

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Sección dirigida por el Prof. Dr. Luis Gracia Martín

¿PREVARICA EL JUEZ QUE SE APARTA DE LA «DOCTRINA CONSOLIDADA DEL TRIBUNAL SUPREMO»?

Comentario crítico a la Sentencia de la Sala Segunda
del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001
(«caso Santiago Raposo»)

GUILLERMO BENLLOCH PETIT

Doctor en Derecho

Profesor Adjunto de Derecho Penal
Universidad Internacional de Cataluña

Sumario

1. Introducción. 2. Resumen del «caso Santiago Raposo» y doctrina contenida en la STS de 11 de diciembre de 2001. 3. Una cuestión espinosa: la búsqueda de criterios seguros para la delimitación del elemento típico de *injusticia de la resolución* del art. 446 CP. 4. La férrea vinculación al precedente jurisprudencial: un principio ajeno a nuestra tradición jurídica continental. 5. La vinculación absoluta a la doctrina del Tribunal Supremo: un principio contrario a la Constitución Española y a la Jurisprudencia Constitucional. 6. La vinculación absoluta a la jurisprudencia casacional: un principio que contradice también nuestra legalidad ordinaria. 7. Legitimidad constitucional de la introducción de nuevos mecanismos —no penales— garantizadores de una mayor uniformidad en la aplicación judicial de la ley. 8. Criterios alternativos para la determinación de la injusticia y análisis del caso concreto enjuiciado en la STS de 11 de diciembre de 2001. 9. Conclusión.

1. Introducción

¿Acaso un Juez o Magistrado que decida apartarse en alguna de sus resoluciones de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo aplicable al caso tiene motivos para temer que se le condene por el delito de prevaricación judicial dolosa del art. 446 del Código Penal? Hasta la Sentencia de la Sala Segunda de 11 de diciembre de 2001¹ (recaída en el caso «Santiago Raposo») nadie habría dudado en responder negativamente a esta pregunta. Después de esta resolución la respuesta no está tan clara. Sobre todo si se considera la doctrina contenida en su Fundamento Jurídico Sexto, que cabe sintetizar en los siguientes términos: una resolución judicial puede ser calificada de «injusta» a los efectos del delito de prevaricación judicial² cuando se aparta de la «doctrina consolidada» del Tribunal Supremo aplicable a la cuestión enjuiciada³. En otras palabras: según la sentencia aquí comentada, el Juez o Magistrado que dicta una resolución contradictoria con la jurisprudencia consolidada del Alto Tribunal está realizando el tipo objetivo del delito de prevaricación judicial. De confirmarse en el futuro esta doctrina habrá que aconsejar a los Jueces y Magistrados que se atengan escrupulosamente en todas sus resoluciones a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aquellos puntos en los que éste haya sentado una jurisprudencia constante si no quieren verse enfrentados algún día a una posible condena por prevaricación.

En las líneas que siguen trataremos de poner de relieve las trascendentales consecuencias que conllevaría la consolidación de semejante doctrina, e intentaremos demostrar que tales consecuencias no se acuerdan con nuestra tradición jurídica y resultan difícilmente conciliables con nuestro ordenamiento.

¹ Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) núm. 2338/2001, de 11 de diciembre, recaída en el recurso de casación núm. 1/2000, y de la que ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Joaquín Jiménez García.

² Acaso sea útil recordar que la conducta típica nuclear del delito de prevaricación judicial, en su modalidad dolosa, viene descrita en el primer párrafo del artículo 446 del Código Penal, en los siguientes términos: «El Juez o Magistrado que, a sabiendas, *dictare sententia o resolucióin injusta* será castigado: [...]».

³ Es de notar que esta doctrina ya aparece en la sentencia de instancia (la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña [Sala de lo Civil y Penal] número 15/1999, de 22 de noviembre, de la que fue ponente el Ilmo. Sr. D. Lluís Puig i Ferriol) posteriormente confirmada en casación por la sentencia aquí comentada.

2. Resumen del «caso Santiago Raposo» y doctrina contenida en la STS de 11 de diciembre de 2001

El caso del que se ocupa la sentencia aquí comentada puede resumirse sucintamente como sigue:

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona conoció de tres recursos de queja interpuestos contra otros tantos autos de un Juzgado de Instrucción por don Jaime S. A., sujeto contra el que se seguían unas diligencias previas por un presunto delito continuado contra la Hacienda Pública por elusión fraudulenta del pago del IRPF correspondiente a los ejercicios de 1988, 1989 y 1990. En dichos recursos la parte querellada alegaba, junto a otros motivos, la prescripción de los delitos imputados. La ponencia de estos tres recursos se asignó, previa acumulación de los mismos, al Presidente de la Sección Octava —con infracción de las reglas de reparto de dicha Sección—.

La indicada Sección resolvió los expresados recursos mediante Auto de fecha 2 de junio de 1998 por el que se acogía la alegación de prescripción y, consiguientemente, se estimaba el recurso y acordaba el sobreseimiento libre de la causa. El argumento central del que partió esta resolución para apreciar la prescripción era el de que la simple interposición de la querrela no basta para interrumpir la prescripción, siendo necesario que el proceso se dirija formalmente contra el culpable mediante su declaración como imputado para que se produzca tal efecto interruptivo. Este criterio, trasladado al caso concreto enjuiciado, determinaba —siempre según el Auto de 2 de junio de 1998— que la fecha de la que debía partirse para comprobar si había transcurrido o no el plazo de prescripción era la del 12 de febrero de 1998, fecha de la comparecencia del querrellado ante el Juez Instructor en calidad de imputado. Como en esta última fecha los tres presuntos delitos fiscales denunciados ya habían prescrito, la Sala resolvió estimar el recurso.

