 de abril de 2.008, debe examinarse el elemento objetivo en el que se plasma la falsedad, esto es, el documento como soporte material que expresa o incorpora datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica: artículo 26 del Código Penal . Por documento a estos efectos debe entenderse aquél con el que se prueba, acredita o se hace constar hechos con finalidad preconstituida o probatoria y con destino ulterior y potencial de producir efectos en el mundo exterior y de ingresar en el tráfico jurídico. Para que exista el delito es necesario que el documento tenga eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica, es decir, que tenga capacidad para producir efectos en el tráfico jurídico, dependiendo de la concreta eficacia de cada clase de documento. Por lo tanto, el documento, en cuanto destinado a entrar en el tráfico jurídico, debe tener una significación probatoria, debe servir para probar algo, ya sea una relación jurídica o un hecho jurídicamente relevante y ésa es su finalidad objetiva, que no tiene que ser necesariamente la perseguida por el autor del delito.

Desde esta perspectiva el auto de 29 de abril de 2.008 tenía, indudablemente, la vocación de producir unos efectos determinados, concretamente la suspensión de una condena penal con las consiguientes consecuencias derivadas de ello. En cuanto dicha resolución manifestaba haber decidido lo contrario de lo resuelto realmente, su incidencia jurídica, por la variación de la esencia del documento, resulta evidente. Distinto es que la autora creyera que lo resuelto había sido realmente la concesión de la suspensión de la pena, de lo que luego se tratará. En las conclusiones elevadas a definitivas por la defensa mediante la aportación en el acto del juicio oral de un escrito en el que se modificaba la conclusión primera de su primer escrito de defensa, se incurre en contradicción con las conclusiones siguientes del primer escrito de defensa, al defender en éste, por una parte, que el auto era auténtico por responder a lo realmente deliberado entre la Sra. María Cristina y el Sr. Alejandro y, por otra y simultáneamente, al manifestar en las conclusiones definitivas que dicho auto era nulo de pleno derecho e inexistente por venir firmado sólo por dos Magistrados, contra lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Si el auto expresaba o no el resultado de la deliberación, ya ha quedado respondido al aclarar que la única deliberación real fue la del 29 de abril de 2.008, sin perjuicio de la creencia de la Sra. María Cristina al respecto, por lo que no cabe duda de que, con independencia de los defectos de forma que pudiera presentar, era evidente su finalidad de surtir efectos en el procedimiento, hasta el punto de que así sucedió efectivamente y, notificado a las partes, afectó a la esfera jurídica del condenado que durante un tiempo vio suspendido el efecto de la sentencia condenatoria, con independencia de que su situación real variara o no. Pero fue preciso un incidente de nulidad para privar de efectos a dicha resolución y dictar una nueva que acordara definitivamente la no suspensión de la pena. El auto de 29 de abril de 2.008 contenía aparentemente todos los elementos necesarios para surtir sus efectos, como otros que pudieron ser dictados con la firma de sólo dos de los Magistrados conforme a la práctica habitual en la Sección, según la declaración del funcionario D. Donato. No puede afirmarse que tales resoluciones fueran automáticamente nulas por falta de forma, -aunque defecto formal es, evidentemente, que sólo fueran firmados por dos magistrados-, pues si realmente respondían a deliberaciones efectivamente realizadas, su firma sería sólo la plasmación formal y documental de las mismas pero, si se afirma la nulidad en todos los casos de falta de una firma, la posible firma posterior de quien no lo hubiera hecho en su momento no podría, estrictamente, implicar su convalidación pues no cabe la convalidación de los actos nulos de pleno derecho que, por definición, no producen efecto alguno.

El auto de referencia, si no respondiera a lo realmente deliberado y acordado, aun firmado por tres Magistrados, existiría igualmente como resolución judicial, pero sería falso. En términos comparativos podemos afirmar que la falsedad por alteración de un documento (artículo 390.1.1º y 2º del Código Penal) no supone la inexistencia de tal documento sino que precisamente por existir y ser falso se convierte en elemento objetivo de un delito. De la misma forma, en la falsedad ideológica no se requiere que el documento sea perfecto sino que basta con que, faltando a la verdad, cumpla aparentemente la finalidad de probar en el tráfico jurídico unos hechos que en un momento determinado se descubren falsos. Hay que tener en cuenta que mediante esta falsedad se ataca la fe pública y, en último término, la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos (STS de 13 de septiembre de 2.002 citada por la de 31 de octubre de 2.007). Por lo demás, tampoco tiene encaje en este ámbito la categoría de los actos inexistentes

