

## **Granada, a once de julio de dos mil once.**

En la ciudad de Granada, a once de julio de dos mil once.

Dada cuenta; únense los escritos de solicitud de apertura del juicio oral del Ministerio Fiscal y de la acusación particular

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Las precedentes Diligencias fueron incoadas por auto de esta Sala de fecha 19 de octubre de 2010, a virtud de querrela formulada por D<sup>a</sup> Rosa.

Se han personado en las presentes actuaciones, además del Ministerio Fiscal; D<sup>a</sup> Rosa, representada por el Procurador D. José Gabriel García Lirola, en calidad de acusación particular; y D. Federico, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Encarnación Ceres Hidalgo, en calidad de imputado.

SEGUNDO.- Una vez practicadas todas las actuaciones instructoras que se reputaron necesarias, se dictó Auto con fecha 27 de abril de 2011, por el que se acordaba la continuación de la causa por los trámites del procedimiento abreviado previstos en los artículos 780 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por apreciarse indicios racionales de la comisión por el imputado de un delito de prevaricación (art. 446 CP).

TERCERO.- Contra dicho auto se interpuso por la representación procesal de D. Federico un recurso de reforma que fue desestimado por Auto de 12 de mayo de 2011, que fue a su vez recurrido por la misma parte en apelación ante la Sala. Por la representación de D<sup>a</sup> Rosa se interpuso recurso directo de apelación ante la Sala. Ambos recursos de apelación fueron desestimados por auto de la Sala de 10 de junio de 2011, confiriéndose traslado de las actuaciones a las acusaciones pública y particular conforme a lo previsto en el artículo 780.1 LECrim.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal y la acusación particular han formulado acusación y han solicitado la apertura de juicio.

### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- Sobre el impacto del auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de junio de 2011 sobre esta causa.

Con posterioridad al auto por el que se acordó la continuación de esta causa por los trámites del procedimiento abreviado ha sobrevenido una circunstancia que no puede dejar de ser considerada por el Instructor en este momento procesal, y que consiste en que tres magistrados integrantes de un órgano judicial colegiado han apreciado, al resolver el recurso de apelación contra el auto dictado por D. Federico el día 30 de marzo de 2010, que “desde la perspectiva de la legalidad

sustantiva y procesal ordinaria” dicho auto es conforme a Derecho, confirmándolo en todos sus extremos. Tanto la acusación particular, en su escrito de 17 de junio de 2011, como la defensa en su escrito de 29 de junio de 2011, han hecho referencia a dicha circunstancia, una para pedir que no sea tomado en consideración a ningún efecto en esta causa, y la otra para solicitar el sobreseimiento libre.

La relevancia de dicha decisión de la Audiencia Provincial de Sevilla es innegable al estar investigándose un delito de prevaricación, pero no puede ser la de vinculación procesal, que pretende la defensa. El instructor, o el órgano de enjuiciamiento penal en su caso, tienen competencia objetiva improrrogable para valorar los hechos sujetos a su consideración como constitutivos o no de delito (artículo 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), pudiendo o no coincidir su criterio sobre cuestiones de hecho (‘qué sucedió’), y sobre cuestiones de legalidad o de antijuridicidad (‘cómo debió resolverse’) con el del órgano jurisdiccional civil en el ejercicio de su competencia funcional. Ciertamente que una eventual discrepancia de criterio puede provocar una aparente contradicción, pero el ordenamiento jurídico y el sistema judicial admite estas eventuales contradicciones sin que la consecuencia de dicha contradicción sea, desde luego, una prevalencia de lo dictaminado en la jurisdicción civil respecto de lo establecido por la jurisdicción penal, pues no existe una prejudicialidad civil en causas penales.

Este Instructor ha leído los razonamientos vertidos en el auto de la Audiencia Provincial (dando por buena provisionalmente la copia del mismo aportada por la representación del querellante, sin perjuicio de requerir copia testimoniada auténtica) por si ofrecieran razones que le hicieran alterar su percepción o juicio sobre la justicia o injusticia del auto de 30 de marzo de 2010 del acusado. No ha sido así. Se expondrá primero por qué este Instructor sigue pensando que el mencionado auto es contrario a Derecho, y a continuación se expondrá por qué, aun habiendo sido confirmado por la Audiencia Provincial de Sevilla dicho auto puede seguir siendo reputado como indiciariamente prevaricador.