El Ministerio Fiscal entendió que este Auto de 2 de junio de 1998 era prevaricador por lo que interpuso la correspondiente querrela ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Admitida ésta a tramite, se incoaron las oportunas diligencias previas, en cuyo contexto el instructor dictó auto por el que acordaba sobreseer parcialmente la causa en relación a las dos Magistradas que, junto con el Magistrado Ponente, componían la Sala que dictó el auto de 2 de junio, siguiéndose el proceso únicamente contra este último. Tras abrirse y celebrarse el juicio oral ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, este órgano dictó sentencia de fecha 22 de noviembre de 1999 por la que se

condenaba a dicho Magistrado Ponente como autor de un delito de prevaricación dolosa del art. 446. 3 del Código Penal⁴, resolución que fue confirmada en casación por la Sala Segunda del Tribunal Supremo mediante Sentencia de fecha once de diciembre de 2001 (de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García), objeto del presente comentario.

El Tribunal Supremo considera en la sentencia aquí analizada, como ya lo hizo el Tribunal Superior de Justicia en primera y única instancia, que la interpretación de los preceptos reguladores de la prescripción del delito que realiza el referido Auto de 2 de junio de 1998 es insostenible e «*injusta*» —en el sentido del art. 446 CP— al apartarse de la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo según la cual la prescripción se interrumpe por la mera interposición de la querrela⁵.

La simple lectura de la sentencia aquí comentada demuestra que el criterio básico del que parte la Sala Segunda para afirmar la concurrencia del elemento típico de la *injusticia de la resolución* es el dato del apartamiento de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo sobre interrupción de la prescripción por parte del auto presuntamente prevaricador. En prueba de que efectivamente éste es el criterio determinante al que acude el Alto Tribunal para integrar el elemento típico de la *injusticia* pueden citarse los siguientes fragmentos de la sentencia:

Así, en primer lugar, es de citar el fragmento en que la Sentencia comentada advierte que «[I]o que no resulta admisible es, *con apartamiento de la consolidada doctrina jurisprudencial* existente sobre el valor de la presentación de la querrela, introducir gratuitamente una duda sobre si la presentación de la querrela tiene o no tal efecto [*interruptivo de la prescripción*]».

En igual sentido cabe citar el siguiente fragmento: «[e]n conclusión, podemos convenir con la sentencia recurrida que *el auto analizado no sólo se aparta de la doctrina consolidada en sede jurisprudencial* existente en esta materia, sino que sostiene posiciones que no son jurídicamente asumibles por lo que *debe estimarse como injusto en cuanto se aparta de la legalidad, en el sentido en que esta Sala Casacional, en su función de policía jurídica y por lo tanto como garante del principio de*

⁴ Se trata de la STSJ de Cataluña núm. 15/1999, de 22 de noviembre, referenciada con mayor detalle en la nota núm. 3.

⁵ El criterio de la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya fue mencionado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (en concreto en su Fundamento Jurídico Segundo) como argumento fundamental demostrativo de que el auto de 2 de junio de 1998 constituía una resolución *injusta*.

seguridad jurídica, esencial en todo ordenamiento jurídico, ha determinado en relación a la prescripción, cómputo e interrupción».

Y, por fin, no puede dejar de destacarse el fragmento en el que la sentencia aquí comentada rechaza la alegación formulada por el recurrente de que la misma doctrina ha sido empleada por otros jueces y tribunales con el argumento de que tales resoluciones discrepantes *«son resoluciones que no son de esta Sala Casacional, única que tiene encomendada a través de la casación la verificación y aplicación de la Ley»*⁶.

Salta a la vista, por tanto, que la sentencia de 11 de diciembre de 2001 hace descansar su afirmación de que el Auto del 2 de junio de 1998 es *injusto* —e integra, por tanto, el tipo objetivo de la prevaricación— básicamente en el dato de la inaplicación por parte de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo sobre la cuestión jurídica sometida a su enjuiciamiento (en este caso, la determinación de qué actividad procesal es susceptible de interrumpir los plazos de prescripción del delito).

En lo que sigue trataremos de poner de manifiesto que semejante doctrina —a saber, que toda resolución que difiere de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo es «injusta» a los efectos del delito de prevaricación judicial— no sólo se aparta de nuestra más rancia tradición jurídica; sino que se opone a nuestra Constitución y a la interpretación que de la misma ha dado el Tribunal Constitucional, además de contravenir nuestra legislación ordinaria. Asimismo trataremos de demostrar que esta doctrina, de consolidarse, tendría consecuencias altamente perturbadoras y disfuncionales para nuestro entero modelo de organización del Poder Judicial.

Si a lo anterior se añade que, al analizar el tipo subjetivo de este delito, el Tribunal Supremo parte de que como el juez es un técnico en derecho no es pensable que desconozca el carácter injusto de su resolución, de ello se sigue que, para el Tribunal Supremo, una vez deducida la injusticia de la resolución a partir de su contrariedad con la jurisprudencia casacional, y afirmado el dolo por ser el Juez un experto en derecho, ya están presentes todos los elementos necesarios para poder imputar al juez el delito de prevaricación dolosa previsto en el art. 446 CP⁷.

⁶ En los fragmentos de la sentencia últimamente citados en el cuerpo del texto la cursiva no aparece en el original.

⁷ Esta doctrina se desprende nítidamente del siguiente fragmento de la STS de 11 de diciembre de 2001: «En relación al elemento subjetivo concretado en la expresión “a sabiendas” que emplea el tipo penal es evidente que desde la condición del

En otras palabras, la sentencia aquí comentada parte del siguiente silogismo: Premisa mayor: toda resolución judicial es *injusta* —y realiza de este modo el tipo objetivo de la prevaricación— si se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo; premisa menor: todo Juez o Magistrado conoce, como experto en derecho, la doctrina casacional aplicable a las cuestiones sometidas a su enjuiciamiento —con lo que, en caso de apartarse de la misma, necesariamente lo hace *a sabiendas*, y por tanto, concurriendo el dolo requerido por el tipo subjetivo de la prevaricación—; conclusión: todo Juez o Magistrado que se aparta en alguna de sus resoluciones de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo aplicable a la cuestión sometida a su enjuiciamiento comete el delito de prevaricación judicial dolosa, al reunir su conducta todos los elementos, tanto objetivos como subjetivos, de dicho tipo penal.