que es criticada por la doctrina al tratar sobre la ineficacia e invalidez del negocio jurídico. Se reconoce en este sentido la existencia de actos inválidos pero eficaces en tanto no sean anulados por los mecanismos legalmente previstos, como el señalado en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los actos nulos que, sin embargo, han producido efectos. En el presente supuesto la nulidad no deriva del señalado defecto de forma, que respondía a práctica habitual en la Sección y en algunos casos se subsanaría mediante el complemento de la firma, sino del hecho de no responder a una auténtica deliberación, que es la creída por la Sra. María Cristina, y por no atenerse a lo realmente deliberado, que es la esencia de la falsedad ideológica. Los órganos judiciales colegiados conforman su voluntad en los términos legalmente previstos (artículos 253 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y si no se sigue dicho trámite no hay propiamente una resolución judicial válida, lo que no quiere decir que aun adoptada de forma irregular no pueda producir determinados efectos hasta el momento de su anulación, lo que puede no llegar a suceder nunca. En el caso que se enjuicia la falsedad se produce porque la deliberación que la Sra. María Cristina creía haber tenido con el Sr. Alejandro no era tal, a falta del otro u otros miembros de la Sección, y el auto dictado no responde a lo realmente deliberado el día 29 de abril de 2.008 en el que concurrieron todos los Magistrados.

C).- El error de la acusada se sustenta en que había mantenido una reunión con el Sr. Alejandro, y así lo reconocen ambos sin lugar a dudas, en la que trataron sobre la suspensión de una condena creyendo la primera que se trataba de la solicitada por el condenado Rodolfo y el segundo que se trataba de un asunto indeterminado que no pudo concretar. En esa creencia la Sra. María Cristina ordenó la confección de un auto que expresaba lo que en su opinión había sido deliberado con el Sr. Alejandro, aun a falta de la conformidad del tercer Magistrado, y tal creencia vino a ser confirmada por el hecho de que el Sr. Alejandro firmó el mencionado auto, aunque también por error según su versión. La acusada incurrió en imprudencia grave pues, en primer lugar, el tribunal no había quedado debidamente formado para deliberar por falta del otro u otros Magistrados, en segundo lugar porque la deliberación debe ser propuesta en términos que no induzcan a error y, finalmente, porque tampoco observó la diligencia exigible de contrastar lo tratado y el contenido del auto con el tercer Magistrado que figuraba en el mismo, el Sr. López, lo que le hubiera podido hacer caer en la cuenta del error.

Se trata de un error propiciado por la equívoca reunión con el Sr. Alejandro, pero error vencible por provenir de una Magistrada que debe conocer y observar los requisitos y precauciones expuestos, aunque pudiera ser confundida por la conformidad mostrada por el Sr. Alejandro. Por ello, al tratarse de un error vencible, la infracción debe ser castigada como imprudente en los términos previstos en el artículo 14.1 en relación con el artículo 391 del Código Penal .

TERCERO.- Autoría.

De dicho delito es responsable en concepto de autora la acusada D^a María Cristina. Reconoció en todo momento que encargó al funcionario D. Donato la redacción del auto e igualmente que el mismo día 29 de abril de 2.008 comprobó el texto, que encontró correcto, y lo firmó.

CUARTO.- Circunstancias modificativas.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En sus conclusiones definitivas solicitó la defensa de la acusada en el acto del juicio oral que se aplicara la eximente de trastorno mental transitorio. Para ello aportó en dicho acto un informe médico del Dr. D. Gregorio emitido el 12 de noviembre de 2.008 en el que afirmaba que la Sra. María Cristina se encontraba en tratamiento por padecer un trastorno depresivo mayor recidivante, de 15 años de evolución. Dada la fecha de su emisión, varios meses después de los hechos que se enjuician, no puede obtenerse conclusión alguna sobre la situación en la que se hallaba la acusada en el mes de abril de 2.008 ni los efectos que la depresión pudo causar en la misma en dichas fechas pero, sobre todo, no se propuso la oportuna prueba pericial que hubiera permitido razonar dicho informe y someterlo a contradicción por lo que del mismo no se puede extraer la conclusión pretendida por la parte y no cabe apreciar la circunstancia alegada.

QUINTO.- Aplicación de la pena.

