

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 299-2013, promovido por don Francisco de Asís Serrano Castro, representado por el Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García, bajo la dirección del Letrado don Fernando Rodríguez Galisteo, contra el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2012, aclarado por Auto de 20 de noviembre de 2012, por el que se acuerda no haber lugar a admitir a trámite el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la Sentencia núm. 571-2012, de 29 de junio, por la que se estima el recurso de casación número 2171-2011, interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía núm. 15-2011, de 13 de octubre, dictada en el procedimiento abreviado número 1-2011, y se condena por un delito de prevaricación judicial doloso. Ha comparecido doña Rosario Isabel Hinojosa Picón, representada por el Procurador de los Tribunales don Roberto Granizo Palomeque, bajo la dirección del Letrado don Antonio Miguel Vázquez Barragán. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. El Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García, en nombre y representación de don Francisco de Asís Serrano Castro, bajo la dirección del Letrado don Miguel García-Diéguez López, interpuso demanda de amparo contra las resoluciones que se mencionan en el encabezamiento, mediante escrito registrado en este Tribunal el 17 de enero de 2013.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) El demandante de amparo, entonces Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla, dictó el 30 de marzo de 2010 un Auto en el que resolvió una solicitud de medidas cautelares urgentes instadas por el abuelo paterno de un menor, a tal fin oyó en comparecencia al menor. Dicho Auto adoptó como medida cautelar la prolongación hasta el viernes 2 de abril de 2010 el periodo de estancia de vacaciones con el padre a fin de asegurar que el menor pudiera salir en la madrugada como paje con una Cofradía – el régimen de visitas del padre expiraba el miércoles 31 de marzo de 2010 y debía devolver ese día a su madre al menor-.

Dicho Auto fue recurrido en apelación y resuelto por Auto de 8 de junio de 2011, dictado en el rollo de apelación civil núm. 5340-2010, desestimando los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la demandada, confirmándolo en toda su integridad. A esos efectos, la parte relevante de la fundamentación del Auto es la siguiente:

“[...] no puede esta Sala declarar la nulidad interesada por falta de competencia objetiva y funcional del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Familia [...] si bien es cierto, que el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 4 de esta ciudad que conoce de los autos de divorcio contencioso de ambas partes bajo el núm. 116/2009, dictó auto de medidas provisionales con fecha 26 de enero de 2010 [...] también lo es, no solo que por el titular del Juzgado de Primera Instancia nº 7 (Familia) de esta ciudad, al que se había turnado la correspondiente solicitud, incoó el oportuno procedimiento de medidas cautelares urgentes a tenor de lo dispuesto en el art. 158 de nuestro C.C. dada la petición expresa contenida en aquella de fecha 30 de Marzo de 2010 (Martes Santo) suscrita por el abuelo paterno del menor [...] para que aquél pudiese realizar la estación de penitencia como paje en la Hermandad del Silencio durante la madrugada del Jueves al Viernes Santo, al haber discrepancia entre los progenitores; sino que explorado el menor en relación a la solicitud formulada (quién manifestó expresamente su deseo y que se encontraba en una situación de angustia ante las dudas generadas sobre su posible salida procesional), por parte del Juez “a quo” se dictó “inaudita parte” resolución al amparo de aquél precepto para que éste último pudiera realizar la estación de penitencia con su cofradía y garantizar el interés del mismo. Así las cosas, justificado el precitado artículo 158 de nuestro C.C. por la celeridad que la satisfacción de los menores impone y el carácter tuitivo, garantista y protector de los mismos, las medidas que los jueces pueden adoptar, se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paternofiliales [...]; por lo que partiendo de este contexto y ante la solicitud formulada por el abuelo paterno Sr. Navarro García y el expreso deseo manifestado en la comparecencia ante el Juez “a quo” por parte del menor, esta Sala en atención a las razones de urgencia y necesidad estima competente al Juzgado de Primera Instancia nº 7 (Familia) de esta ciudad para incoar y conocer del presente procedimiento entablado, ya que aquél precepto permitía adoptar las medidas necesarias para tutelar y proteger los intereses del menor de referencia incluso “inaudita parte” o de oficio por dicho órgano [...] por lo que la competencia del

Juzgado de Familia en el supuesto de autos difícilmente puede ser cuestionada y ello con independencia del desarrollo de otros procesos ya entablados (conviene recordar, que no nos encontramos ante una discrepancia en el ejercicio de la patria potestad o ante una modificación sustancial del régimen de estancia, comunicación y visitas, sino ante una medida puntual y cautelar en evitación de un perjuicio al menor de referencia). De ahí, que desde la perspectiva de la legalidad sustantiva y procesal ordinaria, sea procedente la desestimación de sendas pretensiones de nulidad articuladas tanto a través del recurso interpuesto como vía de impugnación a la resolución recurrida, sin olvidar que autorizada la específica y puntual salida procesal del menor por el Juez competente, se habría producido el agotamiento sobrevenido del objeto del proceso entablado.”

b) Previamente, el 18 de mayo de 2010 se registró ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (en adelante TSJA), una querrela criminal contra el demandante, por delitos de prevaricación, cohecho, violación de secretos, y lesiones, que tenían su sustento en la actuación del Magistrado en dicho procedimiento. Tras el correspondiente procedimiento, la Sentencia de la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de octubre de 2011, dictada en el procedimiento abreviado 1-2011, absolvió al ahora demandante de amparo del delito de prevaricación dolosa y le condenó por un delito de prevaricación culposa a la pena de dos años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, costas e indemnización a la perjudicada. La Sentencia consideró probados los siguientes hechos:

(i) En el marco de un procedimiento de divorcio seguido por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 4 de Sevilla se dictó un Auto de medidas provisionálsimas en el que se acordó, entre otros extremos, la atribución a la madre de la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio y un régimen de visitas que, por lo referido a la vacaciones de semana santa, tendría dos turnos que se extendían, el primero, hasta el miércoles santo a las 14:00 horas y, el segundo desde ese momento hasta el domingo de resurrección a las 20.00 horas a elección, en años pares, del padre. El Auto incluía una mención a que “ambos progenitores respetará el deseo de los hijos de tomar parte en las estaciones de penitencia de las hermandades a que pertenecen”.

(ii) En la semana santa de 2010 los hijos menores estaban en compañía del padre en el primer turno, por lo que debía hacer entrega de los mismos a la madre el miércoles santo a las 14:00 horas. Durante este turno se suscitó el deseo del menor de salir en procesión con una hermandad en la madrugada del viernes santo, lo que se hizo saber por los abogados del padre a la abogada de la madre, quien requirió conocer más detalles. Los abogados del padre, al

considerar que la respuesta podría interpretarse como contraria a permitir la salida procesional, se entrevistaron con el titular del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 4 de Sevilla que afirmó que todo el proceso estaba bien descrito en el auto de medidas provisionales y que no podía por el momento tomar otras decisiones. El abuelo paterno se citó con unos letrados para “iniciar una estrategia procesal distinta y canalizar la petición de salida procesional ante el Juez de Familia Sr. Serrano” mediante una solicitud de medidas cautelares a instancia del abuelo, manteniendo al margen al padre.

(iii) El martes 30 de marzo de 2010 hacia las 10 o 10:30 de la mañana se personaron en el Juzgado de Familia núm. 7 de Sevilla, del que es titular el ahora demandante de amparo, el abuelo, el padre y el menor junto con un abogado. La Sentencia expone en su hecho probado tercero lo siguiente:

“Abuelo y nieto son recibidos por el Sr. Serrano en su despacho, en el que estaba presente la Sra. Secretaria y una funcionaria trabajando en otros expedientes, quedando afuera, en el pasillo, mientras tanto el padre del menor y el abogado Sr. Blanco. El abuelo manifestó la situación y el deseo del menor de salir en la referida procesión, tras lo cual el Sr. Serrano les indica que habrían de presentar una solicitud de medidas cautelares en el Decanato para que fuese turnada.

Mientras se desarrollaba la referida comparecencia o conversación, entró el Letrado Sr. Moeckel, que acudió a tales efectos en compañía del Letrado Sr. Requena Maldonado, Moeckel entró en el despacho del Sr. Serrano, estableciéndose entre ambos una conversación cuyo contenido se desconoce, al tiempo que le entregó el Auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer al que se ha hecho referencia en el apartado primero [...]

Seguidamente, el Sr. Serrano contactó telefónicamente con el Juez Decano de Sevilla a quien comentó la referida comparecencia del abuelo y el menor y "que se iba a presentar para reparto una solicitud urgente".

Se levantó un acta de comparecencia del menor y del abuelo en que se recoge la manifestación del menor de su deseo de salir en procesión y de que “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 (...)”. El acta se confeccionó en un modelo de otro procedimiento elegido al azar entre los que se gestionaban informáticamente por lo que el NIG correspondiente a dicho procedimiento quedó impreso en el folio en que se redactó el acta y que fue firmado por los intervinientes, quedando grabado este acto procesal como propio de dicho procedimiento.

(iv) El abogado redactó una solicitud de medidas cautelares que fue entregada ese mismo día en la sección de reparto del Decanato. El abogado que entregó la solicitud indicó a la

funcionaria de la sección “que se trataba de un asunto urgente y que `debía ser turnado al Juzgado nº 7, por lo que la referida funcionaria indicó que debía hacerse constar en el escrito el nº de Juzgado al que se refería, así como el NIG correspondiente”. El abogado de su puño y letra hizo constar en el escrito dichas circunstancias poniendo la numeración del NIG que aparecía en el acta de comparecencia, pero sin entregar ni el auto de medidas provisionales del Juzgado de Violencia sobre la Mujer ni el acta de comparecencia del abuelo y el nieto. El asunto fue turnado al Juzgado de Familia núm. 7 como supuesto de medidas cautelares urgentes. Las normas de reparto vigentes en ese momento determinaban que “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”.

(v) El acusado fue a dependencias de la Fiscalía a comunicar la solicitud entrevistándose con una Fiscal, al no encontrar al Fiscal de permanencia. Tras comentar, sin mostrar ninguna documentación, “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 por la madrugada del viernes santo”, la 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”.

(vi) El acusado dictó providencia en esa misma fecha de 30 de marzo de 2010 acordando oír al abuelo y al nieto, poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que informe sobre si procede la adopción de alguna medida, y solicitar del proponente que indicara los domicilios de los progenitores. Tras ello, acordó unir a las actuaciones el acta de comparecencia del abuelo y el nieto ya celebrada sin volver a repetirla ni practicar ningún acto procesal. Igualmente ordenó que se extendiera una diligencia de constancia en que la Secretario de Justicia hizo constar que “SS^a se desplaza a la Fiscalía comunicando a la Fiscal D. (...) 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 por la próxima madrugada del viernes Santo, informándome SS^a que el Ministerio Fiscal ha informado al respecto verbalmente que se acuerde lo procedentes atendiendo a la voluntad expresada por el menor”. También se acordó unir una fotocopia del auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 4 de Sevilla que había quedado en poder del acusado. El acusado, toda vez que la funcionaria interviniente le señaló que el NIG que aparecía en el acta de comparecencia no se correspondía con el procedimiento correcto recién aperturado, “indicó a dicha funcionaria que suprimiera del primer folio de la comparecencia los

datos referentes al NIG e imprimiera de nuevo el primer folio de la misma con ese dato suprimido, dejando exactamente igual el segundo folio del original (...)” que era en el que constaban las firmas de los intervinientes. Finalmente, el acusado dictó y firmó Auto resolviendo sobre la medida cautelar solicitada, accediendo a que el retorno con su madre se produzca el viernes 2 de abril a las 11:00 horas, para que el menor pudiera salir en la cofradía “sin trámite procesal alguno, sin dar traslado ni pedir informa al Ministerio Fiscal, sin oír previamente tampoco a ninguno de los progenitores del menor (...) pese a conocer sus domicilios, que venían expresamente señalados en la comparecencia inicial”.

c) La Sentencia expone, a los efectos de delimitar la materia objeto de enjuiciamiento, que este no radica en la valoración en abstracto de la decisión de autorizar a un menor salir en procesión, si dicha decisión está amparada en el art. 158 CC en uso de facultades competencia del Juzgado número 7 de Sevilla o si puede aplicarse el artículo 158 CC *inaudita parte* a menores en situación de peligro, que son los aspectos enjuiciados en apelación por la Audiencia Provincial, sino que, “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. Serrano: 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 Serrano 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” (fundamento de derecho primero).

En ese mismo sentido, la sentencia expone que “[e]n 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 de 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. Serrano 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” (fundamento de derecho primero).

La Sentencia establece en el fundamento jurídico séptimo que el tipo de prevaricación dolosa exige “un dolo reforzado consistente en la voluntad consciente dirigida al dictado de una resolución injusta, haciéndola equivalente al dolo directo” y, en el fundamento jurídico octavo, al argumentar acerca de la posible responsabilidad dolosa del acusado, descarta su existencia, argumentando lo siguiente:

“[p]ara ello debía haberse acreditado suficientemente en autos, cuando menos, un concierto previo para el resultado procesal que valoramos. Sin embargo, a juicio de esta Sala, no ha quedado debidamente acreditado ése 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. Moeckel con el acusado Sr. Serrano acerca del asunto que llegó a su conocimiento [...]. 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"; [...]

[...] [L]o 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. Serrano debe ser absuelto del delito de prevaricación dolosa, previsto y penado en el art. 446 del Código Penal”.

La sentencia, en el fundamento de derecho noveno, al sustentar la responsabilidad penal de acusado por un delito de prevaricación culposa, señala que

“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 a juicio 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 convivencia 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. Serrano 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. Blanco 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".

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

La Sentencia incluye un voto particular discrepante en que se sostiene que a partir de los hechos declarados probados no puede afirmarse el carácter manifiestamente injusto de la actuación de acusado ni siquiera en su vertiente procedimental.

d) La acusación particular formuló recurso de casación, alegando, entre otros motivos, infracción de ley del art. 849.1º LECr, por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter, como serían el art. 158.4 CC y el art. 87.ter.3 LOPJ. A esos efectos, en el desarrollo de este motivo, se argumenta que está probado que el acusado tuvo conocimiento del Auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 4 de Sevilla respecto de las medidas provisionales adoptadas y que la conclusión de condenar por una simple prevaricación culposa choca con el texto literal del artículo 158 CC y con todas las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el mismo que solo habilita a acudir al mismo ante situaciones gravísimas. De ese modo, se concluye que el acusado “actuó a sabiendas de que tal instrumento legal no era adecuado para las circunstancias de aquella causa, y que con su utilización se estaba burlando (...) al juez competente”. Igualmente, se pone de manifiesto el tenor literal del art. 87.ter.3 LOPJ en que se señala que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil en determinados supuestos que aquí concurrían. Finalmente se expone que “[p]or tanto, la acusación particular considera con todo respeto que se debe casar la Sentencia 15 de 13.10.201 dictando otra que sentencie al acusado por un delito de prevaricación dolosa (...)”.