3. Una cuestión espinosa: la búsqueda de criterios seguros para la delimitación del elemento típico de *injusticia de la resolución* del art. 446 CP

Antes de abordar la crítica de la sentencia aquí comentada debemos empezar por reconocer la especial dificultad que plantea la interpretación de un delito como el de prevaricación judicial, que sitúa, como elemento típico central, nada menos que el concepto de «sentencia o resolución injusta». La inclusión de semejante concepto en el núcleo del tipo objetivo obliga al intérprete a buscar criterios que permitan perfilar y llenar de contenido un elemento de contornos tan borrosos como el de *injusticia de una resolución judicial*. Baste considerar que este elemento —la justicia o injusticia de una determinada solución interpretativa— ha constituido y constituye el objeto perenne e inagotable de la ciencia jurídica y la especulación dogmática.

En efecto, ¿Cómo va a poder delimitarse con precisión el concepto de «injusticia de una sentencia o resolución» cuando rara vez se alcanza la unanimidad entre los juristas al interpretar un determinado pre-

recurrente de experimentado Magistrado Presidente de una Sección Penal de la Audiencia Provincial de Barcelona, y como tal conocedor del derecho, el claro apartamiento de la legalidad que se evidencia en dicho auto es exponente de una intencionalidad clara de actuar como tal».

⁸ En parecido sentido: MUÑOZ CONDE, F., en su prólogo a la obra: García Arán, M.: *La Prevaricación Judicial*, Madrid, 1990 (p. 13).

cepto legal, y cuando mayoritariamente se rechaza que los problemas jurídicos tengan una «única solución justa»?⁹ ¿Cómo hablar de la existencia de resoluciones «injustas» cuando el propio Tribunal Supremo admite que el Derecho no es una «ciencia exacta»?¹⁰ En la interpretación del art. 446 del Código Penal reaparecen, una vez más, las grandes cuestiones irresueltas de la filosofía del derecho y de la metodología jurídica¹¹.

En la interpretación de este elemento típico de la «injusticia de la resolución» se han propuesto dos grandes líneas interpretativas:

- Por un lado, la *teoría subjetiva*, hoy minoritaria en la doctrina y abandonada en la jurisprudencia¹², según la cual la injusticia debe determinarse partiendo de la representación del juzgador: será injusta la resolución que el juez dicte en la convicción de que es injusta. A esta línea interpretativa puede reprochársele que vacía prácticamente de contenido el tipo objetivo del delito, al convertir su elemento típico central en un elemento puramente subjetivo, lo cual casa mal con el tenor literal del art. 446 del Código Penal que claramente distingue dos planos en el tipo: un plano objetivo —consistente en el dictado de una resolución injusta— y un plano subjetivo —manifestado por la locución «a sabiendas»— consistente en el conocimiento por parte del autor

⁹ Según se pone de manifiesto en las numerosas críticas que han recibido las tesis de Dworkin (plasmadas en DWORKIN, R.: «No Right Answer?», en *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, 1977, pp. 58 y ss.) en defensa de la existencia de una única solución justa en los litigios y cuestiones jurídicas (da cuenta de esta polémica, también desde una posición crítica con la postura de Dworkin: GASCÓN ABELLÁN, M.: *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, 1993, pp. 22 y ss.).

¹⁰ Según reconoció el propio Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 2/1999, de 15 de octubre (recaída en el célebre caso «Gómez de Liaño»).

¹¹ Estas dificultades intrínsecas a la interpretación del delito de prevaricación (y que se acentúan en el ambiente de moderado relativismo que parece predominar actualmente en la ciencia jurídica) son advertidas lúcidamente por la STS 2/1999, de 15 de octubre (ponente: Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos) cuando señala que «una concepción del derecho extremadamente relativista [...] en realidad conduce a la justificación de cualquier decisión judicial».

¹² Más ampliamente a este respecto: SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Tipo objetivo, prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación judicial [Comentario a la STS de 15-10-1999 (RJ 1999, 7176) (Sala 2.^a)]», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 415, 1999, p. 2. Una exposición de la evolución de la jurisprudencia en materia de prevaricación judicial puede encontrarse en CARRETERO SÁNCHEZ, A.: «Notas sobre la prevaricación judicial dolosa», *La Ley*, núm. 5541, 10 de mayo de 2002, pp. 1 y ss.

del carácter injusto de su resolución¹³. En efecto, si la injusticia no fuera concebida por el legislador como algo objetivo y externo al sujeto, no emplearía la expresión «a sabiendas» (que claramente presupone la existencia de un objeto de conocimiento real y externo al sujeto cognoscente), sino la expresión: «en la creencia de ser injusta la resolución» u otra expresión equivalente.

- Por otro lado, la *teoría objetiva*: esta concepción, mayoritaria en la doctrina y que sin duda predomina en la jurisprudencia reciente, parte de que la *injusticia de la sentencia o resolución* debe determinarse con arreglo a criterios objetivos¹⁴.

Ahora bien, ¿cuáles son esos criterios objetivos que permiten distinguir las resoluciones justas de las injustas?

La respuesta necesariamente habrá de ser distinta según si el origen de la presunta injusticia de la resolución se sitúa en el nivel del juicio fáctico o en la operación de calificación y subsunción jurídica.

En efecto, aunque a la postre la injusticia de una resolución acaba manifestándose en su parte dispositiva —al constituir ésta su contenido más esencial— parece claro que dicha injusticia puede tener su origen en cualquiera de los dos juicios de que se compone toda resolución jurisdiccional: tanto en el juicio fáctico como en el juicio de subsunción jurídica. De este modo, la injusticia finalmente plasmada en la parte dispositiva puede derivar tanto de una fijación inveraz de los antecedentes fácticos de la resolución, como de una operación de calificación y subsunción jurídica arbitraria¹⁵.