Dado que se trata de un delito imprudente (artículo 66.2 del Código Penal , que permite a los tribunales la aplicación de la pena a su prudente arbitrio) propiciado por las circunstancias expuestas, procede imponer a la acusada la pena de multa en el límite inferior, que se señala en siete meses, con una cuota diaria de doce euros habida cuenta de la ausencia de acreditación de datos concretos sobre su situación económica y demás circunstancias personales y familiares. Para el caso de no satisfacer la multa impuesta quedará sujeta a la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas. Igualmente se le impone la pena de suspensión de empleo o cargo público para el ejercicio de sus funciones en la carrera judicial por plazo de nueve meses. Conforme al artículo 58.4 del Código Penal procede el abono del tiempo de suspensión provisional de empleo acordada por el Consejo General del Poder Judicial con efecto desde el 25 de septiembre de 2.008.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal procede igualmente imponer a la acusada el pago de las costas procesales.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de pertinente aplicación,

FALLO

Que debemos condenar y condenamos a D^a María Cristina, como autora de un delito de falsedad en documento público del artículo 391 en relación con el artículo 390.1.4 del Código Penal por aplicación del segundo inciso del núm. 1 del artículo 14 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas de multa de siete meses con una cuota diaria de doce euros, con arresto subsidiario en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, y suspensión de empleo o cargo público para el ejercicio de sus funciones en la carrera judicial por plazo de nueve meses, con abono del tiempo de suspensión provisional de empleo acordada por el Consejo General del Poder Judicial, así como al pago de las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo (artículo 847 LECr.), y de la que se unirá certificación literal a la causa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Zubiri de Salinas.- Luis Fernández Álvarez.- Ignacio Martínez Lasierra.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernández Álvarez a la sentencia de esta Sala dictada el 27 de mayo de 2.009 en la presente causa, procedimiento abreviado núm. 2/2008. Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría y lamentando tener que discrepar de ella, formulo al amparo de lo prevenido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial voto particular, entendiendo que la resolución a adoptar debió ser la siguiente:

SENTENCIA En Zaragoza a uno de junio de dos mil nueve.

Se aceptan el encabezamiento y los antecedentes de hecho de la sentencia de la mayoría.

Se admiten los hechos probados recogidos en los apartados I a IV de la resolución de la mayoría.

V.- El día 29 de abril de 2.008 se encontraban reunidos en el despacho del Presidente de la Sección, Sr. Ruiz, éste y los Magistrados Srs. López, Alejandro y Arriero, deliberando asuntos pendientes. No estaba presente la Sra. María Cristina, a la que no se le señalaban asuntos para deliberar hasta tanto no resolviera ponencias que tenía atrasadas. Sobre las 11 o las 11,10 horas se presentó la Sra. María Cristina diciendo que tenía un asunto para tratar. Una vez concluida la deliberación de los casos pendientes, se le dio el turno de intervención y expuso lo relativo al recurso de súplica interpuesto por la representación de D. Rodolfo, expresando su opinión favorable a la estimación del mismo, a lo que se opusieron los Sres. López y Alejandro. El Presidente, Sr. Ruiz, dijo que era criterio de la Sección no conceder la suspensión de la ejecución de la pena por motivo de interposición de recurso de amparo o por haberse solicitado el indulto cuando la pena de prisión impuesta era superior a cinco años, expresando D^a María Cristina que él no tenía que intervenir, pues no había formado parte de la Sala que había dictado la sentencia, a lo que contestó el Sr. Ruiz que siendo el Presidente de la Sección sí lo podía hacer. La deliberación fue muy rápida, dado que se trataba de una pena de siete años, manifestando todos los Magistrados presentes, a excepción de la Sra. María Cristina, su parecer contrario a la estimación del recurso.

VI.- Aunque se acordó desestimar el recurso, como intervinieron Magistrados que no iban a formar parte del Tribunal, la Sra. María Cristina volvió a tratar el asunto, momentos después, con D. Alejandro en el despacho común de ambos, al que expuso el asunto y las circunstancias personales y familiares que concurrían en el penado, manifestando el Sr. Alejandro que estaba de acuerdo en suspender la ejecución. La acusada, en la creencia errónea de que había deliberado de manera válida el recurso, estimó, al haber mayoría de votos (dos de tres), que procedía dar lugar al mismo.