Este motivo de casación fue objeto de alegación por el Ministerio Fiscal, que solicitó su inadmisión al no haberse citado expresamente ningún precepto penal sustantivo como infringido, pero señalando que “tratando de respetar la voluntad impugnativa del recurrente, habremos de indicar que el relato histórico de la sentencia, especialmente en su apartado 6º se describen unos hechos que resultan adecuadamente subsumidos en el art. 447 CP, con el complemento, si fuere necesario, del FJ 9º de la sentencia, a través del que el Tribunal proporciona las razones por las que descarta la calificación dolosa de la acusación particular y se decanta por la vía culposa del delito”. Igualmente, el recurrente impugnó este motivo de recurso, instando su inadmisión por no citarse ningún precepto penal sustantivo como infringido y señalando, en relación con la

referencia de que el art. 158 CC no era aplicable al caso al constar ya un conocimiento previo del asunto por el Juez de Violencia que “no razona ni explicita dicha postura, omitiendo una mínima cita de la doctrina científica o jurisprudencial que sostenga dicha inaplicabilidad. Es más, a juicio de la recurrente es la sobrada experiencia del Juez Sr. Serrano y sus conocimientos en la materia (que son predicados de forma reiterativa por la recurrente) los que `prueban´ que aquél actuó de forma contraria a lo que su deber como Juez le imponía la Ley, echando mano de argumentos que rozan el absurdo y se alejan de cualquier idea acerca de cómo debe redactarse un recurso de casación”.

e) El recurrente también formuló recurso de casación, alegando, entre otros motivos, que la sentencia de instancia ha vulnerado el “principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes que conculca el derecho (...) a la tutela judicial efectiva, en la medida de que existen dos resoluciones judiciales firmes y definitivas del órgano genuinamente competente para conocer de la adecuación a derecho de la resolución dictada, habiendo sido declarado por dos veces la resolución (...) ajustada a derecho”; y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), “en relación con el art. 120.3 de nuestra Carta Magna en su vertiente de motivar las resoluciones judiciales, no haciéndose en la Sentencia análisis alguno del contenido de los dos Autos dictados por la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla que declaran ajustada a Derecho desde el punto de vista de la legalidad ordinaria sustantiva y procesal la actuación (...)”. Igualmente, aduce como motivo de casación la vulneración del art. 24.2 CE “por infracción del derecho fundamental a ser informado de la acusación, con quiebra del principio acusatorio, produciendo efectiva indefensión e infracción del principio de homogeneidad delictiva”, argumentando que “ha sido condenado por un delito del que no ha sido acusado en ningún momento (...) no guardando homogeneidad delictiva el delito objeto de acusación con el que finalmente ha sido condenado”.

f) Las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 571-2012, de 29 de junio, acordadas en el recurso de casación núm. 2171-2011, declararon no haber lugar al recurso interpuesto por el ahora demandante de amparo y haber lugar al recurso interpuesto por la acusación particular, y condenaron al acusado como autor de un delito de prevaricación judicial doloso a la pena de multa de doce meses con una cuota diaria de 6 euros y la inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado durante 10 años, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y honores que le son anejos, así como la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del poder judicial.

La sentencia de casación, en el antecedente de hecho séptimo, afirma que “[e]l magistrado imputado en los hechos asistió a la vista del recurso de casación ocupando un lugar en el estrado junto a su abogado defensor con el que comunicó y en algún momento expuso su opinión sobre el contenido de su defensa y de los recursos planteados”. Se incluye un fundamento de derecho preliminar, en que, tras haberse expuesto en el antecedente de hecho primero una transcripción íntegra de los hechos probados de la resolución de instancia, se sintetiza esa declaración de hechos probados para poder abordar los diferentes motivos de casación. En la segunda sentencia de casación como antecedente único se hace constar que “se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Granada”.

La sentencia de casación incluye un fundamento de derecho preliminar en que, haciendo una síntesis de los hechos declarados probado en la sentencia de instancia, incluye lo siguiente:

“El martes 30 de marzo acuden al Juzgado el abuelo y el menor, mientras el padre se queda en el pasillo, entran al despacho del juez y con la presencia de los abogados que le acompañaban, realizan una comparecencia que dicta el propio magistrado acusado. En el curso de la comparecencia, mantienen una conversación los abogados con el juez “cuyo contenido se desconoce” al tiempo “que le entregó el auto del juzgado de violencia sobre la mujer” de medidas provisionales.

[...]. Mientras esto ocurre, el letrado del abuelo del menor, “siguiendo las indicaciones del Sr. Serrano”, redactó un escrito de petición de las medidas cautelares del art. 158 CC. [...].

Recibida la documentación del decanato, el magistrado acusado dicta providencia [...]. En su ejecución incorpora la comparecencia del menor y abuelo anteriormente recibida que realiza sobre un nuevo papel para evitar la anterior identificación del sistema informático, la que sirvió como antecedente para el reparto del decanato, y hace constar, por diligencia de constancia, la conversación mantenida con la representante del Ministerio Fiscal [...].”.

En relación con el primer motivo de casación de la acusación particular, se argumenta que si bien la impugnación no es del todo precisa, ya que se designa como precepto penal sustantivo uno del Código civil y una norma de la LOPJ atributiva de las competencias de los juzgados de violencia contra la mujer, eso “no supone que no podamos analizar la impugnación y darle el contenido preciso que resulta de la argumentación del motivo en lo que refiere el error en la aplicación de los precepto que designa. Entiende, y es el fundamento de su queja, que se debió de calificar de dolosa la prevaricación que el tribunal de instancia ha declarado imprudente y si no lo ha hecho, afirma en el recurso, ha sido por una defectuosa interpretación de los artículos del Código civil y de la Ley Orgánica del Poder Judicial que designa. Consecuentemente, su

razón de recurrir es clara y así ha sido entendido por la defensa” (fundamento de derecho primero). De ese modo, en relación con el carácter injusto de la resolución, en el fundamento de derecho tercero se expone que:

“1.- El auto de 30 de marzo de 2010 es el objeto del delito de acusación. En éste el magistrado imputado acuerda la medida cautelar de posponer la entrega del menor a la madre, para que pueda asistir a una procesión de Viernes Santo y lo hacen en un proceso en el que conoce que otro juez había intervenido y no existía una razón de urgencia para sustituirle en su competencia. Además a éste juez le había sido planteada la cuestión y la resolvió en un sentido que no agradó al padre del menor. Esta es la resolución cuya injusticia hemos de analizar a la luz de la acomodación a la legalidad según las opciones jurídicas defendibles

La sentencia de instancia califica dicha resolución de manifiestamente injusta y lo hace, fundamento décimo, con una argumentación que consideramos correcta. Bastaría con reproducirla para afirmar ese presupuesto del delito de prevaricación. Sintéticamente, la resolución es injusta porque vulnera la norma de atribución competencial, pues existe un juzgado que conoce del conflicto y es el llamado a dirimir los que se planteen en un futuro, sobre todo en un supuesto como el de autos en el que el juez de violencia sobre la mujer ya había intervenido en el mismo conflicto, sugiriendo una composición entre los progenitores, por remisión a su resolución, lo que no fue del agrado de la defensa del padre. Ese desacuerdo con la resolución del juez de violencia fue el que desencadena una actuación posterior de los letrados del padre, buscando un juez que les solucione el conflicto de acuerdo a sus pretensiones. El juez condenado conocía esa actuación del juez competente, al menos sabía que el conflicto estaba judicializado en otro órgano judicial y, no obstante, se presta a intervenir en los términos que se declara probado, esto es, sustrayendo el conflicto al juez prevenido legalmente. En este contexto se producen nuevos hechos, reveladores de una actuación contraria al ordenamiento jurídico, como es que el juez acepte la comparecencia; que indique al Letrado que formule la petición del art. 158 Cc; habla con Fiscalía, que debe informar sobre la legalidad aplicable al conflicto. En una conversación, que sólo puede ser calificada de informal, obtiene de un representante del Ministerio público lo que no es sino una obvedad, que deberá actuarse en interés del menor. La representante del Ministerio fiscal con la que habla el magistrado acusado no lo hace en un proceso, sino lo hace con un compañero que le efectúa una consulta o un comentario. Es por ello que la representante del Ministerio fiscal comenta el asunto con su compañero de fiscalía, que debe informar en la causa, a quien narra su conversación anterior y le anuncia que llegará la causa para informe, lo que no sucederá. El magistrado condenado sustituirá ese informe con una diligencia de constancia, que él redacta, usurpando funciones del Secretario judicial, con el siguiente contenido "que se estuviera a la voluntad del menor". En el curso de su procedimiento, nos dice el hecho probado, habla en dos ocasiones con el decanato para interesarse por el reparto de la comparecencia. Del decanato le es atribuido el conocimiento de los hechos por antecedentes, aunque el juez hace figurar que le ha correspondido por reparto y acuerda por providencia que se les oiga, al abuelo y al menor, lo que había realizado con anterioridad mediante una comparecencia. Altera el soporte documental de la comparecencia para evitar la identificación de la misma correspondiente a otra causa

tramitada en su juzgado y que sirvió para que le fuera turnada por antecedentes. No da traslado de las actuaciones a los progenitores, pudiendo hacerlo, pues el padre se encontraba presente, o mejor dicho, en el pasillo de su juzgado, y la madre, ni siquiera fue convocada para ser oída. Además, y no obstante esa falta de audiencia, argumenta en la resolución que "es incomprensible que cualquiera de los progenitores siempre ponga obstáculos a lo que constituye su inequívoco deseo". Esta afirmación carece de base, pues el magistrado que dicta esa resolución ni tiene antecedentes del conflicto ni ha oído en comparecencia a la madre. Son los conocimientos extraprocesales a los que alude la sentencia. En la misma resolución va a volver a calificar la conducta de la madre de incomprensible, lo que tendrá su eficacia posterior cuando el hecho alcance notoriedad en los medios de comunicación social con intervenciones del propio juez en los mismos, comentando su propia resolución. Por otra parte, es evidente que el auto dictado no dirime un conflicto, función principal de la jurisdicción, sino que por la forma de actuar ha creado un nuevo conflicto en el matrimonio en proceso de separación y sus relaciones con el hijo, dada la desautorización hacia la madre que se patentiza en el auto. Por último, la actuación jurisdiccional que carece de base competencial y que no ha seguido las reglas del proceso debido, se adopta sin argumentar nada sobre los presupuestos de la actuación cautelar, la situación de peligro o el perjuicio del menor. Nada se dice sobre la concurrencia de esos presupuestos de actuación, sólo se afirma su concurrencia, ni tan siquiera sobre la urgencia de la procedencia de la medida cautelar que adopta y la razón para sustituir al juzgado competente. Ha de recordarse que el juzgado de violencia tenía el mismo ámbito de competencia objetiva y territorial y no existía ningún obstáculo a su intervención, a salvo de la falta de acomodación de la respuesta a la pretensión de la parte que interesó el retraso en la devolución de los hijos. Es cierto que el art. 158 Cc no dispone un procedimiento de adopción de la decisión, pero no ha de olvidarse que ese precepto no es procesal, es una norma que habilita una actuación jurisdiccional, y que el principio de contradicción es esencial y básico en nuestro ordenamiento jurídico y solo puede ser enervado en caso de imposibilidad constatada o de urgencia reconocida, de lo que deberá hacerse constancia en la resolución.

Únicamente, desde una motivación de la urgencia y la necesidad de evitar perjuicios y actuar el interés del menor, podría justificarse una atribución competencial y una medida cautelar como la adoptada.

Tal cúmulo de actuaciones injustas, que afectan a la competencia objetiva del juzgado, a la conformación de su competencia a través del reparto de asuntos, a la observancia del proceso debido y, en fin, al propio contenido material de la decisión hacen que, deba ser tenida por resolución injusta, no solo por el contenido material de la resolución sino por todo el proceso seguido para su adopción.

2.- Hemos dicho que asumíamos la argumentación del Tribunal Superior de Justicia sobre la existencia de una resolución manifiestamente injusta, si bien hemos de poner de manifiesto alguna contradicción en la que incurre. Entendemos que no es plausible afirmar, de una parte, que no existe concierto entre el magistrado acusado y los abogados de la parte, para atraer una competencia sobre el hecho y, de otra, que el juez imputado se ha convertido en instrumento de parte y ha instrumentalizado el proceso convirtiéndose "el Juez de familia en instrumento, por temeridad y negligencia grave, de un ardid procesal sin desplegar las mínimas garantías y equilibrios procesales". Ello sólo sería posible si se entendiera que el juez ha actuado como un instrumento que ha obrado sin dolo. Esa consideración de mero instrumento

se compagina mal con la actuación del juez que recibe al menor y su familia, realiza la comparecencia, y altera el escrito de comparecencia inicial para evitar poner de manifiesto la utilización de las diligencias de otra causa, precisamente las que fueron empleadas en el decanato para asegurar la remisión al juzgado número 7 (de Familia); dirige al letrado en su comportamiento procesal; comunica con fiscalía y documenta esa conversación informal como si se tratara de un traslado de la causa para informe de legalidad; comunica con el decanato sobre el reparto; y, por último, dicta la resolución cuya injusticia examinamos, sin fundamentar ni la urgencia, ni la competencia, ni los presupuestos que permiten la actuación bajo el amparo del art.158 del Código civil.

En todo caso, la resolución injusta no se asienta en la connivencia con los letrados de la parte para atraer la competencia, sino en el acto propio del juez por el que actúa una competencia que no tenía y dicta la resolución sin la mínima observancia del principio de contradicción y sin la argumentación precisa sobre los presupuestos de la adopción de la medida adoptada.

3.- Abordamos ahora el análisis de la resolución desde la perspectiva del art. 158.4 del Código civil, lo que realizamos desde la propia resolución. Coincidimos con la argumentación del tribunal de instancia en cuanto, en principio, la resolución presenta serios problemas de licitud toda vez que se dicta por un Juez que no era el llamado a conocer de la causa, que no establece el debido sistema de contradicción a través de los necesarios trámites de audiencia a las partes interesadas, obviamente los padres y el Ministerio fiscal; sin que, como señala la sentencia impugnada analizara, en su entera dimensión, los presupuestos de aplicación de la medida cautelar, esto es, el peligro y el perjuicio al menor. Se limita a señalar su concurrencia sin explicar, de forma razonable y coherente, la razón de su concreta concurrencia en el caso.

El auto carece de argumentación sobre los presupuestos de la actuación de la medida cautelar, no sólo los que fundamentan su competencia objetiva sino también los que fundamentan su resolución. Esa ausencia de motivación convierte a la resolución en un acto de ejercicio de la autoridad desprovisto de razonabilidad, contraviniendo el art. 120 y 24 de la Constitución que exige la motivación de las resoluciones judiciales. La simple exposición de los hechos de la comparecencia no es la motivación de la resolución que aplica una medida cautelar que deja sin efecto unas medidas provisionales dictadas por otro juzgado en la misma sede y con competencia sobre ese objeto. No es suficiente la exposición de unos hechos en síntesis que el menor quería salir en la procesión con una argumentación dirigida a explicar la situación de peligro o el perjuicio que se trata de evitar.