¹³ Así también: RAMOS TAPIA, M. I.: «La interpretación del tipo de prevaricación judicial en el Estado democrático de derecho: comentario a la sentencia del caso *Gómez de Liaño*», *La Ley*, 1999-6, pp. 2006 y s.

¹⁴ Cfr. GARCÍA ARÁN, M.: *La prevaricación judicial*, Madrid, 1990, pp. 109 y ss.; CANCIO MELIÁ, M.: *Comentarios al Código Penal* (dir. Rodríguez Mourullo), Madrid, 1997, pp. 1176 y s.; BENÉYTEZ MERINO, L.: *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (dir. Conde-Pumpido Ferreiro) tomo III, Madrid, 1997, comentario al art. 446, pp. 4184 y s.; ORTS BERENGUER, E.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 3.^a ed., Valencia, 1999, p. 783; GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Compendio de Derecho Penal Español (Parte Especial)* (dir. Cobo del Rosal), Madrid, 2000, p. 854; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 13.^a ed., Valencia 2001, p. 877; a nuestro juicio la *teoría intermedia o de los deberes* defendida por RAMOS TAPIA, M. I.: *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2000, pp. 314 y ss. también puede situarse entre las teorías objetivas (contra lo sostenido por esta misma autora) por cuanto participa del esfuerzo por buscar criterios objetivos para la determinación del elemento de injusticia (proponiendo, como criterio decisivo, el de la inobservancia por parte del juez de los métodos jurídicos admitidos en derecho).

¹⁵ En idéntico sentido: GARCÍA ARÁN, M.: *La prevaricación judicial*, p. 120; GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Compendio de Derecho Penal Español*, p. 854; RAMOS TAPIA, M. I.: *La pre-*

Cuando la presunta injusticia derive de una supuesta arbitrariedad cometida *en el ámbito del juicio fáctico*, la determinación de si concurre o no realmente dicha injusticia será relativamente fácil:

En efecto, si bien se examina, la fijación arbitraria de los antecedentes fácticos de una resolución no pasa de ser una suerte de «falsedad ideológica» cometida por el propio juez al incluir, entre los antecedentes de hecho determinantes de su decisión, sucesos objetivamente falsos, o al omitir datos fácticos decisivos y relevantes. Para probar dicha falsedad, se acudirá a los medios de prueba habituales y dicha prueba no planteará más dificultades que las propias de toda prueba de lo fáctico.

Esto es lo que hizo, por ejemplo, la STS de 4 de julio de 1996 (dictada por el Tribunal Supremo en primera y única instancia en el caso «Pascual Estevill»): en dicha resolución el Alto Tribunal castigó como prevaricador a un Juez de Instrucción que transformó a dos testigos en imputados sin que apareciera en la causa el menor soporte fáctico que justificara tal resolución, al entender que si «nada hay en los documentos aportados con la [*querrela*] de lo que pudiera deducirse una participación en el delito de que se trate y no existen otras diligencias relativas al caso, es claro que el Juez no puede por su propia decisión personal, huérfana de la más mínima probanza, transformar al testigo en imputado». En este caso la «injusticia» de la resolución derivó de una fijación falsa de los presupuestos fácticos de la resolución, falsedad que se probó fácilmente mediante el simple examen de la documentación obrante en la causa¹⁶.

Más difícil se presenta la objetivación de la injusticia cuando la presunta arbitrariedad se sitúa en la *operación de subsunción jurídica*. Ello es así por la propia dificultad que entraña determinar qué es lo justo o cuál es la solución correcta en toda operación de interpretación del ordenamiento¹⁷.

varicación judicial, p. 337; así como la STS de 4 de julio de 1996, en cuyo Fundamento Jurídico Sexto se indica que el elemento típico de injusticia de la resolución puede ir referido «tanto a aspectos de procedimiento como materiales, ya se trate de cuestiones de calificación jurídica, ya de problemas de hecho o de apreciación de la prueba».

¹⁶ Con razón Martínez-Pereda Rodríguez, en su voto particular a la STS 2/1999, de 15 de octubre, se refirió a esta sentencia de 4 de julio de 1996 «como un supuesto paradigmático de injusticia, ejemplo de libro porque hace referencia a un contexto fáctico en el que el elemento objetivo de la infracción aparecía [...] patente y clamoroso [...]»; y en sus palabras se advierte la mayor facilidad que presenta la acreditación de la injusticia cuando ésta deriva de una arbitrariedad cometida en el *juicio fáctico*.

¹⁷ A la vista de esta dificultad el Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, en su informe final al término del Juicio en la Causa Especial 2940/1997 (caso «Gómez de

El Tribunal Supremo, en un intento por ofrecer un criterio objetivo que permitiera acotar este elemento de la *injusticia* de la resolución ha venido proponiendo últimamente el siguiente: debe tenerse por injusta toda aplicación del derecho «que no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del derecho»¹⁸.

Nuestro Alto Tribunal, al objetivar de este modo el elemento típico de injusticia convierte el delito de prevaricación judicial en un delito de infracción de deber¹⁹: en efecto, según esta interpretación, es injusta toda aquella resolución en la que el Juez no cumple con su deber de fundamentar sus interpretaciones con arreglo a alguno(s) de los cánones interpretativos aceptados en derecho.

Este criterio tiene a su favor la ventaja de su claridad y objetividad, pero presenta el inconveniente de su carácter excesivamente formal: con arreglo a este criterio la justicia de una determinada solución jurídica se identifica con el mero cumplimiento de deberes formales de motivación, con lo que se prescinde de toda referencia material en la identificación de la injusticia. De acuerdo con este criterio, cualquier solución interpretativa es aceptable mientras se haya obtenido con ayuda de alguno de los criterios hermenéuticos habituales.