VII.-El mismo día 29 de abril, en hora no precisada, el funcionario D. Donato recibió por teléfono las instrucciones de la Sra. María Cristina de redactar un auto estimatorio del recurso de súplica interpuesto por la representación de D. Rodolfo por el que se le concediera la suspensión de la pena en tanto se tramitaba el indulto. Le indicó la Sra. María Cristina que en el encabezamiento del auto debían figurar los Magistrados Srs. López y Alejandro, además de ella misma. Una vez redactado el auto conforme a las instrucciones recibidas, a última hora de la mañana bajó la Sra. María Cristina y lo firmó, quedando en Secretaría. Al día siguiente pasó D. Alejandro por la Secretaría, como era habitual, y el funcionario le mostró el auto. El Sr. Alejandro lo leyó por encima, no detenidamente, y lo firmó. Era habitual en la Sección practicar la notificación con la firma de sólo dos de los tres Magistrados, sin esperar a la firma del tercero, por lo que el funcionario que lo había redactado lo dejó para notificar una vez firmado por la Sra. María Cristina y por el Sr. Alejandro, y fue notificado el 2 de mayo al Ministerio Fiscal, el 5 de mayo al Procurador del condenado y el 8 de mayo a la Procuradora de la acusación particular.

VIII.- Se admite el de la mayoría.

IX.- En 1997 se inició expediente disciplinario contra D^a María Cristina, y en el año 2004 se le abrió otro. Asimismo, la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión de fecha 10 de septiembre de 2008, acordó la incoación de expediente disciplinario contra la Sra. María Cristina por la posible comisión de dos faltas muy graves previstas, respectivamente, en los apartados 9 y 14 del artículo 417 de la Ley

Orgánica del Poder Judicial . En dicho expediente, que se siguió bajo el núm.004, la Instructora formuló propuesta de archivo, en la que, entre otras cosas, expresa lo siguiente:

- A la vista del informe realizado en el Instituto de Medicina Legal de Aragón, en el que intervinieron profesionales independientes, y de los informes médicos aportados por la interesada, se aprecia en D^a María Cristina falta de capacidad para el ejercicio de su función jurisdiccional.

- El Médico Forense, Dr. Andrés, concluye que el deterioro neurocognitivo que presenta la Sra. María Cristina, así como su ideación delirante, "le imposibilitan para la función de Juez". Esta afirmación categórica, proveniente de un Médico Forense, Director del Instituto de Medicina Legal de Aragón, conocedor de primera mano del contenido de la función jurisdiccional, junto a las restantes pruebas practicadas y las estadísticas aportadas, referidas a su actividad en los cuatro trimestres de 2007, llevan a estimar en D^a María Cristina falta de capacidad intelectual y volitiva para asumir las obligaciones propias de su función jurisdiccional.

X.- En el acto del juicio oral se aportó informe médico del Dr. Gregorio, emitido el 12 de noviembre de 2008, en el que se expresa que la Sra. María Cristina padece "un trastorno depresivo mayor recidivante, de 15 años de evolución, con antecedentes iguales en varios familiares", presentando "entre otros síntomas, además de tristeza, una serie de dificultad para pensar, concentrarse y tomar decisiones, máxime si éstas son de especial trascendencia, lo que determina una importante incapacidad para mantener sus habituales actividades a nivel personal, laboral, familiar y social".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al anterior relato fáctico se ha llegado tras apreciar en conciencia, conforme al artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , las pruebas practicadas en el juicio, y a la vista de los efectos que el principio acusatorio proyecta sobre los hechos Es evidente que no se sabe en qué términos se desarrolló la deliberación entre D^a María Cristina y D. Alejandro, pero el principio "in dubio pro reo" juega en favor de aquélla. Consecuentemente, no cabe aseverar que la Sra. María Cristina cuando expuso el asunto a su compañero se refirió a un joven al que se había condenado a una pena de prisión de tres años y seis meses por un delito de agresión sexual en grado de tentativa. Por otro lado, se estima que la deliberación entre ambos fue posterior a la que se desarrolló en el despacho del Presidente de la Sección, y ello por tres razones:

a) Así lo manifestó en todo momento el Sr. Alejandro.