Es cierto que el art. 158 Cc. permite al juez, de cualquier jurisdicción, adoptar unas medidas excepcionales como las que refieren sus distintos apartados, pero eso no quiere decir, que no haya límites a la decisión judicial. Los límites resultan de la urgencia del supuesto planteado, de la situación de peligro o la evitación de perjuicios, y de los requisitos derivados de un correcto ejercicio de la jurisdicción, como la contradicción efectiva entre las partes, si fuera posible, como lo era en este caso. El juez acusado nada argumenta sobre ello, la acuerda sin explicitar las razones de su adopción.

El tribunal de instancia expone, folios 20 y siguiente, los interrogantes que le plantea la actuación judicial, y concluye afirmando que la actuación del juez imputado es, desde la perspectiva de la legalidad y buen hacer judicial, arbitraria. El tribunal de instancia no se explica, porque no es lógico, la intervención del juez imputado cuando conocía otro juez que ya había resuelto; con la celeridad que lo

realizó; sin dar lugar a la intervención del Ministerio fiscal y a los padres, directamente interesados en la educación del menor y siendo posible; suspendiendo unas medidas provisionales dictadas por otro juzgado sin justificación alguna, sustantiva y de su competencia; y forzando la actuación del decanato y del Ministerio fiscal en la forma que ha declarado probada

4.- La defensa del condenado argumenta que el auto tenido por injusto en la Sentencia de la instancia fue confirmado en su integridad por la Audiencia Provincial de Sevilla, en sendos autos, uno de 8 de junio de 2011, que resuelve la apelación, y otro de 29 de septiembre de 2011, que desestima un incidente de nulidad de actuaciones. Esa confirmación de la resolución, afirma el recurrente, cuestiona la consideración de ilicitud y, sobre todo, la arbitrariedad típica de la prevaricación, máxime cuando el tribunal de instancia ha declarado que no hubo maniobra para atraer la competencia.

Examinamos el contenido de las resoluciones de la Audiencia provincial, Autos de 8 de junio y 29 de septiembre de 2011 que, respectivamente, resuelven la apelación y un subsiguiente incidente de nulidad de actuaciones. La apelación fue formalizada tanto por el Ministerio fiscal como por la acusación particular y ambos plantean su disensión por la falta de competencia funcional del juzgado nº 7, de familia; y por ausencia de observancia del proceso debido, al no dar audiencia, pudiendo hacerlo, a los progenitores; y por inexistencia de peligro y perjuicio al menor. Los tres argumentos son planteados a la Audiencia provincial que, al resolver, se limita a confirmar, sin expresar ni la razón que justifica una alteración de las normas de competencia, ni la razón que permita una actuación "inaudita parte", ni las razones que justifican la situación de urgencia, de necesidad, de peligro y de perjuicio para el menor. Se refiere a la posibilidad de una actuación como la realizada.

En efecto, la Audiencia provincial argumenta en el auto de 29 de septiembre de 2011, en el que se resuelve una nulidad de actuaciones, que "desde la legalidad sustantiva y procesal ordinaria, este Tribunal en su facultad revisora, motivó y exteriorizó el fundamento de la decisión adoptada al confirmar la resolución recurrida en cuanto a su competencia y contenido...". En el auto resolviendo la apelación, de fecha 8 de junio de 2011, el tribunal colegiado se plantea las dificultades que surgen de la concurrencia de otro juzgado, el de violencia sobre la mujer que había dictado las medidas cautelares y a quien se había planteado la cuestión y había decidido que lo resolviesen los padres, y también se plantea la cuestión referida a la falta de audición a las partes y resuelve, "en atención a las razones de urgencia y necesidad estima competente al Juzgado de primera instancia nº 7, (Familia) de esta ciudad para incoar y conocer del presente procedimiento entablado, ya que aquel precepto le permitía adoptar las medidas necesarias para tutelar y proteger los intereses del menor de referencia incluso "inaudita parte" o de oficio por dicho órgano.

Ambas resoluciones no son, desde luego, modélicas en su motivación. Se limitan a afirmar que el art. 158 permite la decisión adoptada, pero no razona en qué medida la decisión se podría adoptar, en un supuesto como el que es objeto de la causa, en el que había otro juzgado conociendo que es apartado de ese conocimiento, lo que era conocido por el Juez del Juzgado nº 7 (Familia) de Sevilla; en un proceso "inaudita parte", pese al evidente interés de los progenitores en el caso concreto, siendo factible esa audiencia; sin oír al Ministerio fiscal en un informe de legalidad y en materia que afecta a un menor; con un presupuesto de actuación, peligro y perjuicio para el menor, que ni se razona ni explica su concurrencia. El art. 158 Cc se limita a señalar el contenido de la decisión que un juez puede adoptar, pero las

circunstancias concurrentes obligaban a su adopción conforme a las exigencias del proceso debido, tanto en competencia como en el establecimiento de la contradicción y en la motivación de las medidas en lo atinente a los presupuestos de su adopción.

En las circunstancias expuestas la resolución de la Audiencia provincial, confirmando la medida adoptada no justifica la actuación judicial, ni es óbice a la consideración de la misma como resolución injusta”.

Por su parte, en relación con el elemento subjetivo, se afirma en el fundamento de derecho cuarto que “resulta clara la calificación dolosa de la conducta del acusado”, ya que “[c]iertamente, es difícil representarse un supuesto de prevaricación judicial imprudente, pues el hecho de dictar una resolución injusta por un funcionario tan cualificado como es el juez, deja poco espacio a un actuar negligente. Su ámbito de aplicación puede ser el de desatención grave de la oficina judicial causal a una actuación judicial manifiestamente injusta, lo que no es el caso de autos” (fundamento de derecho cuarto). Y se continua afirmando que “[d]esde los hechos probados surge con facilidad que el magistrado conocía los hechos en su total dimensión, la competencia de otro juzgado, conocía las medidas adoptadas por el mismo; también los deberes que le incumben en orden a la aplicación de la ley, sustantiva y procesal y, sin embargo, no actuó conforme exigía ese conocimiento disponiendo la ordenación del proceso sin observar las normas del proceso debido y aplicando la norma sin atención a los presupuestos que le facultaba actuar. Su actuar es doloso pues el autor conoce las circunstancias concurrentes y los deberes que le incumben. La resolución ha sido dictado con incumplimiento consciente de su deber jurisdiccional produciendo la resolución injusta” (fundamento de derecho cuarto).

La resolución de casación argumenta que no se ha producido vulneración alguna en relación con la existencia de sendos autos de la Audiencia Provincial de Sevilla, ya que han sido debidamente valoradas y “su contenido material no es vinculante para otros órganos judiciales” (fundamento de derecho quinto). Igualmente desestima la aducida vulneración del principio acusatorio “una vez que hemos estimado la impugnación de la acusación particular calificando la prevaricación de dolosa” (fundamento de derecho quinto).

La Sentencia incluye un voto particular discrepante redactado por dos de los Magistrados en que se sostiene que el acusado debería haber sido absuelto de todos los cargos.

g) El demandante de amparo promovió un incidente de nulidad de actuaciones alegando, como primer motivo, la “vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con especial referencia al

principio de contradicción, a la legalidad (art 25.1 y 25.2 CE) y a la igualdad en aplicación de la ley (art. 14 CE)”. Se argumenta que la sentencia de casación ha acogido el primer motivo de casación aducido por la acusación particular en que no se cita ningún precepto penal sustantivo como infringido, haciendo una interpretación de la voluntad impugnativa de que se condene por delito de prevaricación doloso y no imprudente que “no guarda ninguna correlación con la contenido en el recurso planteado por la acusación”. Además, al haberse reinterpretado la voluntad impugnativa no se ha dado la posibilidad de ejercitar con todas las consecuencias el principio de contradicción.

El demandante alegó un segundo motivo de nulidad por “vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con infracción de los principios de contradicción, inmediación y oralidad, y el derecho a la defensa”, argumentando que se había condenado en la segunda instancia por un delito de prevaricación judicial dolosa del que había sido absuelto en la instancia, sin haber dado la oportunidad de ser oído y “llevando a cabo una nueva valoración o ponderación de las pruebas personales efectuadas por el Juez de instancia, revocando su decisión absolutoria merced a una reinterpretación de tales pruebas que no han sido practicadas de forma directa y personal ante la sala revisora.

h) El Ministerio Fiscal alegó respecto del primero de los motivos de impugnación en el incidente de nulidad de actuaciones, que “no hubo en absoluto indefensión, dado que del contenido material del recurso de casación de la acusación particular tuvo conocimiento el condenado, no opuso tacha alguna a su admisión y se limitó a informar en concreta de su estimación”; que “aun siendo claras las exigencias establecidas en el art. 849.1 LECriminal, en lo tocante a la naturaleza de la norma infringida, dicho criterio no puede mantenerse de manera inflexible” y que “del contexto global de la impugnación se desprende claramente que el sentido de la misma va dirigido a la consideración de que, respetando los hechos probados, la calificación correcta debió ser la de delito doloso –como finalmente considera la Sala II TS- y no la culposo –como entendió el Tribunal Superior de Justicia que dictó sentencia en 1ª instancia-“.

En relación con el segundo motivo también el Ministerio Fiscal interesa su desestimación, argumentando que se afirma que “el tránsito de un delito en su modalidad culposa a la modalidad dolosa –delito de prevaricación ex arts. 447 y 446 CP- es una cuestión puramente jurídica que afecta a la tipicidad de la conducta imputada. Los hechos probados en la sentencia de instancia

están escrupulosamente respetados por el Tribunal de casación y la consideración dolosa del delito de prevaricación está acertada y suficientemente desarrollada en los FJ 2º y 3º de la sentencia de casación”.

i) La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por Auto de 30 de octubre de 2012, acuerda que no ha lugar a admitir a trámite la petición de nulidad de actuaciones. Respecto del primer motivo, argumenta que “tanto del escrito de la impugnación, que el ahora recurrente impugnó, como en la vista del recurso, igualmente impugnado por la defensa del imputado, resulta claramente la pretensión de revisión que formaliza la acusación particular” (fundamento de derecho primero). A ello añade, con cita de jurisprudencia constitucional respecto de que la exigencia de congruencia resulta compatible con el principio *iura novit curia*, por no resultar exigible que los órganos judiciales ajusten sus razonamientos a las alegaciones que sobre las normas realicen las partes, que “la correlación entre los argumentos del recurso y los de la sentencia no forma parte de las exigencias de congruencia entre los escritos de las partes y las resoluciones judiciales. Debe existir una correlación entre lo solicitado por la parte y la decisión jurisdiccional, pero esa correlación no se extiende a la argumentación. En todo caso, la Sentencia explica el fundamento de la subsunción en el delito doloso de prevaricación, descartando la calificación de imprudencia por la que había sido condenado” (fundamento de derecho primero). Por ello concluye que “la defensa ha podido, y lo ha hecho, defenderse de la impugnación casacional formalizada por la acusación particular conociendo el sentido y alcance de la misma” (fundamento de derecho primero).

Respecto del segundo motivo de nulidad, el auto establece que “la Sentencia no ha realizado una revaloración de la prueba, pues el hecho probado no ha sido modificado, aunque si se ha efectuado una valoración de la inferencia sobre la concurrencia del tipo subjetivo en el delito de prevaricación. Por esa razón se dispuso la presencia del acusado en la vista de la casación. Esa presencia fue solicitada por la propia defensa y autorizada por la Sala y la misma no se limitó a ocupar un lugar entre el público sino que se dispuso su ubicación en estrados, junto a su defensa” (fundamento de derecho segundo). Igualmente, en el auto se afirma que “[e]l Acta de la vista de la casación, levantada por la Secretaria Judicial, documenta esa presencia del condenado en estrados, junto a su Letrado. En el mismo sentido, el antecedente séptimo de la sentencia recoge la presencia del condenado al acto de la vista y la intervención que en la misma tuvo. Ciertamente, no fue citado a la vista sino que ante su petición, fue autorizada su presencia, sentándose en el estrado y ello en observancia de la jurisprudencia que el recurrente en nulidad

cita como fundamento de su impugnación. Su lugar en estrados, con el atuendo de quien ostenta la condición de Letrado, le autorizaba a expresar lo que le conviniera en el recurso revisor de su condena planteado por la acusación particular, como lo hizo. En efecto, el recurrente en nulidad que asistió a la vista de casación en los términos señalados intervino en la vista de la casación para reiterar lo que ya había dicho su defensa, que sus resoluciones –las que eran objeto de la condena-, habían sido confirmadas en dos ocasiones por la Sección competente de la Audiencia Provincial a quien correspondía la revisión en el recurso de apelación. Esa manifestación satisface la necesidad de audiencia establecida en los recientes pronunciamientos de la jurisprudencia” (fundamento de derecho segundo).

Por Auto de 20 de noviembre de 2012 se acordó aclarar un error mecanográfico en el Auto de 30 de octubre de 2012 en el sentido de identificar correctamente la resolución respecto de la que se había promovido el incidente de nulidad actuaciones.

3. El demandante de amparo aduce en su recurso que las sentencias impugnadas han vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por lo que solicita su anulación.

El demandante de amparo expone que la sentencia de casación ha vulnerado, en primer lugar, sus “derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con especial referencia al principio de contradicción y a la igualdad en aplicación de la ley (art. 14 CE), al haber suplido la sala sentenciadora las omisiones y errores contenidos en el recurso de casación de la acusación particular, causando efectiva indefensión (art. 24.1 CE)”. A esos efectos, se argumenta que el motivo casacional que fue finalmente estimado por la sentencia de casación, y que llevó a su condena en la segunda instancia por un delito de prevaricación judicial doloso, adolecía del defecto consistente en no citar ni basar la impugnación por el cauce concreto del art. 849.1 LEcrim en una norma penal de carácter sustantivo. Además, contenía un escaso desarrollo, ya que solo se citan como preceptos penales sustantivos infringidos los art. 158.4 CC y 87.3 LOPJ para fundamentar que debía considerarse probado que al conocer el acusado la existencia del Auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 4 de Sevilla tenía forzosamente que conocer que la competencia de dicho Juzgado era exclusiva y excluyente. Frente a ello, como se destaca en el voto particular, este motivo de casación fue reinterpretado por el órgano judicial con una argumentación que no guarda

correlación alguna con el motivo del recurso de casación. Con ese proceder se causó una absoluta indefensión, ya que finalmente se condena en virtud de argumentaciones desconocidas frente a las que la acusación no puede alegar, vulnerándose el principio de contradicción.