El propio Tribunal Supremo pareció darse cuenta de este punto débil del criterio cuando en su sentencia 2/1999, de 15 de octubre, introdujo la siguiente prevención: no basta con que la resolución se rodee de cierta argumentación jurídica para tenerla por justa, y ello porque al ser el juez un técnico en derecho no le resulta difícil —cuando pretende prevaricar— trabar una argumentación con el único pro-

Liaño») que dio lugar a la STS 2/1999, de 15 de octubre, se mostró claramente escéptico respecto de la posibilidad de caracterizar objetivamente la injusticia de una resolución, y sostuvo que sólo cabía una caracterización subjetiva de dicho elemento.

¹⁸ Así, expresamente: la STS 2/1999, de 15 de octubre, la cual añadía además que «el Juez [...] sólo puede deducir de las leyes las consecuencias que algún medio o método jurídico de interpretación le permita. Puede recurrir según su parecer al método gramatical, al teleológico, al histórico o subjetivo, al sistemático, etc., pero su decisión debe provenir de la rigurosa aplicación de los criterios racionales que cada uno de estos cánones interpretativos establece», de modo que «toda resolución motivada de la manera que acabamos de explicar será jurídicamente correcta». En parecidos términos se expresaba la STS 1/1996, de 4 de julio. Adviértase que este criterio ha sido también el empleado por la Sala Segunda para objetivar el elemento de *arbitrariedad de la resolución* en el delito de prevaricación administrativa: cfr. por ejemplo, las SSTS 155/1997, de 7 de febrero; 798/1995, de 10 de julio, y 965/1999, de 14 de junio.

¹⁹ Tal y como certeramente ha puesto de relieve SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 415, 1999, p. 3.

pósito de encubrir una injusticia o una ilegalidad, rodeándola de apariencia jurídica²⁰.

Con ello el Tribunal Supremo venía a introducir la siguiente distinción: por un lado estarían las argumentaciones jurídicas «rectas», en las que los métodos y criterios interpretativos son empleados legítimamente y, por otro, las argumentaciones jurídicas «torcidas» o encubridoras de la injusticia, en las que los argumentos y criterios jurídicos únicamente son instrumentalizados con el afán de encubrir y hacer menos visible una ilegalidad o una injusticia material.

Ahora bien, a la vista de esta distinción surge de inmediato la pregunta: ¿cómo y en qué se distinguen las argumentaciones jurídicas razonables y rectas de las puramente «encubridoras», sobre todo en aquellos casos en que unas y otras utilizan alguno de los cánones interpretativos habituales en derecho?

La STS 2/1999 no da respuesta a esta pregunta ni ofrece todavía criterio alguno que permita efectuar dicha distinción. Y es que, en verdad, nada parece más difícil que hallar criterios seguros para realizar dicha distinción:

En efecto, como algún autor ha puesto de manifiesto, uno de los problemas a los que se enfrenta la hermenéutica jurídica es que si bien ésta se ha dotado de diversos cánones de interpretación comúnmente aceptados, carece de un *supracanon*, de un criterio último, superior a los demás, que permita determinar qué solución debe prevalecer cuando, por la aplicación de los distintos criterios exegéticos al uso, se obtiene una pluralidad de soluciones interpretativas contradictorias entre sí. En suma: falta un *metacriterio* que resuelva cuál es la solución interpretativa correcta y preferible cuando, por la aplicación de los distintos criterios interpretativos aceptados en derecho, se obtienen soluciones diversas²¹.

De ahí que no sea fácil distinguir cuándo una determinada argumentación jurídica resulta aceptable y cuándo no, siempre que en dicha

²⁰ Esta sentencia 2/1999, de 15 de octubre, expresamente advierte que «la prevaricación judicial es un delito de técnicos en derecho y, consecuentemente, en la motivación de las resoluciones prevaricadoras predominan los argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto».

²¹ En este sentido: HASSEMER, W.: *Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento, límites de la prisión preventiva* (trad. de Patricia S. Ziffer), 1.ª ed., Buenos Aires, 1995, pp. 25 y s.

argumentación se invoque con cierta lógica alguno de los cánones interpretativos al uso²².

En efecto, si no existe un criterio interpretativo superior y dirimente, ¿cómo distinguir los supuestos en los que la utilización de un determinado canon de interpretación es legítima y razonable de aquellos otros en los que dichos criterios jurídicos o exegéticos son empleados —en expresión del propio Tribunal Supremo— como meros «argumentos encubridores del carácter antijurídico» de la resolución?²³

Llegados a este punto, el Tribunal Supremo, a la hora de interpretar el delito de prevaricación judicial, se veía enfrentado a una radical disyuntiva, ante la que necesariamente tenía que acabar tomando partido:

- O bien optaba por calificar como *no injusta* (y, por tanto, como no susceptible de integrar el delito de prevaricación judicial) toda resolución que cumpliera formalmente con el requisito de la motivación y utilizara razonablemente alguno de los cánones interpretativos al uso, por entender que es imposible —a falta del indicado criterio interpretativo superior y dirimente— controlar si el criterio interpretativo escogido por la resolución judicial en cuestión es el correcto²⁴;
- O bien debía optar por dar un paso más en su esfuerzo por objetivar el elemento típico de «injusticia», y ofrecer algún criterio objetivo que permita distinguir las opiniones jurídicamente defendibles de las manifiestamente inaceptables, y

²² Éste es el principal inconveniente que plantean algunas de las fórmulas propuestas para identificar cuándo estamos ante una resolución injusta: así, por ejemplo, la fórmula empleada por la STS de 3 de mayo de 1986 —según la cual es «injusta» aquella aplicación de la ley «que no pueda explicarse por una interpretación razonable de la ley»— o la propuesta por QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Quintero Olivares), 2.ª ed., Pamplona, 1999, p. 1.319 —para quien es «injusta» la interpretación «que en ningún caso puede hacerse»—. En efecto, tales fórmulas, si no van acompañadas de un criterio nítido que permita distinguir las interpretaciones «razonables» de las «no razonables», o las «tolerables» de las «intolerables», quedan vacías y no sirven para acotar el elemento típico de *injusticia de la resolución*.