I.- Sobre si el auto de 30 de marzo de 2010 es o no conforme a Derecho.

La Audiencia Provincial de Sevilla sostiene que un Juez de Familia es competente para alterar puntualmente el régimen de visitas establecido en procedimiento de divorcio tramitado por otro órgano judicial del mismo partido, con el fin de garantizar que salga en una procesión en ejecución del mandato ya dictado por ese otro Juzgado, y que puede hacerlo al amparo del artículo 158.4 CC por concurrir razones de urgencia o necesidad.

Y este Instructor entiende que ello sólo sería posible si:

- i) Fuera cierta la premisa de que existía una situación de peligro o perjuicio inminente para el menor; y
- ii) Si hubiera alguna razón que impidiese que el mismo Juzgado que estableció la medida que quiere puntualmente alterarse pudiera conocer a tiempo del asunto.

Siendo así que, como ya se razonó en los autos de 27 de abril y 12 de mayo de 2011, no concurría ninguna de ambas condiciones.

Así, en primer lugar, en la mañana del 30 de marzo de 2010 no existía absolutamente ningún inconveniente para que la solicitud de la medida (ya la formulara uno de los progenitores, ya cualquier otro pariente) fuese presentada en, o derivada hacia, aquél Juzgado de Violencia sobre la Mujer; el único “impedimento” que existía para plantear la cuestión ante dicho Juzgado era que, según declaración del testigo Sr. Justo, se pulsó previamente (el día anterior, Lunes Santo) y de modo verbal la opinión del titular de dicho Juzgado, quien según dicho testigo, manifestó, también verbalmente, que “nada más podía hacer más que lo que ya había resuelto en la resolución dictada en el procedimiento de divorcio”, por lo que la dirección jurídica del padre y abuelo del menor (ya fuera el Sr. B.T., concedor de ese extremo, ya lo fuera el propio Sr. Justo, o ya fueran ambos de común acuerdo) propuso plantear la cuestión directamente en el Juzgado servido por el querellado, a quien consideraban más receptivo.

En los autos referidos de este Instructor se dejó dicho que existen indicios de que ello vino acompañado de una conversación o contacto previo entre D. Justo y D. Federico, si bien no existe prueba directa de dicho contacto (pues nadie lo ha reconocido), lo que por tanto deberá ser objeto de valoración tras la prueba (indiciaria) que se practique en el juicio oral. En todo caso es obvio que el Juzgado núm. 7 de Sevilla no se hallaba objetivamente en mejor condición para atender a la solicitud de protección solicitada, que había de calificarse correctamente como un incidente en la ejecución de una medida judicial ya adoptada, cual era que los padres habrían de respetar el deseo del menor de salir en las procesiones de las que era cofrade, de lo que D. Federico era consciente desde el primer momento, por habersele exhibido el auto judicial en que así se acordaba por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 4, circunstancia ésta que se ocultó al Decanato (por el solicitante) al no adjuntar a la solicitud dicha resolución judicial y manifestar que la solicitud iba referida a un procedimiento anterior del Juzgado núm. 7, lo que no era cierto.

En segundo lugar, no concurrían las razones de urgencia y necesidad características del artículo 158.4 CC, derogatorio de los condicionamientos normales de todo procedimiento civil (competencia, tipo de proceso -contradictorio o no-, audiencia de los interesados). La frustración del legítimo y comprensible deseo de un menor de salir en una procesión contra la eventual oposición de uno de sus progenitores (o de ambos, hipotéticamente) no es un “perjuicio” o un “peligro” en los términos de dicho precepto, pues lo contrario supondría que cada vez que un menor de edad tuviera un deseo fuerte y existiese oposición de los padres para llevarlo a cabo, cabría acudir al remedio del artículo 158.4 CC., lo que obviamente no es el sentido de tal precepto: por lo que se reitera que la cuestión, rectamente entendida, no podía ser la de proteger al menor de un peligro o perjuicio, sino la de cumplir un mandato judicial previamente establecido, lo que queda fuera por completo del tan citado artículo 158.4 CC. y atribuye la competencia funcional para su conocimiento al Juzgado que dictó la medida (artículo 61 LEC, según el cual, “salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal

que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de su sentencia o convenios y transacciones que aprobará').