El demandante de amparo aduce, en segundo lugar, que la sentencia de casación también ha vulnerado “los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con infracción de los principios de contradicción, inmediación y oralidad, y el derecho a la defensa al haberse condenado (...) por un delito del que había sido absuelto en primera instancia sin haber sido oído por el tribunal de casación, llevándose a cabo por este una reinterpretación de las pruebas personales practicadas en el juicio oral”. A esos efectos, se argumenta la condena en segunda instancia lo ha sido por un delito de prevaricación dolosa del que ya había sido absuelto en la primera, sin haberse oír al demandante, contraviniendo la jurisprudencia constitucional y del TEDH en la materia. Se afirma que la sentencia de casación ha alterado la inferencia de los hechos probados, apreciando la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto sin haber oído al demandante ni a cuantos testigos depusieron en la vista oral practicada en la instancia. Se añade que la presencia del demandante en el acto de la vista fue meramente testimonial, ya que su citación en estrados lo fue como consecuencia de su dignidad de cargo que le habilitaba para ello, pero en ningún momento efectuó manifestación del derecho de defensa, ni en calidad de acusado, ni en calidad de Letrado. Se señala que no fue objeto de citación, ni personal ni a través de su representación procesal al objeto de ser oída su declaración, sino que se sentó en estrados por propia iniciativa, pero no pudo tomar iniciativa respecto de ser oído, ni en cuanto hacer alegaciones en pos de su defensa, al no aparecer dicha posibilidad prevista en el guion de la vista. También, se pone de manifiesto que el tribunal de casación no dispuso nada sobre la presencia en el acto de la vista ni sobre la necesidad de oír al demandante para efectuar una nueva inferencia que pudiera conllevar la condena por prevaricación dolosa. Se insiste en que el derecho de defensa no aparece salvaguardado por la presencia del acusado en el acto de la vista, sino, de acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional y del TEDH, por el hecho de que el tribunal disponga lo necesario para que sea oído. Por otra parte, se pone de manifiesto que la sentencia de casación no ha respetado los hechos probados, ya que, tras haber transcrito el relato de hechos probados, en el fundamento de derecho "preliminar", efectúa lo que considera una "síntesis" que no es más que una distorsión y apartamiento de lo declarado probado por la sentencia de instancia.

El demandante de amparo, en tercer lugar, aduce que la sentencia de instancia ha vulnerado su “derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), con vulneración del principio de invariabilidad, intangibilidad, e inmodificabilidad de las sentencias firmes, con especial referencia al principio de legalidad, y a la infracción del art. 120.3 sobre el deber de motivar las sentencias”. A esos efectos, se argumenta que la Audiencia Provincial de Sevilla, que era el competente para conocer sobre la legalidad o ilegalidad de la resolución supuestamente prevaricadora, declaró por dos veces de modo definitivo y firme que dicha resolución era conforme a la legalidad sustantiva y procesal. De ese modo, la sentencia condenatoria de instancia, al no referir las resoluciones de la Audiencia Provincial en su relato de hechos probados, las hace desaparecer de la vida jurídica, provocando una contradicción manifiesta e insalvable con las resoluciones del Audiencia que quiebra el principio de intangibilidad. Se afirma que no puede llegarse a tildar de manifiestamente injusta una resolución declarada como conforme a la legalidad procesal y sustantiva por la Audiencia Provincial de Sevilla, sin incurrir en arbitrariedad o irrazonabilidad.

El demandante de amparo, en último lugar, aduce que la sentencia de instancia también habría vulnerado el “derecho fundamental reconocido en el art. 24.2 de la CE por infracción del derecho fundamental a ser informado de la acusación con quiebra del principio acusatorio produciendo efectiva indefensión e infracción del principio de homogeneidad delictiva, al haber sido condenado (...) por un delito del que no fue acusado en ningún momento, no guardando homogeneidad delictiva el delito objeto de acusación con el que finalmente fue condenado”. A esos efectos, se argumenta que fue condenado en la instancia por un delito de prevaricación por ignorancia inexcusable del que nunca fue acusado, impidiendo una defensa adecuada e imposibilitando la contradicción respecto del grado de diligencia o negligencia observada. Se destaca que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido mayoritariamente que los delitos dolosos y culposos no son homogéneos y que la defensa no tiene el deber procesal de suponer todas las calificaciones alternativas.

En la demanda de amparo se justifica la especial trascendencia constitucional de recurso en la manifiesta negativa del deber de acatamiento de la doctrina constitucional por parte de los dos Tribunales que han dictado las resoluciones objeto de impugnación. La demanda concreta para cada uno de los motivos la indicada justificación, de modo tal que, respecto de primero, afirma que contraviene la doctrina emanada de las SSTC 76/2007, 226/2002 y AATC 5/202 y 181/2001; respecto del segundo, las SSTC 184/2009 y 142/2011; respecto de tercero, las SSTC

190/1999, 231/2006, 151/2001, 208/2009 y 182/1994; y, respecto del último, cita las SSTC 134/1986 y 43/1997, entre otras).

4. La Sala Primera de este Tribunal, por providencia de 22 de mayo de 2014, acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, obrando ya en el presente recurso las actuaciones judiciales correspondientes, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento para que pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el proceso de amparo.

5. La Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 1 de julio de 2014, tuvo por personado al Procurador don Víctor García Montes, en nombre y representación de doña Rosario Isabel Hinojosa Picón; y acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por un plazo de veinte días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el art. 52 LOTC.

Una vez recibidos los soportes documentales de la grabación de las sesiones del juicio oral, que habían sido requerido por la parte comparecida, la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 7 de octubre de 2014, hizo entrega de los mismos al Ministerio Fiscal y el resto de partes personadas concediendo un nuevo plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

6. La Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 16 de octubre de 2014, tuvo por personado al Procurador don Roberto García Palomeque, en nombre y representación de doña Rosario Isabel Hinojosa, en sustitución de su compañero.

7. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 9 de septiembre de 2014, presentó sus alegaciones interesando que se denegara el amparo solicitado.

El Ministerio Fiscal, en relación con el primer motivo de amparo, argumenta, con amplia cita de jurisprudencia constitucional, que la argumentación desarrollada en la sentencia de casación y posteriormente en el Auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones sobre la posibilidad de entrar a analizar el fondo de la cuestión planteada en el primer motivo de casación por la acusación particular “no puede ser tildado de arbitrario ni de irrazonable, pues la mera

omisión del número del artículo del Código Penal de que se trataba siendo además el mismo conocido por todos los intervinientes y sobre el que giraba el debate, era fácilmente suplido sin necesidad de esfuerzo alguno”. A ello añade que, como también el Tribunal Supremo había destacado, hay que rechazar que se haya generado indefensión ya que la impugnación al recurso formulado patentiza que estaba plenamente impuesto de lo demandado de contrario y también consta “la existencia de vista oral en la que el ahora recurrente pudo oír la petición formulada por la acusación y rebatirla como así lo hizo”; y que tratándose de una cuestión de calificación jurídica su argumentación no queda circunscrita a la exposición de las partes.

El Ministerio Fiscal, en relación con el segundo motivo de amparo, argumenta que las dos bases fácticas en que el recurrente ha sustentado este motivo son “de un lado en que no se habían respetado los hechos declarados probados habiéndose producido una nueva valoración de pruebas de carácter personal no practicadas a presencia del Tribunal de casación, y de otro que no había sido oído por este”. Respecto de ello, señala que la sentencia de casación no ha alterado el resultado de hechos probados y así lo declara expresamente, constituyendo la inclusión del parte del relato de hechos probados en la fundamentación jurídica y de un resumen en el fundamento de derecho preliminar un sentido meramente auxiliar sin capacidad para alterar el *factum*. Por otro lado, también pone de manifiesto que, tal como se recoge en la sentencia casacional y en el auto resolutorio del incidente, el recurrente compareció a la vista del recurso, se situó en estrados y tuvo la posibilidad de intervenir tanto a través de su letrado como directamente, como así sucedió. De ello concluye que “ha habido audiencia, y no ha habido vulneración del derecho de defensa que, en todo caso, no comportaría sino una mera retroacción procedimental”.

El Ministerio Fiscal, en relación con el tercer motivo de amparo, argumenta (i) que la decisión de la jurisdicción civil, en modo alguno ostentaba el carácter de prejudicial respecto a la jurisdicción penal; y (ii) que las resoluciones judiciales impugnadas han razonado de forma suficiente y ajustada a la doctrina constitucional su apartamiento de lo resuelto en la jurisdicción civil por ser distintos los objetos de ambos procesos y la no interferencia entre ambos, constanding además, que los dos procesos se desarrollaron de manera simultánea, llegándose a dictar al auto de transformación en procedimiento abreviado con anterioridad a que la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla resolviese la apelación.

El Ministerio Fiscal, en relación con el último motivo de amparo, argumenta que no puede merecer acogimiento la invocación del principio acusatorio, toda vez que (i) la condena por delito

de prevaricación imprudente que es a la que se achaca esta vulneración ya ha sido dejada sin efecto por la sentencia de casación; y (ii), en atención a los escritos de calificación de la acusación particular y del Ministerio Fiscal, no ha existido ningún hecho declarado probado en las resoluciones judiciales que hubiera sido desconocido para el ahora recurrente y respecto del cual no hubiera podido articular su defensa.

El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 20 de octubre de 2014, una vez visionada la grabación remitida de la vista oral expuso que “no desea realizar ninguna nueva alegación”.

8. El recurrente, en escrito registrado el 5 de noviembre de 2014, presentó sus alegaciones ratificándose en su escrito de demanda de amparo.

9. La parte comparecida, en escrito registrado el 18 de noviembre de 2014, presentó sus alegaciones solicitando que el recurso de amparo fuera inadmitido y, subsidiariamente, fuera desestimado, pidiendo “que le sean impuestas las costas y multa de 3.000 euros por abuso de derecho y mala fe procesal”.

La parte comparecida alega, en primer lugar, que “se le causaba indefensión, al no habersele dado por el Secretario de Justicia, una copia o testimonio, una vez numeradas todas las actuaciones procesales desarrolladas antes este Tribunal Constitucional, desde el 17-01-2013 al 11-07-2014, en la llamada fase de admisión”, por lo que interesa que una vez que se cumplimente pueda ampliar estas alegaciones. Del mismo modo, aduce la falta de motivación de la importancia del recurso de amparo para su admisión y el hecho de que haya sido admitido por un órgano no competente como era la Sala Primera y no su Sección Primera, no habiendo sido comunicada la designación de ponente.

La parte comparecida alega que concurren las siguientes causas de inadmisión: (i) la extemporaneidad del recurso, ya que la aclaración solicitada del Auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones fue una maniobra dilatoria artificiosa con evidente abuso de derecho, por lo que el cómputo de los 30 días para la interposición del recurso de amparo, que finalizaba el 17 de diciembre de 2012, ya había finalizado cuando se presentó registró el presente recurso el 17 de enero de 2013; y (ii) la ausencia total de especial transcendencia constitucional y de su justificación, ya “que la `única causa que alega` es tan genérica y está tan vacía de contenido concreto, que no admite discusión”, destacando que han sido inadmitidos otros asuntos

sustancialmente iguales en que también se impugnaban condenas por delitos de prevaricación dolosa de Magistrados por el tribunal Supremo.

La parte comparecida, en relación con los motivos de amparo alegados por el recurrente, argumenta que (i) no ha existido infracción del principio acusatorio, ya que la acusación dirigida contra el recurrente siempre lo fue por prevaricación judicial dolosa de la que pudo defenderse tanto en la instancia como en la casación; (ii) tuvo la oportunidad de ser oído en la vista de casación, ya que tal como se señala en el hecho probado séptimo de la resolución de casación asistió a la vista de ese recurso ocupando lugar en el estrado junto a su abogado defensor con el que comunico y en algún momento expuso su opinión sobre el contenido de su defensa y de los recursos planteados; (iii) la inexistencia de cita concreta del art. 446.3 CP en el motivo de casación primero no impedía que se dedujera con toda claridad de su desarrollo que la pretensión era la condena por un delito de prevaricación dolosa.

10. El recurrente, mediante escrito registrado el 17 de junio de 2015, solicitó que se tuviera por designado para la defensa letrada en este procedimiento al Letrado don Fernando Rodríguez Galisteo en sustitución de su compañero don Miguel García-Diéguez López.

11. El recurrente, mediante escrito registrado el 16 de marzo de 2016, solicitó que se suspendiera la condena, lo que fue denegado por auto de 9 de mayo de 2016.

12. Por providencia de 13 de octubre de 2016, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 17 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de este recurso de amparo es analizar si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado (i) los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con especial referencia al principio de contradicción y a la igualdad en aplicación de la ley (art. 14 CE), por haber suplido el órgano judicial de casación omisiones y errores eventualmente contenidos en el recurso de casación de la acusación particular; (ii) los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con infracción de los principios de contradicción, inmediatez y oralidad, y el derecho a la defensa (art. 24.2 CE), por haber sido

condenado en segunda instancia por un delito del que había sido absuelto en la primera, haciendo una valoración de pruebas personales que no fueron practicadas con la debida intermediación y sin haber sido oído; (iii) los derechos a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), con vulneración del principio de invariabilidad, intangibilidad, e inmodificabilidad de las sentencias firmes, con especial referencia al principio de legalidad, y a la infracción del art. 120.3 CE sobre el deber de motivar las sentencias, por haberse condenado en virtud del supuesto carácter injusto de una resolución judicial cuya legalidad fue confirmada en apelación por el órgano judicialmente competente para ello; y (iv) el derecho a ser informado de la acusación (art. 24.2 CE), por haber sido condenado en la primera instancia por un delito del que no fue acusado objeto de acusación y que no resultaba homogéneo.

2. Antes de entrar al fondo de estas invocaciones resulta preciso resolver algunas cuestiones previas vinculadas con la tramitación de este procedimiento y las causas de inadmisión planteadas por la parte comparecida en su escrito de alegaciones.

Respecto de las cuestiones previas vinculadas con la tramitación de este procedimiento, es de señalar que, tal como se ha expuesto en los antecedentes, por diligencia de ordenación de 1 de julio de 2014 se tuvo por personada a la parte comparecida y, de conformidad con el artículo 52 LOTC, se le dio vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo en la Secretaría de esta Sala, por un plazo común de veinte días con el resto de partes del procedimiento para que pudiera presentar las alegaciones que a su derecho conviniera. Con posterioridad a ello, mediante diligencia de ordenación de 7 de octubre de 2014, se dio traslado a todas las partes personadas de copia íntegra de todas las actuaciones practicadas en la vía judicial previa, incluyendo los soportes audiovisuales de la vista oral en la primera instancia, dándose un nuevo plazo común de veinte días para presentar alegaciones. El haber tenido acceso íntegro a las actuaciones de la vía judicial, mediante entrega de copia testimoniada, y a lo actuado en el presente procedimiento, bien mediante entrega física y, en todo caso, con exhibición en la Secretaría de la Sala, descarta cualquier tipo de indefensión alegada por la parte comparecida.