²³ En expresión empleada por la STS 2/1999, de 15 de octubre, que hace suya, a su vez, la STS 2338/2001 de 11 de diciembre, objeto del presente comentario.

²⁴ Ésta parece ser la opción interpretativa adoptada por GARCÍA ARÁN, M.: *La prevaricación judicial*, p. 117, cuando, tras señalar que no es prevaricadora toda decisión jurisdiccional que parta de una *interpretación justificable teóricamente*, añade que «para concretar la justificabilidad teórica de una interpretación habrá que acudir a los métodos admitidos por la ciencia jurídica»; y por RAMOS TAPIA, M. I.: *La Ley*, 1999-6, p. 2007; LA MISMA: *El delito de prevaricación judicial*, pp. 319 y ss.

determinar cuándo una determinada fundamentación jurídica, aun invocando algún criterio interpretativo tradicional en derecho, en realidad está encubriendo una solución injusta e insostenible.

Pues bien, esta segunda opción es la que ha adoptado el Tribunal Supremo en la sentencia aquí comentada: en efecto, en esta Sentencia de 11 de diciembre de 2001 la Sala Segunda, tras indicar que una determinada solución interpretativa debe ser calificada de injusta cuando «no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles» propone, como criterio superior y dirimente para acotar el ámbito de lo jurídicamente insostenible, el de la *conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo*.

De este modo, la sentencia aquí comentada parte —de forma más o menos explícita— de que las distintas soluciones interpretativas obtenibles utilizando los cánones interpretativos al uso al aplicar algún precepto legal no se encuentran en pie de igualdad. Estas soluciones no deben ser vistas como alternativas todas ellas igualmente legítimas, entre las que el juzgador puede libremente optar de acuerdo con su convicción. Nada de eso: según la sentencia aquí analizada, cuando sobre una determinada cuestión de derecho el Tribunal Supremo ha sentado una doctrina estable, esa jurisprudencia debe actuar como criterio superior y dirimente en la labor de interpretación. A partir de ese momento, la única opción interpretativa legítima pasa a ser la adoptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su función de policía jurídica.

En otras palabras: una vez que el Tribunal Supremo ha adoptado establemente una determinada solución interpretativa ya no cabe oponer a esta interpretación soluciones diversas, amparándose en criterios interpretativos distintos. Cuando el Alto Tribunal ha señalado cuál es la solución interpretativa «correcta» en una *quaestio iuris*, cualquier interpretación discrepante que provenga de otro órgano jurisdiccional, aunque invoque cánones interpretativos tradicionales y utilice argumentos razonables, debe tenerse por errónea y jurídicamente insostenible.

Sin duda el criterio propuesto —inferir el elemento típico de injusticia de la resolución a partir de la contrariedad con la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo— presenta la innegable ventaja de su objetividad y certeza. Desde este punto de vista no puede negársele un cierto mérito al intento por ofrecer un criterio objetivo y seguro.

Sin embargo, aun admitiendo que el criterio propuesto presenta la ventaja de su concreción y certeza, a nuestro juicio, es un criterio inco-

recto y perturbador, que choca frontalmente con nuestra tradición jurídica (según desarrollaremos en el apartado 4.), limita la independencia y autonomía de los Jueces y Tribunales reconocida en el art. 117 de la Constitución, en la interpretación dada a este precepto por la jurisprudencia constitucional (*vid.* el apartado 5.), y entra en contradicción con nuestra legalidad ordinaria (según se verá en el apartado 6.). Castigar como prevaricador al Juez o Magistrado que se aparta de la jurisprudencia de nuestro tribunal de casación, supone una clara vulneración del principio de intervención mínima al utilizar el delito de prevaricación judicial —y, con ello, la pena criminal— como refuerzo punitivo para lograr la unificación de la doctrina jurisprudencial y la igualdad en la aplicación judicial de la ley, finalidades muy loables pero que no deben perseguirse a través del derecho penal (según se desarrollará en el apartado 7).

4. La férrea vinculación al precedente jurisprudencial: un principio ajeno a nuestra tradición jurídica continental

El principio de vinculación a los precedentes jurisprudenciales es propio y característico del sistema del *common law*. En efecto, el sistema del *common law* es un sistema del caso (*case law*): en dicho modelo, los órganos jurisdiccionales están obligados a respetar, en cuanto a su *ratio decidendi*, las decisiones judiciales que hayan recaído en casos anteriores idénticos (tanto las propias como las que dimanen de tribunales superiores)²⁵. De este modo, al resolver un caso el Juez ha de *atenerse* a las *decisiones* judiciales anteriores —*stare decisis*— en las que se hayan resuelto casos idénticos²⁶.

De este modo, «mientras el sistema continental se funda en el principio de la *res iudicata*, en virtud del cual la fuerza jurídica de la sentencia no va más allá del caso concreto planteado y afecta sólo a las partes procesales o a sus sucesores, el sistema anglosajón se basa en

²⁵ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, 1997, pp. 68 y ss.

²⁶ Cfr. XIOL RÍOS, J. A.: «El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional», *Poder Judicial*, núm. 3, 1986, p. 28; DíEZ-PICAZO, L. M.: «Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992, p. 27; ITURRALDE SESMA, V.: *El precedente en el common law*, Madrid, 1995, pp. 31 y ss.

la máxima *stare decisis*, que supone atribuir eficacia vinculante general al precedente judicial»²⁷.

Esta rígida vinculación al precedente jurisprudencial es ajena a nuestra tradición jurídica continental: en nuestro universo jurídico del *civil law* —sobre todo a partir del movimiento codificador decimonónico, en el que incidió grandemente el dogma de la *soberanía del legislador*²⁸— se ha tendido a poner el acento en el sometimiento exclusivo del Juez a la ley, con el consiguiente rechazo de una vinculación absoluta de los jueces al precedente jurisprudencial²⁹. En nuestra tradición, en efecto, se ha venido entendiendo que el reconocimiento de fuerza vinculante a la jurisprudencia supondría, por un lado, admitir que existe una fuente de derecho más allá de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho y, por otro, conllevaría una merma de la autonomía e independencia de los jueces en su labor interpretativa.