Así, la formal invocación del artículo 158.4 del Código Civil no puede, obviamente, servir de coartada para que las partes elijan el Juez que haya de pronunciarse o, lo que es lo mismo, para eludir al Juez que habría de pronunciarse, pues ello afecta directamente al derecho fundamental de todas las partes interesadas al Juez natural predeterminado por la Ley, lo que no es una cuestión procesal menor.

A ello debe añadirse que, al margen ya de la pertinencia del artículo 158 y de la cuestión de la competencia, tampoco entiende este Instructor que pueda justificarse una medida como la adoptada sin oír, como era posible, a la madre del menor, no sólo porque ésta vendría a quedar afectada directamente por la resolución a adoptar, sino sobre todo porque era el medio a mi juicio imprescindible, y en absoluto desproporcionado (bastaba con una citación por vía telefónica para la mañana siguiente, sin perjuicio de lo que hubiera que resolver en caso de incomparecencia) de conocer si era cierto lo que el menor dubitativamente refirió al querellado en la comparecencia que se practicó, pues ni siquiera existía constancia en los autos de la existencia de la carta enviada por la madre al padre, a través de sus respectivos abogados, y menos aún de su contenido, del que sólo se dijo que consistía en preguntas incomprensibles.

Forma parte de las normas esenciales (y no puramente adjetivas) del procedimiento la de no dar por ciertos hechos conocidos por referencias exteriores al mismo procedimiento sin comprobación dentro del mismo cuando tal comprobación es razonablemente posible, y ya se razonó en el auto de 27 de abril de 2011 que los indicios apuntan a que el Sr. Federico decidió conscientemente dar por probado el hecho de la oposición de la madre a cumplir el deseo del menor, sin tener una mínima constancia procesal de ello, lo que supone un perjuicio que va en contra de la misma idea de "proceso". Ello comporta, como tantas veces se ha razonado, calificar la resolución adoptada como un atajo decisionista derivado más de un prejuicio que de un juicio.

II.- Sobre si puede calificarse el auto de 30 de marzo de 2010 como "prevaricador" pese a haber sido considerado conforme a Derecho por la Audiencia Provincial.

Con todo, es indiscutible que tres magistrados han considerado conforme a Derecho lo que este Instructor considera indiciariamente injusto, y ello fuerza a considerar si no debe concluirse que sobre la cuestión analizada existe una discrepancia excluyente de la prevaricación, por devolver la cuestión al terreno de lo opinable. Este es el valor que a efectos de esta causa puede tener el sobrevenido auto de la Audiencia Provincial.

En efecto, es bien conocida la doctrina jurisprudencial según la cual no puede calificarse una resolución como objetivamente injusta si existen interpretaciones sólidas, aunque discutibles, que la avalen. Prevaricar es dictar una resolución

indefendible en Derecho, y lo cierto es que tres magistrados del orden de lo civil han considerado a la resolución conforme con el ordenamiento jurídico sustantivo y procesal. Así, podría decirse que por más que este Instructor considere indefendible la resolución, lo cierto es que ha sido ya “defendida” por un órgano judicial colegiado.

Sobre esta cuestión, y sin perjuicio de la valoración que al efecto haga la Sala al momento de dictar sentencia, ha de precisarse (a fin de justificar el dictado del auto de apertura de juicio oral) que el conjunto de referencias tomadas en consideración por la Audiencia Provincial de Sevilla no es el mismo que el que tomó en consideración este Instructor, por lo que el juicio de hecho y de derecho efectuado en una y otra sede pueden no coincidir precisamente por partirse de premisas diferentes, El auto de 27 de abril de 2011 analiza la resolución dictada por el querellado tras una exhaustiva investigación de todas las circunstancias que concurrieron, que la Audiencia Provincial no podía ni siquiera considerar, y que constituye la base indiciaria del núcleo de prevaricación apreciado por el Instructor:

- Así, la Audiencia no pudo saber que la comparecencia ante el Juez titular del Juzgado núm. 7 se celebró con anterioridad a la solicitud presentada por el abuelo del menor en el Decanato (pues en las actuaciones consta, en demérito de la verdad, lo contrario), ni que el asunto se derivó por el Decanato al Juzgado de Familia por virtud de una deliberadamente errónea indicación del Letrado Sr. Justo, abogado del padre en el procedimiento de divorcio, siendo así que, como ya se ha dicho, aparecen indicios suficientes de que el Sr. Federico y dicho Sr. Justo tuvieron algún contacto o conversación relativo al asunto con anterioridad a la presentación de la solicitud, y una vez que se había pulsado informalmente la opinión del titular del Juez de Violencia sobre la Mujer.

- La Audiencia no pudo saber que la consulta verbal al Ministerio Fiscal se produjo con posterioridad a la celebración de la comparecencia, por lo que se impidió que el Ministerio Fiscal pudiese asistir a la misma e informar con conocimiento de la singularidad del caso, y advertir acaso la maniobra urdida para hacer llegar el caso al Juzgado núm. 7; sin que por otra parte (aunque esto sí podía deducirse por la Audiencia Provincial) existiese ningún inconveniente para posponer al día siguiente la comparecencia si se pretendiese la efectiva intervención del Ministerio Fiscal en la misma.

La Audiencia no pudo saber que la copia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 4 no se presentó en el Decanato, por lo que no pudo tenerla en cuenta para asignar el asunto por antecedentes, pues ni siquiera le constaba que los padres estuvieran divorciados ni que hubiera previsión judicial sobre la cuestión que se suscitaba; siendo así que, según se dijo, puede indiciariamente partirse de que dicha copia quedó en poder del Sr. Federico y fue incorporada materialmente al procedimiento una vez que el asunto se repartió.

- La Audiencia no pudo considerar la posible existencia de los aludidos contactos previos al procedimiento (que en el auto de 27 de abril de 2011 se afirman como

probables por indicios) entre D. Federico y D. Justo (cuya intervención en el procedimiento de medidas cautelares no fue directa y formal, pero sí importante), en los que el Juez hubiese formado un prejuicio que a la postre resultase decisivo.

- Sobre todo, la Audiencia no ha considerado ni siquiera, por no constarle, la posibilidad de que el auto de 30 de marzo de 2010 se hubiese dictado con voluntario desprecio a la verdad por parte del querellado, lo que explicaría que no hubiese intentado averiguarla citando a la mujer para que explicase si había decidido incumplir el mandato judicial. Desprecio procesal a la verdad que, junto con la indebida utilización de lo dispuesto en el artículo 158.4 CC. constituye, como ya se razonó, el núcleo de la imputación por prevaricación procesal, habida cuenta de que ya se dijo que lo prevaricador no era tanto el contenido en sí de la resolución (que, junto con la competencia, fue lo analizado por la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación), sino por la inexistencia de un verdadero procedimiento tendente a valorar la realidad de los hechos afirmados por el allí demandante y pronunciarse por tanto sobre la necesidad de la medida que se solicitaba. De tal modo que, de confirmarse que la resolución que se enjuicia es resultado de las indiciarias conversaciones extraprocesales referidas con un Letrado, y no de una convicción formada procesalmente sobre la existencia de un perjuicio o peligro inminente para el menor insubsanable por los cauces preestablecidos, ésta podría entonces ser calificada como “injusta” a sabiendas.

Todo ello se indica no naturalmente para discutir el criterio de la Audiencia Provincial, sino para argumentar que este Instructor se halla, por razones procesales (es decir, por haber tenido ocasión de investigar con los medios de un procedimiento penal todo el contexto procesal y extraprocesal de la resolución analizada), en mejores condiciones que los magistrados de la Audiencia Provincial de Sevilla para abordar indiciariamente la delicada cuestión de la justicia o injusticia de la resolución dictada, por lo que la discrepancia de criterio entre uno y otro órgano judicial, lejos de ser excluyente de plano de la prevaricación, se debe sólo a que las referencias de hecho tenidas en cuenta por uno y otro órgano son diferentes.