Por otro lado, en relación con la aducida falta de motivación de la importancia del recurso de amparo para su admisión y el hecho de que haya sido admitido por un órgano no competente como era la Sala Primera y no su Sección Primera, no habiendo sido comunicada la designación de ponente, hay que poner de manifiesto que (i) el art. 50 LOTC establece que la decisión sobre la admisión a trámite de un recurso de amparo se adoptará mediante providencia, que, por su

propia naturaleza es una decisión inmotivada, lo que no impide que de oficio o a instancia de parte, como ahora sucede, puedan analizarse eventuales causas de inadmisión en sentencia (así, STC 24/2016, de 15 de febrero, FJ único); (ii) el art. 8.1, en relación con el art. 50 LOTC, establece que la competencia para decidir sobre la admisibilidad de un recurso de amparo corresponde, con carácter general, a las Secciones, si bien el art. 11.2 LOTC establece la posibilidad de que la Sala recabe para sí esa decisión, que es lo que ha sucedido en este caso, tal como se hizo expreso en la providencia de admisión de 22 de mayo de 2014; y (iii) el art. 8.1 LOTC establece una regulación autónoma para la jurisdicción constitucional, que no forma parte del Poder Judicial, sobre competencia para el despacho ordinario, decisiones y propuestas en los procedimientos constitucionales, estableciendo su carácter colegiado, por lo que no cabe hacer una aplicación supletoria de la designación y funciones otorgadas al Magistrado Ponente en los órganos judiciales colegiados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, tal como pretende la parte comparecida (ATC 95/2014, de 7 de abril).

Las causas de inadmisión alegadas por la parte comparecida deben de ser rechazadas. La demanda no es extemporánea toda vez que la solicitud de aclaración instada por el ahora demandante de amparo era perfectamente procedente para el cumplimiento de la finalidad de corrección del error material pretendido en que había incurrido el Auto de 30 de octubre de 2012, como lo demuestra el hecho de que dicho Auto fue efectivamente rectificado mediante el Auto de aclaración de 20 de noviembre de 2013. Esa solicitud de aclaración ningún efecto reparador podría tener respecto de las diferentes invocaciones realizadas en el amparo, pero la exigencia de interposición en el plazo de 30 días “a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial”, que se establece en el art. 44.2 LOTC, no se refiere a la última resolución judicial que otorgue la posibilidad de reparar el eventual derecho fundamental que se considere vulnerado, sino que lo es respecto de la resolución que pone fin a la vía judicial previa, que en el presente caso es el Auto que efectivamente rectifica dicho error material y que viene a formar parte de la resolución misma. Por tanto, conforme a jurisprudencia constitucional reiterada (así, STC 161/2007, de 2 de julio, FJ 3), en la medida en que la solicitud de aclaración no era un recurso manifiestamente improcedente para el cumplimiento en el caso concreto de la finalidad que tiene encomendada, no cabe apreciar la extemporaneidad de la demanda alegada por la parte comparecida.

Tampoco cabe apreciar, en el plano formal, la aducida falta de justificación de la especial trascendencia constitucional, ya que, tal como reconoce la propia parte comparecida y ha sido

expuesto con más detenimiento en los antecedentes, la demanda razona específicamente sobre la especial trascendencia constitucional del recurso, citando expresamente la STC 155/2009, de 25 de junio, invocando la manifiesta negativa del deber de acatamiento de la doctrina constitucional por parte de los dos Tribunales que han dictado las resoluciones objeto de impugnación y concretando respecto de cada uno de los motivos de amparo la jurisprudencia constitucional que se afirma no ha sido objeto de acatamiento. Por tanto, con independencia de la valoración que las alegaciones recogidas en la demanda puedan merecer, cabe apreciar un esfuerzo argumental de la parte recurrente destinado a cumplir la carga impuesta en el art. 49.1 LOTC, al haberse disociado suficientemente en la demanda de amparo los argumentos destinados a probar la existencia de las lesiones de los derechos fundamentales de aquellos otros encaminados a justificar la especial trascendencia constitucional del recurso en términos que coinciden con los criterios establecidos en la jurisprudencia constitucional (así, STC 89/2016, de 9 de mayo, FJ 2).

Por último, en relación con el requisito de la especial trascendencia constitucional en su aspecto sustantivo, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que corresponde únicamente a este Tribunal Constitucional apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de esa “especial trascendencia constitucional”, esto es, si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo, atendiendo, conforme al art. 50.1 b) LOTC, a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales (así, SSTC 54/2015, de 16 de marzo, FJ 4; y 89/2016, de 9 de mayo, FJ 2). En el presente caso, el Tribunal aprecia que el recurso plantea la causa de especial trascendencia constitucional concretamente alegada por el recurrente consistente en la manifiesta negativa del deber de acatamiento de la doctrina constitucional por parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en relación con las condenas o agravaciones de penas en segunda instancia, que resulta corroborada por los numerosos pronunciamientos tanto de este Tribunal como del TEDH sobre el particular. Esta precisión sobre la especial trascendencia constitucional se formula, además, “en salvaguarda del principio de seguridad jurídica que, conforme a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de enero de 2015, dictada en el asunto *Arribas Antón c. España*, § 46, exige explicitar no solamente los criterios de definición del requisito de la especial trascendencia constitucional (a tal efecto, esencialmente, la precitada STC 155/2009), sino también su aplicación en los asuntos que se admiten a trámite, con el fin de asegurar con ello una buena administración de la Justicia” (STC 194/2015, de 21 de septiembre, FJ 2).

3. El primer motivo de amparo se dirige exclusivamente contra la resolución de casación. El demandante de amparo alega la vulneración de sus “derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con especial referencia al principio de contradicción y a la igualdad en aplicación de la ley (art. 14 CE), al haber suplido la sala sentenciadora las omisiones y errores contenidos en el recurso de casación de la acusación particular, causando efectiva indefensión (art. 24.1 CE)”. El recurrente argumenta que el motivo casacional que fue finalmente estimado por la sentencia de casación, y que llevó a su condena en la segunda instancia por un delito de prevaricación judicial doloso, adolecía del defecto consistente en no citar ni basar la impugnación por el cauce concreto del art. 849.1 LECrim en una norma penal de carácter sustantivo. Además contenía un escaso desarrollo, ya que solo se citan como preceptos penales sustantivos infringidos los art. 158.4 CC y 87.3 LOPJ para fundamentar que debía considerarse probado que al conocer el acusado la existencia del Auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 4 de Sevilla tenía forzosamente que conocer que la competencia de dicho Juzgado era exclusiva y excluyente. Igualmente considera que la fundamentación de este motivo de casación fue reinterpretado por el órgano judicial con una argumentación que no guarda correlación alguna con el motivo del recurso tal como fue desarrollado por la acusación particular y que, con ese proceder, se causó una absoluta indefensión, ya que finalmente se condena en virtud de argumentaciones desconocidas frente a las que la acusación no puede alegar, vulnerándose el principio de contradicción.

4. La primera queja de la demanda de amparo se formula por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al haber estimado la Sentencia impugnada el primer motivo de casación de la acusación particular, sin cumplirse para ello con los presupuestos formales exigibles. Así planteado, la vertiente del art. 24.1 CE que aparece concernida es la del derecho al recurso. La jurisprudencia constitucional ha afirmado en relación con la interpretación y aplicación de los requisitos procesales para acceder al sistema de recursos legalmente establecidos que la decisión sobre el cumplimiento de estos requisitos y la comprobación en cada caso de la concurrencia de las exigencias materiales y formales para la admisión o inadmisión del recurso es competencia jurisdiccional atribuida, exclusivamente, a los órganos judiciales por el art. 117.3 de la Constitución, por lo que el control constitucional que el Tribunal debe realizar de las resoluciones judiciales dictadas sobre los presupuestos o requisitos de admisión de los recursos tiene carácter externo, pues no le corresponde revisar la aplicación judicial de las normas sobre admisión de recursos, salvo en los casos de inadmisión cuando esta se declara con base en una causa legalmente inexistente o mediante un “juicio arbitrario,

irrazonable o fundado en error fáctico patente”, en cuyos supuestos se produce la vulneración del derecho (así, SSTC 55/2008, de 14 de abril, FJ 2; y 42/2009, de 9 de febrero, FJ 3).

Igualmente, constituye doctrina reiterada de este Tribunal (a partir de las SSTC 116/1986, de 8 de octubre, FJ 3, y 187/1989, de 13 de noviembre, FJ 2), la de reconocer también como modalidad de vulneración del derecho al recurso (art. 24.1 CE), no solamente su inadmisión indebida sino también el acordar su admisión cuando la misma no resultaba procedente. Razones fundadas en el principio de legalidad procesal (por ejemplo, STC 293/1994, de 27 de octubre, FJ 2), o en la bilateralidad del proceso (STC 118/2006, de 24 de abril, FJ 2) determinan, en palabras de la STC 285/2006, de 9 de octubre, FJ 5: “...que del mismo modo que un órgano judicial no puede inadmitir un recurso previsto por la ley, tampoco le está permitido pronunciarse en vía de recurso sobre una determinada materia cuando exista una causa impeditiva para ello, puesto que, si ignorara esta prohibición legal, estaría excediéndose de la competencia que el legislador le ha otorgado en el caso concreto, exceso que este Tribunal Constitucional debe corregir en la medida en que el pronunciamiento judicial pudiera lesionar el derecho de otros justiciables a la tutela judicial efectiva” (SSTC 116/1986, de 8 de octubre, FJ 3, y 187/1989, de 13 de noviembre, FJ 2”. Más recientemente, STC 149/2015, de 6 de julio, FJ 3.

5. En atención a lo expuesto debe concluirse que se ha producido una vulneración del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho al recurso, por no haberse inadmitido, y en todo caso por haberse estimado en Sentencia, el primer motivo de casación interpuesto por la acusación particular.

En efecto, en el presente caso, tal como ha sido expuesto más ampliamente en los antecedentes, ha quedado acreditado que (i) la acusación particular formuló recurso de casación alegando como primer motivo la infracción de ley del art. 849.1.º LECrim, por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter, como serían el art. 158.4 CC y el art. 87.ter.3 LOPJ; (ii) la sentencia de casación, en relación con este concreto motivo, argumentó que si bien la impugnación no es del todo precisa, ya que se designa como precepto penal sustantivo uno del Código civil y una norma de la LOPJ atributiva de las competencias de los juzgados de violencia contra la mujer, eso “no supone que no podamos analizar la impugnación y darle el contenido preciso que resulta de la argumentación del motivo en lo que refiere el error en la aplicación de los preceptos que designa. Entiende, y es el fundamento de su queja, que se debió de calificar de dolosa la prevaricación que el tribunal de

instancia ha declarado imprudente y si no lo ha hecho, afirma en el recurso, ha sido por una defectuosa interpretación de los artículos del Código civil y de la Ley Orgánica del Poder Judicial que designa. Consecuentemente, su razón de recurrir es clara y así ha sido entendido por la defensa” (fundamento de derecho primero); y (iii) el Auto resolutorio del incidente de nulidad planteado por el recurrente, en que denunció la vulneración del art. 24.1 CE por no haberse inadmitido este concreto motivo de recurso, argumentó que “tanto del escrito de la impugnación, que el ahora recurrente impugnó, como en la vista del recurso, igualmente impugnado por la defensa del imputado, resulta claramente la pretensión de revisión que formaliza la acusación particular”.

Pues bien, la decisión de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de no inadmitir a trámite este concreto motivo de casación, y luego a la postre la de estimarlo, ha vulnerado el derecho al recurso del recurrente, ya que:

(i) el argumento utilizado por el Tribunal Supremo de considerar preponderante la voluntad impugnativa del recurrente, frente a la defectuosa formalización del motivo –la cual como tal, no se niega-, no se compadece con el carácter extraordinario del recurso de casación, tasado y estricto en sus presupuestos, también en el orden penal, como se desprende de la ley (arts. 847, 848, 884 y 885 LECrim), y de la jurisprudencia de la Sala en cuanto a la procedencia de las distintas vías de acceso al mismo. Carácter tasado que, en todos los recursos interpuestos y también en éste, generaba la confianza legítima en la parte recurrida (el ahora demandante de amparo) de que tal motivo primero de la acusación particular, aunque admitido, no resultaría estimado en Sentencia por no haberse planteado adecuadamente.

(ii) el concreto motivo de casación alegado por la acusación particular, bajo la cobertura de alegarse como infringidos los arts. 158 CC y 87 ter 3 LOPJ, en sí mismos inconducentes a los efectos pretendidos por dicha parte, se dedica a afirmar que el acusado era conocedor de la ilegalidad de su falta de competencia al adoptar la medida cautelar sobre el menor, a espaldas del Juzgado de Violencia que había establecido las medidas familiares, sustentando en ello el cambio del elemento subjetivo del tipo. Pero sin invocar como infringido el art. 446 CP, que es el precepto penal donde se contempla la prevaricación dolosa y la que viene a apreciar la sentencia impugnada, cambiando de paso la base fáctica de la instancia. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, aceptando este planteamiento, emite una respuesta estimatoria dando sus razones para considerarlo correcto, cuando en su lugar debió ser objeto de inadmisión en el trámite procesal

oportuno, o bien, se insiste, ya en fase de Sentencia, rechazarlo por falta del presupuesto necesario para su formalización.

En definitiva, no es que la Sentencia del Tribunal Supremo que se impugna no tenga motivación (que desde luego la tiene), ni quizá tampoco que haya indefensión (el acusado recurrente en amparo pudo oponerse al motivo y conoció lo que con él pretendía la parte acusadora, en lo que hace a atribuirle intención en su actuar), pero hay un exceso de jurisdicción (el motivo no debió ser admitido, tal como se planteaba, y menos todavía estimarlo), en cuanto al respeto a los presupuestos legales del recurso de casación, que deviene lesivo del derecho al recurso de la parte recurrida (art. 24.1 CE), en los términos que nuestra doctrina ha reconocido, expuestos en el anterior fundamento jurídico.

6. El demandante de amparo aduce como segundo motivo de amparo, estrechamente vinculado con el anterior, que la sentencia de casación también ha vulnerado “los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con infracción de los principios de contradicción, inmediación y oralidad, y el derecho a la defensa al haberse condenado [...] por un delito del que había sido absuelto en primera instancia sin haber sido oído por el tribunal de casación, llevándose a cabo por este una reinterpretación de las pruebas personales practicadas en el juicio oral”. Se argumenta que la condena en segunda instancia lo ha sido por un delito de prevaricación dolosa del que ya había sido absuelto en la primera alterando la declaración de hechos probados, que revaloriza en su fundamentación jurídica, sin que se hubieran practicado con la debida inmediación las pruebas personales de la que deriva ese relato de hechos probados; y agravando la calificación de delito de prevaricación judicial imprudente, por la que había sido condenado en la instancia, apreciando la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto como es el carácter doloso de la conducta sin haber tenido el ahora demandante de amparo la oportunidad de ser oído, ya que su citación y presencia en estrados en la vista de casación no le permitió tomar la iniciativa respecto de ser oído, ni hacer alegaciones en pos de su defensa, al no aparecer dicha posibilidad prevista en el guion de la vista.