Al enjuiciar el sistema del *stare decisis* desde nuestra perspectiva continental se ha señalado que este es un modelo que presenta, junto a evidentes ventajas —singularmente: una mayor seguridad jurídica en la aplicación de la ley, al ser más previsible la solución del caso— algunos innegables peligros: principalmente, el de la fosilización del derecho, por lo difícil que resulta cualquier evolución jurisprudencial en un modelo en el que el Juzgador se siente férreamente anclado al precedente³⁰.

²⁷ Vid. XIOL RÍOS, J. A.: *Poder Judicial*, núm. 3, 1986, p. 28.

²⁸ Cfr. DE LOS MOZOS, J. L.: «El sistema del «Common Law» desde la perspectiva jurídica española», *Revista de Derecho Privado*, 1983, pp. 329 y ss.; DíEZ-PICAZO, L. M.: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992, pp. 28 y s.; si bien, según señala este mismo autor, las raíces últimas de las diferencias entre el sistema continental y el anglosajón hay que buscarlas en el diverso modo en que se produjo la recepción del Derecho Romano en uno y otro ámbito.

²⁹ Ello no obstante, no han faltado voces que han relativizado la radical distinción que tradicionalmente se ha venido trazando entre ambos sistemas, y ello tanto por la paulatina flexibilización del sistema del precedente que se ha venido produciendo en los países del «common law», como por la importancia atribuida a la función unificadora del precedente judicial emanado de los órganos jurisdiccionales supremos, en los países del «civil law» (en este sentido ya PUIG BRUTAU en *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona, 1951 [citado por XIOL RÍOS, J. A.: *Poder Judicial*, núm. 3, 1986, p. 29] y últimamente LÓPEZ GUERRA, L.: «La fuerza vinculante de la jurisprudencia», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 442, 2000, p. 2).

³⁰ En este sentido: KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho* (traducción de la 2.^a ed. alemana a cargo de R. J. Vernengo), 5.^a ed., México, 1986, p. 260; DE LOS MOZOS, J. L.: *Revista de Derecho Privado*, 1983, p. 332, ITURRALDE SESMA, V.: *El precedente en el «common law»*, pp. 67 y ss. No obstante, adviértase asimismo que, de hecho, aún en los países sometidos al sistema del precedente, la vinculación al precedente no impi-

Un juez continental, puesto ante la tesitura de escoger, en un caso concreto, entre aplicar la jurisprudencia emanada por un tribunal superior o bien interpretar la ley del modo que le parece correcto —separándose de aquel precedente jurisprudencial— no está obligado a prestar un rígido acatamiento al precedente jurisprudencial. De este modo, nunca tendrá que incluir en sus sentencias palabras como las que escribió el juez inglés Buckeley al verse obligado a aplicar un precedente jurisprudencial que estimaba erróneo: «no soy capaz de aducir ninguna razón que muestre que la sentencia que voy a pronunciar es justa [...], pero estoy vinculado por una autoridad, la cual es mi deber seguir»³¹. En un caso similar, nuestros jueces continentales no dudarían en apartarse del precedente jurisprudencial, aun a riesgo de ver revocada su resolución por vía de recurso.

Ello no significa que en nuestro contexto jurídico no se advierta la importancia de salvaguardar la igualdad en la aplicación judicial de la ley ni se perciba la conveniencia de evitar excesivas disparidades en la resolución judicial de casos idénticos. Lo que sucede es que para la consecución de este deseable objetivo se ha preferido, en vez de acudir a la figura del precedente vinculante, recurrir a la vía de los recursos como instrumento unificador de la interpretación de la ley³².

De este modo, el Juez conserva su independencia y autonomía al interpretar la ley, pudiendo por tanto discrepar de la interpretación sostenida por órganos jurisdiccionales funcionalmente superiores. Es al resolver los eventuales recursos legalmente previstos cuando los tribunales de apelación o el Tribunal de Casación unificará la interpretación de la ley, revocando, en su caso, las decisiones que se aparten de su propia jurisprudencia, o modificando su doctrina anterior y abrazando la opinión discrepante del inferior funcional cuando encuentre en la resolución recurrida motivos que justifiquen un abandono de su anterior jurisprudencia.

de el progreso y evolución de la jurisprudencia y la adaptación de ésta a los cambios sociales, al admitirse —y, por cierto, de forma creciente— la posibilidad de un apartamiento razonado del precedente —con la consiguiente suavización del *stare decisis*— que permite un progreso en la jurisprudencia, según ponen de relieve ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, p. 165; XIOL RÍOS, J. A.: *Poder Judicial*, núm. 3, 1986, pp. 28 y s.; ITURRALDE SESMA, V.: *El precedente en el common law*, p. 67; y MARTÍN MINGARRO, L.: «Common Law/Derecho Continental: del enfrentamiento a la fusión», *Gaceta Jurídica*, núm. 200, 1999, p. 28.

³¹ Declaración incluida en la explicación del sentido de su voto en el caso «Olympia Oil and Cake Ltd. v. Produce Brokers Ltd.», citada por XIOL RÍOS, J. A.: *Poder Judicial*, núm. 3, 1986, p. 28.

³² DÍEZ-PICAZO, L. M.: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992, p. 35.

Con lo expuesto se advierte hasta qué punto la sentencia que aquí comentamos casa mal con nuestra tradición jurídica, pues no sólo presupone un deber absoluto de vinculación a la jurisprudencia casacional —deber totalmente extraño a nuestra cultura jurídica— sino que olvida que en nuestro modelo continental la unificación en la interpretación de la ley viene asegurada a través del sistema de los recursos legalmente previstos³³.