b) La acusada, en su declaración en Fiscalía (la más cercana en el tiempo a los hechos de autos), dijo que una vez deliberado el recurso de súplica con el Sr. Alejandro, entregó al funcionario D. Donato una nota en papel amarillo en la que se hacía constar: "Ejecutoria 6/08.- Auto.- 29.- Admitiendo el recurso de súplica, quedando en suspenso mientras tanto se resuelve indulto parcial de ingreso en prisión del recurrente", relato que revela inmediatez temporal entre la deliberación y la entrega de la nota, que tuvo lugar el 29 de abril de 2008; y c) Si hubiera sido anterior no cabría apreciar un error de tipo.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados son constitutivos, según la parte acusadora, de un delito de falsedad en documento público, previsto y penado en el artículo 391, en relación con el artículo 390.1.4º, por aplicación del segundo inciso del número 1 del artículo 14, todos del Código Penal , al haber actuado la acusada con error vencible. La duda inicial podría estar en si nos hallamos ante una infracción dolosa o culposa, pero la mentada calificación vincula al Tribunal, eliminando dicho problema. Al estimar el Ministerio Fiscal que concurre en el supuesto de autos un error de tipo vencible, es decir, evitable si la Sra. María Cristina hubiese obrado con la diligencia exigible, ello acarrea su responsabilidad a título de imprudencia, "en su caso" (inciso segundo del núm. 1 del art. 14 del Código Penal), esto es, si, como aquí ocurre, nos hallamos ante una concreta figura de delito que permite la incriminación culposa, dado que el legislador de 1995, siguiendo el criterio mayoritario de la doctrina, ha reservado el castigo de las acciones u omisiones imprudentes a los supuestos en que "expresamente lo disponga la ley" (art. 12), abandonando el sistema de *numerus apertus* (arts. 565, 586 bis y 600 del anterior Código Penal), en favor del régimen de *numerus clausus*, y es que la política criminal actual, propugna, dentro de la línea de despenalización derivada del principio de intervención mínima, una reducción de los delitos imprudentes y que se castiguen sólo aquellos comportamientos negligentes que afecten a bienes jurídicos importantes, por cuanto el delito culposo constituye un "minus", en cuanto a su gravedad, respecto al delito doloso. Por lo que se refiere al delito que nos ocupa, bajo la vigencia del Código anterior se había discutido si cabía o no la incriminación por imprudencia de la falsedad en documento público, habiéndose inclinado el Tribunal Supremo por su admisión, mientras que parte de la doctrina se pronunciaba en sentido contrario. La polémica al respecto ha quedado zanjada por el Código Penal de 1995 , que optó por disponer el castigo de la comisión culposa en caso de imprudencia grave (art. 391), siguiendo el criterio de incriminación específica que proclama el artículo 12. Sentado lo anterior, procede examinar si en el supuesto enjuiciado concurren los requisitos necesarios para que se dé la falsedad imprudente recogida en el mentado art. 391 del C.P ., versando la duda de autos en torno al resultado producido en relación con el principio de intervención mínima del Derecho Penal.

TERCERO.- Junto a la acción u omisión que infringe el deber de cuidado de modo grave, requiere delito imprudente un resultado, el definido en el tipo objetivo del delito doloso, y un nexo entre la conducta y el resultado.

Las acciones imprudentes solo son castigadas en la medida en que producen un determinado resultado. El desvalor de la acción imprudente no es, por sí, suficiente para determinar una sanción penal, sino que es preciso, además, la producción del resultado previsto en el tipo objetivo de un delito doloso.

Ello no supone que el desvalor de la acción sea mayor o menor según se produzca o no el resultado; el desvalor de la acción no varía en función del resultado. Tampoco cabe entender que la producción del resultado sea el componente esencial del injusto del delito imprudente, pues tal postura

nos retrotraería a tiempos ya superados. Lo que ocurre es que por razones político- criminales no se castigan los comportamientos imprudentes más que cuando se ha producido un determinado resultado lesivo.

La imprudencia que no haya tenido consecuencias lesivas constituye a lo sumo una infracción administrativa. Eso no significa que no se pueda adelantar la protección penal frente a aquellas infracciones graves que constituyan un peligro relevante para bienes jurídicos importantes (energía nuclear, medio ambiente, tráfico automovilístico, etc.), pero ello nos sitúa ante la categoría de los delitos de riesgo o peligro.

Consecuencia de que se exija, en virtud del principio de intervención mínima, la producción del resultado previsto en el tipo objetivo de un delito doloso, esto es, la perfección típica de la conducta que comporta la consumación del delito, es que resulta inadmisibles la apreciación de formas imperfectas de ejecución (tentativa) en el delito culposo, según entiende la doctrina mayoritaria.

La tentativa, pues, no es punible en los delitos imprudentes, y cuando el legislador quiere castigar lo que, en esencia, son conductas culposas no consumadas acude a la técnica de los delitos de peligro.

Sentando lo anterior, cabe preguntarse, en cuanto al iter criminis, si el delito de falsedad en documento público puede ser cometido en grado de tentativa. Tal cuestión merece una respuesta afirmativa, pues, en principio, no hay inconveniente en aceptar la posibilidad de su ejecución incompleta, si bien ello sólo puede admitirse en aquellos casos en que la acción típica sea susceptible de ser realizada fraccionadamente.