En atención al planteamiento del demandante de amparo son dos las cuestiones que deben de abordarse: (i) si ha existido una vulneración de las garantías procesales por haberse apreciado en casación la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo –el carácter doloso de la conducta de prevaricación judicial– en discrepancia con el apreciado en la instancia –el carácter culposo o

imprudente de la conducta de prevaricación judicial– sin haberse tenido la posibilidad real de haber sido oído por el órgano judicial de casación; y, (ii) en su caso, si la actuación desarrollada por el demandante de amparo en la vista oral producida ante el Tribunal Supremo resultaba suficiente a los efectos de colmar la exigencia de audiencia.

7. El Tribunal tiene establecida una consolidada jurisprudencia sobre las exigencias que debe reunir una condena penal o su agravación en la segunda instancia para ser conforme con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Esta doctrina tiene su origen en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y se completa y reitera en numerosas resoluciones posteriores (entre las últimas, SSTC 88/2013, de 11 de abril, FFJJ 7 a 9; 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 7; 105/2014, de 23 de junio, FFJJ 2 a 4; 191/2014, de 17 de noviembre, FFJJ 3 a 5, o 105/2016, de 6 de junio, FJ 5).

El Pleno del Tribunal en la STC 88/2013, de 11 de abril, FFJJ 7 a 9, efectuó un extenso resumen de dicha doctrina y de su evolución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluyendo que “de conformidad con la doctrina constitucional establecida en las SSTC 167/2002 y 184/2009 vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal” (FJ 9), lo que ha sido reiterado en las SSTC 157/2013, de 23 de septiembre, FJ 5; o 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 7. La consecuencia de ello, como destaca la citada STC 88/2013, FJ 9, es que la audiencia del acusado se configura con un doble propósito: de un lado, atender al carácter de prueba personal del testimonio del acusado, que exige de inmediación para ser valorada, y, de otro, garantizar el derecho a dirigirse y ser oído personalmente por el órgano judicial que va a decidir sobre su culpabilidad. Esta evolución de la doctrina constitucional reduce la posibilidad de condenar o agravar la condena sin vista a los supuestos en que el debate planteado en segunda instancia versa sobre estrictas cuestiones jurídicas, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse y la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado (STC 88/2013, FJ 8).

Al respecto, y de nuevo en los términos de lo afirmado por el Pleno del Tribunal en la STC 88/2013, se ha subrayado que “también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo —u otro elemento subjetivo del tipo— no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado” (FJ 8 citando la STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4). Este segundo criterio, reiterado en las SSTC 157/2013, de 23 de septiembre, FJ 7; y 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 5; traduce la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que, con carácter general, la revisión de los elementos subjetivos del delito es una cuestión de hecho y no una cuestión de calificación jurídica y, por ello, precisa la audiencia del acusado (SSTEDH de 10 de marzo de 2008, *caso Igual Coll c. España*; 22 de noviembre de 2011, *caso Lacadena Calero c. España*; 13 de diciembre de 2011, *caso Valbuena Redondo c. España*; 20 marzo 2012, *caso Serrano Contreras c. España*; 27 de noviembre de 2012, *caso Vilanova Goterris c. España*; 8 de octubre de 2013, *caso Nieto Macero c. España*; 8 de octubre de 2013, *caso Román Zurdo c. España*; 12 de noviembre de 2013, *caso Sainz Casla c. España*; 8 de marzo de 2016, *caso Porcel Terribas y otros c España*; o 29 de marzo de 2016, *caso Gómez Olmeda c. España*).

8. En aplicación de esta doctrina debe concluirse que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías del recurrente, toda vez que ha quedado acreditado que (i) la cuestión controvertida en la segunda instancia versaba sobre el carácter imprudente —sostenido por las resolución de instancia- o doloso —que era lo que pretendía la acusación particular- de la conducta prevaricadora del recurrente, por lo que afectaba a la concurrencia de un elemento subjetivo del delito que forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales; y (ii) que si bien el recurrente estuvo presente en la vista de casación esta no se celebró con las garantías necesarias que hubiera requerido la agravación de su condena por apreciarse el carácter doloso de su conducta prevaricadora en vez del culposo.

En efecto, la estimación de recurso de casación y la condena del recurrente por prevaricación dolosa por parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se produce sobre la

base de una revalorización probatoria de la conducta del recurrente. Ciertamente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo venía proclamando que la revisión del elemento subjetivo del tipo puede hacerse a través del art. 849.1 LECrim, incluso cuando supone valorar prueba, al tratarse de una cuestión jurídica que puede resolverse sin celebración de vista pública para practicar la prueba a revalorar, estableciendo que la fijación de un hecho probado a partir de una inferencia sobre datos circunstanciales no es un juicio fáctico sino jurídico. Sin embargo, modificar los hechos de la instancia mediante la revalorización de pruebas personales no puede equivaler a un juicio normativo porque deba acudir a una deducción presuntiva, y supone la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del derecho a un proceso equitativo del art. 6.1 CEDH, conforme a la jurisprudencia del TEDH.

En todo caso, ha de destacarse que la propia Sala Segunda procedió a revisar este criterio, poco tiempo después de haberse dictado justamente la Sentencia aquí impugnada. Ya en la STS 840/2012, de 31 de octubre de 2012, declaró que no es posible revisar la declaración de hechos probados, en concreto el elemento subjetivo del tipo, sino es mediante la celebración de una vista que cumpla con los requisitos del TEDH y la STC 167/2002, lo que no es posible en sede de casación: "...de otro lado, y en consonancia con la naturaleza del recurso de casación y de las funciones que le corresponden a este Tribunal Supremo, la ley procesal no prevé la práctica de prueba en la sustanciación de este recurso, por lo que no ha sido posible, de un lado, proceder a la práctica de pruebas personales, y, de otro, dar a la acusada la posibilidad de ser oída por esta Sala antes de resolver acerca de la concurrencia del elemento subjetivo cuestionado, lo que vendría exigido por la efectividad de su derecho de defensa en la forma en que ha sido entendido por el TEDH y por el Tribunal Constitucional en este tipo de casos". Este cambio de criterio aparece también, entre otras, en las SSTS 916/2012, de 28 de noviembre; 1058/2012, de 18 de diciembre; y 218/2014, de 13 de marzo, todos ellos desestimando los motivos de la acusación o del Ministerio Fiscal que pedían tal revalorización. Otras Sentencias de la Sala, en la misma línea de rechazar la solicitud de revalorización de pruebas indirectas (método típico de acreditación del elemento volitivo), han precisado que el cauce del art. 849.1 LECrim, aceptado por ella durante años, es improcedente a estos efectos. Así por ejemplo, SSTS 1024/2012, de 19 de diciembre, y 245/2013, de 13 de marzo. Inclusive, el Pleno de la Sala Segunda del Alto Tribunal dictó un acuerdo no jurisdiccional en fecha de 19 de diciembre de 2012, en virtud del cual estima que: "la citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso no es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley".

Así, en este caso, lo pretendido es que se revalorara la prueba de autos para evidenciar que el acusado tomó todas las prevenciones necesarias para asumir y proveer a la solicitud de medida cautelar presentada por el abuelo del menor, no merced a un descuido o negligencia en el entendimiento de sus deberes profesionales, sino de manera consciente. La sentencia ahora impugnada afirma su respeto a los hechos probados de la sentencia de instancia, que reproduce en los antecedentes, si bien después hace su propio relato en el fundamento de derecho primero. Más esta proclama de sujeción a los hechos probados de la instancia no es determinante si las conclusiones a las que se llega son, al menos en parte, distintas al órgano *a quo*, como aquí sucede. Para saber si se ha conculcado la garantía de la inmediación por no celebrarse vista, lo decisivo son los medios de prueba que permiten a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo establecer el dolo del acusado: si han sido pruebas personales –que requiere vista, según la jurisprudencia constitucional- o documentales –que no requieren vista, según la misma jurisprudencia-. En este caso en que el fundamento de derecho primero de la sentencia impugnada en amparo atribuye al recurrente instrucciones verbales al abogado del abuelo peticionario de la medida cautelar; llamadas al Decanato de los Juzgados de Sevilla para interesarse por el asunto; y diálogo con la Fiscal presente ese día en el Palacio de Justicia, además de la versión dada por la funcionaria del Decanato sobre lo sucedido, pocas dudas quedan de que el cambio de criterio se fundó, exclusivamente, en una distinta valoración de pruebas personales (declaración de acusado y testificales), por lo que resultó también vulnerado su derecho a la presunción de inocencia (por todas STC 126/2007, de 21 de mayo, FJ 5).

El TEDH ha dejado claro que todo el juicio de inferencia sobre el elemento subjetivo del delito, el ánimo de delinquir, es cuestión de hecho que cuando está articulado a partir de los datos extraídos de pruebas personales, exige la celebración de vista cuando se trata de revocar una sentencia absolutoria o, en su caso, como aquí sucede, empeorar la condena. Esta jurisprudencia resulta de aplicación incluso si el control se hace en casación y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo aduce que no puede celebrar vista, lo que ha traído consigo que precisamente resoluciones del Tribunal Supremo, y de este Tribunal Constitucional que las confirmaban, hayan sido declaradas contrarias al art. 6.1 CEDH, por ejemplo, en las SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, *caso Lacadena Calero c. España*; 20 marzo 2012, *caso Serrano Contreras c. España*; o 27 de noviembre de 2012, *caso Vilanova Goterris c. España*. Estas mismas resoluciones señalan que el derecho a la inmediación supone una vista con práctica de esa prueba personal. Así se afirma que “(...) no es posible proceder a valorar jurídicamente la actuación del acusado sin tratar de acreditar previamente la realidad de dicha actuación, lo que implica necesariamente la

comprobación de la intención del acusado en relación con los hechos que se le imputan” (SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, *caso Lacadena Calero c. España*, § 47; o 20 marzo 2012, *caso Serrano Contreras c. España*; § 38); que “(...) las cuestiones que deben ser examinadas por el TS necesitan la valoración directa del testimonio del imputado o de otros testigos (...)” (STEDH 20 marzo 2012, *caso Serrano Contreras c. España*, § 40); o que “(...) el imputado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho determinante para la valoración de su credibilidad” (SSTEDH 20 marzo 2012, *caso Serrano Contreras c. España*; § 41; o 27 de noviembre de 2012, *caso Vilanova Goterris c. España*, § 35).

En relación con lo anterior, tampoco cabe aceptar que la mera presencia del recurrente en estrados en la vista de casación resulte suficiente para colmar las garantías del proceso debido en la segunda instancia. Ante todo y como ya se ha indicado, porque la vista regulada en los arts. 893 y siguientes de la LECrim no permite articular la celebración de práctica de pruebas, tal y como la propia Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, máximo intérprete de la legalidad procesal, ha reconocido en el Acuerdo antes citado del 19 de diciembre de 2012. Además, a mayor abundamiento, porque (i) el acto de la vista y la presencia del recurrente no pretendía la celebración de un verdadero acto de práctica de pruebas personales, tal como exige la jurisprudencia constitucional; y (ii) no queda concretada en el acta de la vista en que consistió la autodefensa del acusado, por lo que no resulta posible controlar si se salvaguardó una mínima calidad exigible desde la óptica del derecho de audiencia.

Por tanto, debe concluirse, también en este caso, que se ha vulnerado el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

9. Declaradas las anteriores vulneraciones, resta ahora por examinar las lesiones de los derechos fundamentales que para el recurrente tienen origen en la Sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. En tal sentido, el demandante de amparo, aduce que la sentencia de instancia ha vulnerado su “derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), con vulneración del principio de invariabilidad, intangibilidad, e inmodificabilidad de las sentencias firmes, con especial referencia al principio de legalidad, y a la infracción del art. 120.3 sobre el deber de motivar las sentencias”, que no habría sido reparado por la sentencia de casación. A esos efectos, argumenta que la Audiencia Provincial de Sevilla, que era el competente para conocer sobre la legalidad o ilegalidad de la resolución supuestamente prevaricadora, declaró por dos veces de modo

definitivo y firme que dicha resolución era conforme a la legalidad sustantiva y procesal. De ese modo, la sentencia condenatoria de instancia, al no referir las resoluciones de la Audiencia Provincial en su relato de hechos probados, las hace desaparecer de la vida jurídica, provocando una contradicción manifiesta e insalvable con las resoluciones del Audiencia que quiebra el principio de intangibilidad. Se afirma que no puede llegarse a tildar de manifiestamente injusta una resolución declarada como conforme a la legalidad procesal y sustantiva por la Audiencia Provincial de Sevilla, sin incurrir en arbitrariedad o irrazonabilidad.

Por lo que se refiere al principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y su incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva, que es lo concretamente planteado por el recurrente y a lo que se debe limitar el control de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha venido afirmando desde antiguo que “si el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, no es menos cierto que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (STC 77/1983, de 3 de octubre), y que esta negación del principio de contradicción vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Española” (STC 158/1985, de 26 de noviembre, FJ 4). En desarrollo de esa idea, la STC 158/1985, remitiéndose a la STC 62/1984, de 21 de mayo, FJ 5, establecía que a “los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9.3 CE. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el art. 24.1 CE, pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios.” (STC 158/1985, FJ 4).

No obstante, la jurisprudencia constitucional también ha establecido que no se producirá una vulneración del art. 24.1 CE cuando “las dos jurisdicciones implicadas hayan abordado bajo ópticas distintas la cuestión debatida, como podría ser si la contencioso-administrativa se hubiese limitado a declarar la improcedencia de la sanción impuesta en vía administrativa y la laboral a estimar la pertinencia del pago de un recargo en materia de prestaciones derivadas de accidente

de trabajo”, en tanto que “las normas aplicadas por uno y otro órganos judiciales no son las mismas” (STC 158/1985, de 26 de noviembre, FJ 2), o cuando una Sentencia de la jurisdicción laboral que había considerado procedente un despido motivado por supuesta apropiación indebida y luego se dictó el Auto de sobreseimiento provisional que con referencia a los mismos hechos dictó, pues el Juez penal no niega lo tenido por probado por el Magistrado de Trabajo (STC 62/1984, de 21 de mayo).

En conclusión, si bien la jurisdicción constitucional ha establecido que tiene un fundamento constitucional en el art. 24.1 CE que órganos jurisdiccionales diversos deban ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior cuando hayan de decidir sobre una relación o situación respecto de la cual exista una estrecha conexión; no obstante, por las peculiaridad propias de cada orden jurisdicción resulta posible admitir eventuales contradicciones en aquellos caso en que el análisis jurídico se aborde desde perspectivas jurídicas diversas y siempre que, además, exista una motivación suficiente que exteriorice el fundamento de la decisión adoptada o que motive las razones del apartamiento de lo establecido en otro orden jurisdiccional.