Así, en definitiva, lo relevante a efectos de este procedimiento no es ya la discrepancia sobre la interpretación del artículo 158 CC. o sobre las normas de competencia entre Juzgados, sino sobre todo algo sobre lo que la Audiencia Provincial no ha podido pronunciarse en el ejercicio de su competencia funcional y con las referencias de hecho de que disponía: si el Juez adoptó la medida que se le solicitó no para proteger al menor de un perjuicio o peligro realmente existente y cierto, sino sobre la base de un prejuicio formado por informaciones extraprocesales provenientes del Letrado del padre del menor cuya veracidad no quiso deliberadamente ser comprobada, pudiendo serlo, cuestión ésta que no pudo ser valorada por la Audiencia Provincial de Sevilla en su auto de 8 de junio de 2011.

Cierto que, entonces, el supuesto dolo prevaricador no parece referido a la injusticia del contenido de la resolución (probablemente el acusado creyó estar

arreglando un problema) sino a la efusión deliberada de los condicionamientos procesales básicos de la misma (prefirió 'resolver' en vez de 'derivar' al asunto a su sede natural aprovechando un reconocible ardid de abogado, y quiso hacerlo con prisa y por la vía directa, no porque una razón de urgencia lo requiriese justamente aquella mañana, sino para que una mínima y exigible investigación de la verdad no le "complicara el asunto" y le hiciera comprobar que acaso la medida solicitada carecía de toda justificación jurídica y apoyo fáctico). Lamentablemente el Código Penal no distingue entre uno y otro tipo de prevaricación (procesal y sustantiva) en cuanto a las consecuencias del delito, pero sobre eso ya se reflexionó en el auto de 27 de abril de 2011, al calificar las consecuencias penales del tipo penal de la prevaricación como quizás desproporcionadas para este caso concreto y sugerir la aplicación de lo dispuesto en el artículo 4.3 del Código Penal, que no compete al Instructor.

En consecuencia, subsisten íntegramente las razones por las cuales el Instructor acordó la continuación de la causa por los trámites del procedimiento abreviado, que ahora se convierten en razones para acordar la apertura del juicio oral respecto del acusado D. Federico.

SEGUNDO.- Los hechos narrados en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal se imputan, entre otros, a quien los realizó en su calidad de Magistrado-Juez en el ámbito o con ocasión del ejercicio de su cargo judicial, dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 73.3.b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es la Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, como Sala de lo Penal, la que goza de competencia para el conocimiento y fallo de la presente causa.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 783.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal procede fijar a los imputados fianza suficiente para garantizar las responsabilidades pecuniarias, en concepto de multas y costas, a que hubiere lugar, formándose con testimonio de esta resolución la correspondiente pieza separada. Teniendo en cuenta las penas pecuniarias solicitadas por el Ministerio Fiscal, y lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede fijar la cuantía de la fianza en 7.200 e, dando opción al acusado a que la preste en cualquiera de las modalidades previstas en el artículo 591 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

CUARTO.- No procede el establecimiento de ninguna medida cautelar de carácter personal al no haber sido solicitada por ninguna de las acusaciones, ni considerarlas necesarias este Instructor.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso, el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor

DISPONE

Que, teniendo por evacuado el trámite de acusación por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, se acuerda la apertura del juicio oral contra el acusado D.

Federico, a celebrar, como órgano competente, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, actuando como Sala de lo Penal; y habiéndose personado ya el acusado en estas actuaciones, désele traslado a su representación procesales de los escritos de acusación y del procedimiento por medio de fotocopias para que, en el plazo de diez días, proceda a presentar su escrito de defensa.

Que se requiera al acusado para que preste fianza por la cantidad de 7.200 euros para hacer frente a las responsabilidades pecuniarias y costas a que en su día pudiera condenársele, haciéndole saber que podrá prestarla en cualquiera de las modalidades previstas en el artículo 591 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y embargándosele bienes suficientes para cubrir esa cuantía en el caso de que no preste dicha fianza en el término de diez días.

Fórmese la correspondiente pieza separada de responsabilidad civil del acusado, que se encabezarán con testimonio de esta resolución.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a todas las partes personarlas.

Póngase la presente resolución mediante el correspondiente oficio en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial.

Así por este Auto, que es firme y no susceptible de recurso alguno, lo acordó, mandó y firmó el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor, de lo que doy fe. Miguel Pasquau Liaño.