Concretamente, es admisible en el supuesto que nos ocupa, ya que nos hallamos ante un auto dictado por un órgano colegiado, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial, y dicha resolución judicial precisa, una vez redactada, que esté firmada por todos los Magistrados que la dicten, a tenor de lo dispuesto en el artículo 248.2, inciso final, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 1216 del Código Civil, encontrándose, entre tanto, en fase de creación. Ciertamente que el auto accediendo al recurso de reforma interpuesto por la representación de D. Rodolfo se notificó con sólo dos firmas, pero esa irregularidad procesal no afecta al hecho de que el documento público (auto judicial) se encontrase aun en fase de formación, por lo que la ejecución documental no se consumó, hallándose en grado de tentativa, lo que nos sitúa ante una conducta penalmente atípica, y ello sin perjuicio de la sanción que se le pueda imponer a D^a María Cristina por la responsabilidad disciplinaria en que incurrió. El Derecho Penal se rige por el principio de intervención mínima, de capital importancia político-criminal, el cual determina para el castigo de los delitos culposos una doble restricción, seleccionando, por un lado, aquellos comportamientos imprudentes que afectan a bienes jurídicos importantes, y castigando, por otro, de entre todos esos comportamientos negligentes, aquéllos que llegan a producir el resultado previsto en el tipo objetivo de un delito doloso, esto es, el resultado que comporta la consumación del delito (el máximo de desvalor del resultado), no siendo punible en los delitos imprudentes la tentativa.

No olvidemos que las infracciones imprudentes son cualitativamente menos graves que las dolosas, constituyendo el delito culposo un "minus", en cuanto a su gravedad, respecto al delito doloso, pues en el comportamiento imprudente hay un menor grado de rebelión contra el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, un menor grado de reprochabilidad social, por lo que solo se castigan cuando se ha seguido un determinado resultado, aquél que comporta la consumación del delito.

La Sra. María Cristina, antes de poner el auto a la firma en Secretaría, debió esperar a deliberar con el Sr. L. Es evidente que obró de forma incorrecta y se produjeron consecuencias que hubieran podido evitarse de haber actuado con la debida diligencia, consecuencias que también se hubieran evitado si en la Sección Tercera no se notificasen los autos con sólo la firma de dos Magistrados. Ahora bien, las mentadas irregularidades, que ciertamente se han producido, no convierten el hecho de autos en un ilícito penal, ya que el documento falso no llegó a crearse, encontrándose en fase de formación, situación que supone un menor riesgo para la seguridad jurídica, ya que al negarse a firmar el tercer Magistrado se aprecia de inmediato un defecto evidente (falta de una firma), obteniéndose la nulidad de la resolución en un plazo breve. El hecho de que la conducta de D^a María Cristina no entre en la órbita penal, no significa que quede carente de sanción, ya que sigue en pie su responsabilidad disciplinaria, pues el Derecho Penal no es el único instrumento sancionatorio del ordenamiento jurídico, jugando la potestad disciplinaria de la Administración un importante papel como sistema preventivo en el marco de una política criminal respetuosa con el principio de intervención mínima del Derecho Penal. Concretamente, a la Sra. María Cristina se le sigue el expediente disciplinario núm.004 relativo a dos faltas muy graves, una de ellas derivada del hecho de autos, donde se le puede imponer la sanción de suspensión del servicio hasta tres años, e incluso la de separación (art. 420.2 LOPJ), y en caso de que se le aprecie falta de capacidad para el ejercicio de la función jurisdiccional, podrá acordarse su jubilación por incapacidad permanente (art. 387 de la LOPJ).

CUARTO.- Por todo lo anteriormente expuesto, procede absolver a la acusada del delito objeto de enjuiciamiento, dada la atipicidad de la conducta realizada, con declaración de las costas de oficio, a tenor de lo prevenido en el art. 240 de la LECriminal.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos, con todos los pronunciamientos favorables, a D^a María Cristina del delito de falsedad en documento público por imprudencia del artículo 391, en relación con el artículo 390.1.4º, ambos del Código Penal, del que venía siendo acusada por el Ministerio Fiscal en aplicación del segundo inciso del número 1 del artículo 14 del mismo Cuerpo Legal, con declaración de las costas de oficio. Póngase la presente resolución en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial.

Voto particular que firmo en Zaragoza en la fecha arriba indicada.

Número CENDOJ:50297310012009100017