En el presente caso, como ha sido expuesto con más detalle en los antecedentes, han quedado acreditados los siguientes extremos:

El demandante de amparo, en su entonces condición de titular del Juzgado de familia núm. 7 de Sevilla, dictó Auto de 30 de marzo de 2010 resolviendo sobre unas determinadas medidas cautelares solicitada en favor de un menor. Tras formularse querrela por la madre del menor, se dictó sentencia en primera instancia condenando al demandante de amparo como autor de un delito de prevaricación imprudente. Dicha sentencia, frente a la alegación del recurrente de que su resolución judicial había sido confirmada en apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Sevilla, en su fundamento de derecho primero expone, a los efectos de delimitar la materia objeto de enjuiciamiento, que este no radica en la valoración en abstracto de la concreta medida cautelar adoptada respecto del menor, en si dicha decisión estaba amparada en el art. 158 CC en uso de facultades competencia de ese Juzgado o en si puede aplicarse el artículo 158 CC *inaudita parte* a menores en situación de peligro, que son los aspectos enjuiciados en apelación por la Audiencia Provincial, sino que, “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. Serrano”; añadiendo que, “[e]n 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. Serrano 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” (fundamento de derecho primero).

En atención a lo expuesto, debe concluirse, tal como también informa el Ministerio Fiscal respecto de este motivo de amparo, que no se ha producido la aducida vulneración del art. 24.1 CE por haber desconocido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, ahora impugnada en amparo, los previos pronunciamientos del orden jurisdiccional civil confirmatorios de la decisión judicial adoptada por el ahora demandante en amparo.

10. El demandante de amparo, en último lugar, aduce que la sentencia de instancia también habría vulnerado el “derecho fundamental reconocido en el art. 24.2 de la CE por infracción del derecho fundamental a ser informado de la acusación con quiebra del principio acusatorio produciendo efectiva indefensión e infracción del principio de homogeneidad delictiva, al haber sido condenado [...] por un delito del que no fue acusado en ningún momento, no guardando homogeneidad delictiva el delito objeto de acusación con el que finalmente fue condenado”. A esos efectos, argumenta que fue condenado en la instancia por un delito de prevaricación por ignorancia inexcusable del que nunca fue acusado, impidiendo una defensa adecuada e imposibilitando la contradicción respecto del grado de diligencia o negligencia observada. Se destaca que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido

mayoritariamente que los delitos dolosos y culposos no son homogéneos y que la defensa no tiene el deber procesal de suponer todas las calificaciones alternativas.

a) La doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional acerca de las exigencias derivadas del principio acusatorio ha sido resumida, entre otras, en la STC 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2, en los siguientes términos: "entre ellas se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por 'cosa' no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica, tal como hemos sostenido en las SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, y 225/1997, de 15 de diciembre" (STC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; en el mismo sentido, STC 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5). La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por este Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, FJ 2; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3). De manera que "nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia" (SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 95/1995, de 19 de junio, FJ 2; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3). Ello no obstante hemos afirmado también que la sujeción de la condena finalmente impuesta a la acusación formulada no es tan estricta como para impedir al órgano judicial modificar la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no se produce infracción constitucional alguna cuando el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse la parte para contradecirlo en su caso (SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 4; 10/1988, de 1 de febrero, FJ 2; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; y 4/2002, de 14 de enero, FJ 3).

En tal sentido, recientemente la STEDH de 5 de marzo de 2013, Caso Varela Geis contra España, ha puesto de manifiesto el papel determinante que en los enjuiciamientos penales tiene el escrito de acusación: “teniendo en cuenta su significación, la persona acusada está oficialmente advertida de la base jurídica y fáctica de las acusaciones en su contra. (Kamasinski contra Austria , 19 de diciembre de 1989 [TEDH 1989, 24] , ap. 79, serie A, núm. 168 y Pelissier y Sassi contra Francia [TEDH 1999, 10] GS, núm. 25444/94, ap. 51, TEDH 1999 II). El artículo 6.3 a) del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) reconoce al acusado el derecho a ser informado no sólo de la causa de la acusación, es decir, de los hechos que se le imputan y sobre los que se basa la acusación, sino también la calificación jurídica dada a estos hechos, y esto, de forma detallada. El alcance de esta disposición debe apreciarse especialmente a la luz del derecho, más general, a un juicio justo, garantizado por el párrafo 1 del artículo 6 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) (véase, mutatis mutandis, artículo contra Italia , 13 de mayo de 1980, ap. 32, serie A, núm. 37; Colozza contra Italia , 12 de febrero de 1985 [TEDH 1985, 2] , ap. 26, serie A, núm. 89 y Pelissier y Sassi [TEDH 1999, 10] , ya citado, ap. 52). El Tribunal considera que en materia penal es una condición esencial para la equidad de los procedimientos, una información precisa y completa de los cargos contra un acusado, y por lo tanto la calificación jurídica que el tribunal podría llevar a su cargo.” & 41 y 42.

En análogo sentido se pronuncian los ap. 61 a 63 la STEDH de 25 marzo 1999 -Caso Pelissier y Sassi contra Francia-, cuando afirma que es plausible sostener que los motivos de defensa que se habrían podido invocar habrían sido diferentes de los elegidos a fin de rebatir la acción principal. Afirmando que el Tribunal de apelación cuando hizo uso de su derecho incontestado a dar nueva calificación a los hechos que le habían sido sometidos, debía dar la posibilidad a los demandantes de ejercer sus derechos de defensa sobre ese punto de manera concreta y efectiva, y sobre todo a su debido tiempo. Cuestionando que el hecho de que no se haya ofrecido a los demandantes la ocasión de organizar su defensa con respecto a la nueva calificación, ya que solamente la sentencia del Tribunal de apelación les permitió conocer este cambio de calificación, lo que era evidentemente tardío. “Teniendo en cuenta todos estos elementos, el Tribunal concluye que se ha atentado contra el derecho de los demandantes a ser informados de manera detallada de la naturaleza y del motivo de la acusación presentada contra ellos, así como a su derecho a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa”.

Coincidente con tales postulados el TS (STS 29 de Enero del 1997) “En el desarrollo de esta premisa la jurisprudencia ha establecido mayoritariamente que los tipos dolosos y los culposos no son homogéneos (confr. SSTs 22-3-91; 1-7-93; 16-2-94; 3-11-94; 16-2-94; 20-9-94; 23-10-95 y de 9-2-96). Ahora bien, la valoración de la homogeneidad delictiva debe resolverse atendiendo a las particularidades del caso concreto, sin apriorismos o generalidades, pues es lo acontecido en el procedimiento lo que condicionara el juicio sobre la existencia de indefensión. En ocasiones la modificación del título de condena puede que no suponga la introducción de nuevos elementos, pero altere la perspectiva inicial, cambiando la clave interpretativa de lo acontecido, mermando las posibilidades de defensa al no haber podido combatir plenamente los hechos desde esa nueva óptica. En otras ocasiones es posible que el nuevo título de condena se sustente en hechos que pese a no contemplarse en título de imputación, hayan sido suficientemente debatidos al ser la propia defensa la que se centró en los mismos proponiendo una narración alternativa en el escrito de defensa, en cuyo caso la condena por un delito distinto no generaría indefensión alguna.

b) Debemos ahora examinar los hechos nucleares que sustentaron la instrucción y la acusación y su calificación jurídica, con los que determinaron la condena del demandante para poder verificar si éste pudo conocer los elementos esenciales del delito por el que fue condenado, pudiendo organizar su defensa conforme al mismo.

El procedimiento se inició en virtud de querrela criminal contra el demandante, por delitos de prevaricación dolosa (art. 446.3 CP), cohecho, violación de secretos, y lesiones (folio 24 Tomo I). El Ministerio Fiscal solicitó la admisión a trámite de la querrela únicamente por el delito de prevaricación dolosa (folio 352 Tomo I). Por Auto de 19 de octubre de 2010, se acordó admitir a trámite la querrela por presunto delito de prevaricación dolosa (folio 354). Por Auto de 27 de abril de 2011, se acordó la continuación del procedimiento por el delito de prevaricación (folio 1246, Tomo IV). El Ministerio Fiscal y la Acusación particular formularon acusación por el indicado delito de prevaricación dolosa (folios 1442 y 1449 Tomo IV respectivamente). En trámite de conclusiones definitivas el Ministerio Fiscal retiró la acusación. Sucintamente – en lo relativo al delito de prevaricación- el relato de hechos contenido en el escrito de acusación – único en el que se pudo sustentar la condena-, consideraba que el demandante se concertó con el que había sido su Abogado en otro procedimiento – además de su amigo-, para sustraer la competencia al Juzgado de Familia y favorecer los intereses del indicado Abogado, ordenando el Juez eliminar pruebas al ser consciente de su ilegítimo proceder. El acusado tuvo una inexcusable

prisa y un talante agresivamente injurioso contra la madre. La STSJA indicó que “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"”. Y sin embargo, condenó por el delito de prevaricación imprudente. La calificación jurídica del delito de prevaricación culposa apareció por primera vez en la STSJA, sin que previamente en los mencionados escritos y resoluciones se hiciera alusión al mismo.

El redactado del tipo delictivo de prevaricación dolosa (art. 446.3 CP) indica que “El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta”. Mientras que el delito de prevaricación imprudente refiere que “El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta” (art. 447 CP). Desde el prisma de la distinta redacción del título de imputación dictar una “resolución injusta” (art. 446.3 CP) o del título de condena dictar una “resolución manifiestamente injusta” (art. 447 CP), difícilmente puede concluirse que el que fue condenado sufrió merma en sus facultades de defensa, pues pudo alegar y probar que la resolución no era injusta y se terminó considerando que era manifiestamente injusta.

Tampoco, atendiendo a las concretas circunstancias que marcaron el discurrir del debate procesal, podemos alcanzar otra conclusión al examinar la parte subjetiva del título de imputación “a sabiendas” o del título de condena “por imprudencia grave o ignorancia inexcusable”. En tal sentido, tanto la fase de instrucción como en el juicio oral, el debate discurrió sobre la causa que determinó el actuar procesal del acusado, esto es, el por qué se condujo procesalmente del modo en que lo hizo al dictar la “resolución injusta”, descartándose finalmente en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia la existencia de un ardid o concierto y devaluando su culpabilidad a la concurrencia de un desinterés en su actuación, por no efectuar un examen cuidadoso de su competencia o de la pertinencia de un procedimiento tan excepcional. Tal modificación del título de imputación, no puede considerarse que debilitara las posibilidades de defensa, tampoco el demandante justifica de qué modo sufrió merma su defensa, pues a lo largo del procedimiento penal el núcleo en la causa que motivo la actuación del acusado en orden a la asunción de su competencia y de la pertinencia del procedimiento.

11. La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y del derecho a la presunción de inocencia por las resoluciones dictadas en casación determina para su restablecimiento la anulación de las resoluciones dictadas en el recurso de casación núm. 2171-2011 (Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2012, aclarado por Auto de 20 de noviembre de 2012, por el que se acuerda no haber lugar a admitir a trámite el incidente de nulidad, y las Sentencias núm. 571-2012, de 29 de junio, por las que se estima el recurso de casación y se condena al recurrente por un delito de prevaricación dolosa, respectivamente), sin retroacción de actuaciones (por todas, STC 126/2007, de 21 de mayo), y que se declare la firmeza de la Sentencia de la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía núm. 15-2011, de 13 de octubre, dictada en el procedimiento abreviado número 1-2011.

12. La estimación del amparo determina la improcedencia de la imposición de costas o multa al demandante de amparo, tal como solicita la parte comparecida, habida cuenta de que no cabe apreciar temeridad, mala fe o abuso de derechos en la formulación del recurso, en los términos exigidos por el art. 95.1 LOTC.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don Francisco de Asís Serrano Castro y, en su virtud:

1º Declarar que han sido vulnerados los derechos del demandante de acceso al recurso (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

2º Restablecerle en sus derechos y, en consecuencia, declarar la nulidad del Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2012, aclarado por Auto de 20 de noviembre de 2012, por el que se acuerda no haber lugar a admitir a trámite el incidente de nulidad, y la Sentencia núm. 571-2012, de 29 de junio, dictada en el recurso de casación núm.

2171-2011; y declarar la firmeza de la Sentencia de la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía núm. 15-2011, de 13 de octubre, dictada en el procedimiento abreviado número 1-2011.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid a diecisiete de octubre de dos mil dieciséis.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 299-2013, al que se adhiere la Magistrada doña Encarnación Roca Trías.

Con respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Sala en la que se sustenta la sentencia, manifiesto mi discrepancia con parte de la fundamentación jurídica y el fallo de esta. Considero que la demanda de amparo hubiera debido ser íntegramente desestimada.

I. Una anómala configuración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso al recurso.

1. Mi primera discrepancia con la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia se refiere al análisis y fundamentación que se realiza en relación con la decisión judicial de no inadmitir a trámite el primer motivo de casación formulado por la acusación particular o, en su defecto, no desestimarlos en sentencia por su defectuoso planteamiento. A mi juicio se hace una anómala configuración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su concreta dimensión del derecho al recurso, pues, en mi criterio, no responde a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni se explica la razón por la que debe ser modificada.

La jurisprudencia constitucional ha establecido (i) que la decisión judicial de no inadmisión de un concreto motivo de recurso puede implicar una vulneración del art. 24.1 CE, en su concreta dimensión del derecho de acceso al recurso, en el mismo nivel que las decisiones judiciales en que se inadmite un recurso; y (ii) que esa decisión de no inadmisión resultará lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva cuando incurra en algún defecto de motivación con relevancia constitucional, consistente en incongruencia, arbitrariedad, irracionalidad, error patente o sea una decisión no fundada en derecho.

La STC 149/2015, de 6 de julio, FJ 3, afirma que el art. 24.1 CE protege “(...) a los ciudadanos frente a decisiones que rechacen la admisión de los mismos [recursos]; pero lo hace cuando esas decisiones son arbitrarias en la aplicación del Derecho, irrazonables o incurren en errores fácticos patentes (ATC 271/2008, de 15 de septiembre, FJ 2); una protección que, en los

mismos términos, se da también frente a pronunciamientos judiciales de esas características que admitan indebidamente un recurso. Según hemos dicho en alguna ocasión, del mismo modo que 'la inadmisión irrazonable o arbitraria de un recurso legalmente previsto (...) lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva (...) también la admisión de un recurso que legalmente no procede puede infringir el art. 24.1 de la Constitución' (STC 187/1989, de 13 de noviembre, FJ 2)".

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia no ha proyectado en este caso un análisis sobre el razonamiento judicial de inadmisión para comprobar si se había incurrido en algún defecto de motivación con relevancia constitucional. Por el contrario, partiendo de la afirmación de que la mera no inadmisión de un concreto motivo de recurso, cuando resulta procedente la inadmisión, implica un “exceso de jurisdicción”, ha entrado directamente a hacer una interpretación y aplicación de los requisitos de admisión del recurso de casación penal por la vía del art. 849.1 LECrim para verificar si en este caso era o no procedente la admisión de ese concreto motivo de recurso de casación.

Con ello, a mi juicio, se ha postergado el análisis del extenso y amplio razonamiento formulado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para justificar su no inadmisión.

2. La omisión por parte de la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia de un análisis sobre la concreta fundamentación de la decisión judicial de no inadmisión por parte del Tribunal Supremo parece ser plenamente consciente. Así se infiere en el texto de la sentencia de la afirmación de que la vulneración del art. 24.1 no se fundamenta en que “*la Sentencia del Tribunal Supremo que se impugna no tenga motivación (que desde luego la tiene), ni quizá tampoco que haya indefensión (el acusado recurrente en amparo pudo oponerse al motivo y conoció lo que con él pretendía la parte acusadora, en lo que hace a atribuirle intención en su actuar), pero hay un exceso de jurisdicción (el motivo no debió ser admitido, tal como se planteaba, y menos todavía estimarlo)*” (último párrafo del FJ 5).

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia parece así dar lugar a una novación jurisprudencial mutando un parámetro de control constitucional de larga raigambre y consenso en la jurisprudencia del Tribunal y en la doctrina. Bajo la invocación del art. 24.1 CE, el Tribunal Constitucional asumiría una supuesta función de interpretación directa de instituciones no directamente vinculadas con derechos sustantivos no intermediada por un eventual defecto constitucional de motivación del órgano judicial. Mi deseo es que esta aparente

mutación jurisprudencial no tenga continuidad por la perturbadora confusión de planos que implica entre el ejercicio de la función del control constitucional del deber judicial de motivación, propia de la jurisdicción de amparo ejercida por el Tribunal Constitucional, y la función de interpretación y aplicación que corresponde al Poder Judicial, con el Tribunal Supremo en su cúspide.

3. La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, por otra parte, viene, a mi juicio, a defender una posición que, si tiene continuidad, puede suponer una quiebra del trabajosamente conseguido equilibrio constitucional entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en la medida en que prescindiendo del mero control externo propio de la invocación del art. 24.1 CE, que hasta ahora se venía desarrollando en esta jurisdicción de amparo, se considere como una habilitación para internarse en interpretaciones directas de cuestiones de legalidad ordinaria cuyo último y máximo interprete es el Tribunal Supremo. Un escenario de esas características, aun lejos de enfrentamientos institucionales felizmente superados, no contribuiría al mejor entendimiento entre ambos tribunales.

La jurisprudencia constitucional ha sido muy constante en sustentar que el control que se puede desarrollar desde la perspectiva del art. 24.1 CE en relación con las decisiones sobre admisibilidad de los recursos de casación es, si cabe, más limitado, *“porque la resolución judicial que se enjuicia es del Tribunal Supremo, a quien le está conferida la función de interpretar la ley —también, evidentemente, la procesal—, con el valor complementario que atribuye a su jurisprudencia el Código civil. La STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 4, declara que `toda jurisprudencia del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 CE), complementa el ordenamiento jurídico, conforme señala el artículo 1.6 del Código civil, y tiene, por ello, vocación de ser observada por los Jueces y Tribunales”* (así, STC 7/2015, de 22 de enero, FJ 2).

En ese sentido, mi opinión es que la jurisprudencia constitucional debe seguir la tradicional senda de limitarse a un control externo en que, respetando el ámbito constitucional reservado al Tribunal Supremo de ser el máximo intérprete del ordenamiento jurídico excepto en cuestiones de derechos fundamentales, solo verifique una eventual vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva derivada de que se haya incurrido en defectos de motivación con relevancia constitucional.

4. Una proyección del tradicional parámetro constitucional de motivación en relación con las decisiones de admisibilidad de los recursos de casación, que fue el que defendí en la deliberación, hubiera debido determinar, en una opinión que comparto con el informe del Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional, la desestimación de este concreto motivo de amparo fundamentado en el art. 24.1 CE.

En el presente caso ha quedado acreditado que (i) la acusación particular mantuvo durante la primera instancia que la conducta del ahora recurrente era constitutiva de un delito de prevaricación judicial doloso, cuando había sido condenado por un delito de prevaricación judicial imprudente; (ii) la acusación particular formuló recurso de casación alegando como primer motivo la infracción de ley del art. 849.1.º LECr, por considerar que se había infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter, como serían el art. 158.4 CC y el art. 87.ter.3 LOPJ, argumentando que la conclusión de condenar por una simple prevaricación culposa choca con el texto literal del artículo 158 CC y con todas las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, concluyendo que el acusado “actuó a sabiendas de que tal instrumento legal no era adecuado para las circunstancias de aquella causa, y que con su utilización se estaba burlando (...) al juez competente” y que “[p]or tanto, la acusación particular considera con todo respeto que se debe casar la Sentencia 15 de 13.10.2011 dictando otra que sentencie al acusado por un delito de prevaricación dolosa (...)”; (iii) el demandante de amparo impugnó dicho motivo, instando su inadmisión por no citarse ningún precepto penal sustantivo como infringido; y (iv) la sentencia de casación, en relación con este concreto motivo, argumentó que si bien la impugnación no era del todo precisa, ya que se designa como precepto penal sustantivo uno del Código civil y una norma de la LOPJ atributiva de las competencias de los juzgados de violencia contra la mujer, eso *“no supone que no podamos analizar la impugnación y darle el contenido preciso que resulta de la argumentación del motivo en lo que refiere el error en la aplicación de los precepto que designa. Entiende, y es el fundamento de su queja, que se debió de calificar de dolosa la prevaricación que el tribunal de instancia ha declarado imprudente y si no lo ha hecho, afirma en el recurso, ha sido por una defectuosa interpretación de los artículos del Código civil y de la Ley Orgánica del Poder Judicial que designa. Consecuentemente, su razón de recurrir es clara y así ha sido entendido por la defensa”* (fundamento de derecho primero).

Pues bien, en atención a lo expuesto, la decisión judicial de no inadmitir este motivo de casación ante la ausencia de la concreta cita de los preceptos penales sustantivos que se decían infringidos no se advierte que haya vulnerado el art. 24.1 CE, ya que, en mi opinión, no ha

incurrido en ningún defecto de motivación con relevancia constitucional. La motivación expuesta por el Tribunal Supremo para, aun reconociendo la ausencia de la cita de los preceptos penales sustantivos, entrar a analizar el fondo de lo alegado en ese motivo de casación, responde, tal como se hacía expreso en la sentencia de casación, por un lado, a que quedaba clara la voluntad impugnativa de la acusación particular y, por otro, a que también del desarrollo de ese motivo se ponía de manifiesto que la infracción de ley que se achacaba a la sentencia de instancia consistía en haber calificado la conducta del ahora demandante de amparo como prevaricación culposa en vez de prevaricación dolosa, excluyendo con ello cualquier posibilidad de indefensión.

Esta decisión, por tanto, no puede ser calificada de arbitraria, ya que, se esté de acuerdo o no con la misma, se sustenta en un proceso de razonamiento sobre la preponderancia de la voluntad impugnativa frente a otras exigencias derivadas del formalismo jurídico. Por otra parte, este razonamiento no puede ser calificado como irrazonable, toda vez que hace explícitas las premisas fácticas y jurídicas de las que parte y las conclusiones a las que llega sin incurrir en ningún tipo de salto lógico que haga irreconocible el proceso argumental o lo sitúe de una manera patente fuera de los criterios de razonamiento jurídico comúnmente aceptados por la comunidad jurídica.

En consecuencia, en la medida en que se estaba ante una mera discrepancia de legalidad ordinaria sobre el grado de flexibilidad con el que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo debía interpretar los requisitos formales de admisibilidad de un concreto motivo de casación, pero sin que se hubiera puesto de manifiesto que en dicha decisión se hubiera incurrido en ningún defecto de motivación con relevancia constitucional, debería de haberse desestimado la aducida vulneración del art. 24.1 CE en lo que a este particular se refiere, respetando de ese modo la función y posición constitucional que tiene el Tribunal Supremo como máximo interprete y aplicador del ordenamiento jurídico en materia que no sean los derechos fundamentales.

II. El interminable debate sobre las garantías constitucionales para la agravación de condenas en segunda instancia derivadas de una controversia sobre la concurrencia de un elemento subjetivo del delito.

5. Mi segunda discrepancia con la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia radica en la proyección que se ha hecho al caso de la jurisprudencia constitucional sobre la

agravación de condenas en segunda instancia con fundamento en una controversia sobre la concurrencia de un elemento subjetivo del delito.

Soy consciente de que la jurisprudencia constitucional y la del TEDH sobre esa concreta cuestión no resulta de fácil aplicación por los órganos judiciales penales de segunda instancia en atención a la concreta regulación legal del sistema de recurso penal. Esa dificultad se ve agravada en el caso de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo habida cuenta de que el recurso de casación penal, hasta la entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, ha debido cumplir una función revisora de segunda instancia alejada de la especial configuración legal que es propia del carácter extraordinario del recurso de casación. Hay que reconocer que si ha sido importante el esfuerzo de clarificación y delimitación de esta doctrina por parte del Tribunal Constitucional desde la ya lejana STC 167/2002, de 18 de septiembre, aún más lo ha sido el de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su concreta aplicación discriminando aquellas cuestiones que, por ser exclusivamente jurídicas y no fácticas, no podían ser objeto de revisión peyorativa.

6. La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia afirma que se ha producido una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) con el argumento de que (i) el presente caso representa uno de los supuestos en que por la naturaleza de la controversia no era posible una agravación de la condena en la segunda instancia sin celebrar audiencia pública al ser necesaria una revaloración de pruebas personales que debían practicarse garantizando la debida inmediación; y (ii) la concreta vista desarrollada ante el órgano judicial de casación y la intervención que en ella tuvo el recurrente no resultaba suficiente para colmar las garantías debidas al haber sido necesario la práctica efectiva de pruebas personales en la segunda instancia.

No comparto el razonamiento utilizado para llegar a la primera conclusión, ya que la cuestión controvertida en la segunda instancia no tenía ninguna relación con aspectos de valoración probatoria de pruebas personales relativos a la conformación del relato de hechos probados en la instancia. La sentencia de casación es concluyente en no modificar ninguno de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia ni tampoco en revalorar o revisar cualquier tipo de actividad probatoria de naturaleza personal. La controversia siempre estuvo ubicada en una cuestión interpretativa respecto de los ámbitos de aplicación de la prevaricación judicial imprudente y dolosa. Así fue puesto de manifiesto de manera explícita por la sentencia de casación en su fundamento jurídico cuarto cuando se afirma que el único ámbito de aplicación

posible del delito de prevaricación imprudente es “el de desatención grave de la oficina judicial causal a una actuación judicial manifiestamente injusta, lo que no es el caso de autos”. No obstante, el hecho de que la controversia en la segunda instancia versara sobre la posibilidad de considerar dolosa, y no imprudente, la conducta prevaricadora del recurrente fue suficiente para que, tal como decidió el Tribunal Supremo, se le garantizara la posibilidad de dirigirse al tribunal de casación.

7. De ese modo, mi principal discrepancia con la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia en cuanto a esta concreta cuestión se produce en torno a la afirmación de que la intervención del recurrente en la vista de casación no colmó las garantías constitucionales necesarias. Una vez acreditado que en la segunda instancia la cuestión controvertida nada tenía que ver con cuestiones relativas a la valoración de pruebas personales que exigieran la intermediación, considero que la posibilidad efectiva que se dio al recurrente de intervenir ante el Tribunal Supremo en defensa de su pretensión colma cualquiera de los estándares de la jurisprudencia constitucional y la del TEDH, por lo que, como también ha sostenido el Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional, debería haberse concluido que no se había producido la vulneración aducida del art. 24.2 CE en este particular.

Por lo que se refiere a los requisitos que debe cumplir la intervención de un acusado en la segunda instancia para colmar las exigencias derivadas del derecho de audiencia, la STC 105/2016, de 6 de junio, ha establecido que no resulta preciso que exista un *interrogatorio stricto sensu* y que, ante la ausencia de una previsión legal, una intervención al final de la vista para pronunciarse sobre los motivos del recurso resulta especialmente respetuosa con el derecho de defensa, ya que esa intervención da la oportunidad al acusado de exponer todo aquello que estime pertinente para su mejor defensa, sirviendo a su derecho a ser oído personalmente y al derecho de defensa contradictoria (SSTC 181/1994, de 20 de junio, FJ 3; 13/2006, de 16 de enero, FJ 4; 258/2007, de 18 de diciembre, FJ 2); y ha concluido que la celebración de una vista pública en la que “los acusados han podido ser oídos personalmente por el Tribunal de segunda instancia, han podido confrontar los elementos de juicio que van a ser tomados en consideración por el órgano judicial y han podido responder a lo planteado allí cubre las exigencias de audiencia al acusado como posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal (STC 157/2013, de 23 de septiembre, FJ 7)” (FJ 7). A esa misma conclusión ha llegado la STEDH de 20 de septiembre de 2016, *as. Hernández Royo c. España*, al rechazar que una condena en segunda instancia vulnerara el art. 6.1 CEDH, una vez verificado que uno de los demandantes acudió a la vista de segunda

instancia, junto a su representante, pero no deseó intervenir, en una conclusión que es coincidente con la que sostuvo este Tribunal en la STC 152/2011, de 17 de octubre, FJ 7.

En el presente caso, la sentencia de casación en su antecedente de hecho séptimo hace expreso que “[e]l magistrado imputado en los hechos asistió a la vista del recurso de casación ocupando un lugar en el estrado junto a su abogado defensor con el que comunicó y en algún momento expuso su opinión sobre el contenido de su defensa y de los recursos planteados”. Igualmente, en el auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo afirma que la “*presencia fue solicitada por la propia defensa y autorizada por la Sala y la misma no se limitó a ocupar un lugar entre el público sino que se dispuso su ubicación en estrados, junto a su defensa (...). Su lugar en estrados, con el atuendo de quien ostenta la condición de Letrado, le autorizaba a expresar lo que le conviniera en el recurso revisor de su condena planteado por la acusación particular, como lo hizo. En efecto, el recurrente en nulidad que asistió a la vista de casación en los términos señalados intervino en la vista de la casación para reiterar lo que ya había dicho su defensa, que sus resoluciones –las que eran objeto de la condena–, habían sido confirmadas en dos ocasiones por la Sección competente de la Audiencia Provincial a quien correspondía la revisión en el recurso de apelación*” (fundamento de derecho segundo).

En atención a la jurisprudencia expuesta, y atendiendo a la naturaleza de la cuestión controvertida, considero que la única conclusión posible era la de que el Tribunal Supremo dio cumplimiento a la garantía de audiencia del recurrente. No solo se dio la posibilidad efectiva al demandante de amparo de intervención en la vista a través de su abogado, por la posición física que ocupaba junto al mismo durante todo su desarrollo, permitiendo la comunicación sin ningún tipo de limitación; sino que, además, intervino directa y personalmente en la vista dirigiéndose al órgano judicial para alegar lo que a su derecho convenía en atención al debate que se estaba desarrollando. Por tanto, también debió concluirse que no se había producido la vulneración aducida del art. 24.2 CE en este particular, lo que unido al rechazo de los demás motivos de amparo hubiera debido determinar su íntegra desestimación.

En Madrid, a diecisiete de octubre de dos mil dieciséis.