En efecto, la sentencia de 11 de diciembre de 2001, parte, en el fondo, y como premisa implícita, de la existencia de una vinculación absoluta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero adviértase, además, que al sentar dicha premisa como presupuesto de la interpretación del delito de prevaricación la sentencia aquí comentada está yendo todavía más allá: no sólo presupone la existencia de un mandato de vinculación absoluta a la jurisprudencia casacional, sino que entiende que dicho mandato está garantizado penalmente, al interpretar que su incumplimiento integra el tipo objetivo del delito de prevaricación judicial.

5. La vinculación absoluta a la doctrina del Tribunal Supremo: un principio contrario a la Constitución Española y a la Jurisprudencia Constitucional

La idea según la cual los jueces únicamente están sometidos a la ley y no se encuentran férreamente vinculados a los precedentes jurisprudenciales, no es tan sólo un principio informador de nuestra cultura jurídica entendida como concepto supralegal, sino que se trata de un principio que ha encontrado plasmación positiva en nuestra Constitución, según trataremos de demostrar.

Basta una simple lectura de nuestra Constitución para comprobar que ésta se alinea con el llamado sistema de fuentes continental³⁴: así lo demuestra el artículo 9. 3. C.E. que proclama el principio de legalidad y la jerarquía normativa, así como el artículo 117. 1. C.E. al esta-

³³ En parecido sentido: RIVERO ORTEGA, R.: «Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 157, 2002, pp. 94 y ss., y 113: quien, a modo de resumen señala que «precedente, con valor vinculante, al modo del *common law*, no existe en nuestro Derecho».

³⁴ En igual sentido: HERRERO TEJEDOR, F.: «El Tribunal Constitucional y el sistema de fuentes», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 1/2000, p. 20.

blecer que «[l]a justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados [...] *independientes*, inamovibles, responsables y *sometidos únicamente al imperio de la Ley*», de donde se sigue que en nuestro ordenamiento las resoluciones judiciales no constituyen fuente del ordenamiento.

La doctrina científica, al comentar esta garantía constitucional de la independencia judicial ha puesto de relieve que esta garantía se proyecta también al ámbito de las relaciones que establecen entre sí los distintos órganos jurisdiccionales. En otras palabras: la independencia no sólo protege a los Jueces y Magistrados frente a las influencias que pudieran provenir de otros poderes del Estado o de instancias ajenas al Poder Judicial, sino también frente a las injerencias indebidas que pudieran proceder de otros órganos del Poder Judicial³⁵.

En efecto, los principios de independencia judicial y de exclusiva vinculación del juez a la ley consagrados en el art. 117.1 de la Constitución implican que el juez desarrolla su función jurisdiccional libre de toda *subordinación jurídica*³⁶, de modo que en el ejercicio de dicha función no cabe ninguna mediación en la relación que se establece entre el Juez y la ley³⁷, por lo que ninguna responsabilidad —y mucho menos, penal— puede exigírsele a éste por el hecho de apartarse de la jurisprudencia, sin perjuicio de que, como consecuencia de su apartamiento, pueda ver revocada su sentencia o resolución, por la vía de los recursos legalmente establecidos³⁸.

³⁵ Como expresamente reconoció la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En igual sentido: XIOL RÍOS, J. A.: *Poder Judicial*, núm. 3, 1986, p. 33; MONTERO AROCA, J.: *Independencia y responsabilidad del Juez*, Madrid, 1990, p. 120; BANDRÉS, J. M.: «La extensión indebida de la responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados», *Poder Judicial*, núm. 22, 1991, p. 13. A esta vertiente de la garantía de la independencia judicial se refiere Díez-PICAZO, L. M.: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992, p. 21, con el término de «independencia interna», por oposición a la «independencia colectiva» que protege a la judicatura en su conjunto frente a las eventuales presiones provenientes de otros poderes del Estado.

³⁶ En expresión de DE OTTO, I.: *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989, p. 58, que hace suya Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.: «Responsabilidad disciplinaria e independencia judicial», *Poder Judicial*, núm. 22, 1991, p. 138.

³⁷ Así también: BANDRÉS, J. M.: *Poder Judicial*, núm. 22, 1991, p. 23.

³⁸ En este sentido: GARCÍA ARÁN, M.: *La prevaricación judicial*, p. 74, que explícitamente escribe que «ese torcimiento del Derecho que supone la prevaricación no es imaginable en la desviación de la doctrina jurisprudencial»; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.: *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, 1991, p. 126; VILATA MENADAS, S.: «La congruencia de la resolución judicial y la vinculación al precedente», *Revista General de Derecho*, núms. 586-87, 1993, p. 6.935; CUELLO CONTRERAS, J.: «Jurisprudencia y prevaricación», *La Ley*, 1993-1, p. 1047, quien señala que el juez no sólo no está vinculado por los precedentes judiciales, sino tampoco por la doctrina científica

Añádase a lo anterior que nada sería más contrario al progreso y evolución de la jurisprudencia que el impedir que los jueces y tribunales inferiores no puedan promover la evolución de ésta mediante la adopción de soluciones interpretativas distintas de las recogidas en las sentencias del Tribunal Supremo. Llevada a su extremo, esta concepción tendría consecuencias muy negativas: paralizaría el derecho y frenaría su evolución, pues supondría que el único órgano jurisdiccional del que podría partir la iniciativa para la evolución de la jurisprudencia (al menos en aquellas cuestiones sobre las que existiera jurisprudencia casacional) sería el Tribunal Supremo, lo cual entorpecería la necesaria evolución de la misma³⁹ y, con ello, «uno de los instrumentos de adaptación normativa del Derecho a la realidad cambiante» (en palabras del propio Tribunal Constitucional: cfr. SSTC 48/1987 y 304/1993).

Es más, la experiencia demuestra que el mantenimiento por parte de los tribunales inferiores de opiniones discrepantes en relación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo constituye un elemento dinamizador, que incide a la larga en la modificación de la propia doctrina del Alto Tribunal⁴⁰. Así, es de recordar cómo la modificación de la doctrina de la Sala Segunda sobre la relación concursal existente entre el delito de tráfico de drogas y el de contrabando (pasando de la apreciación del concurso de delitos a la apreciación del concurso de leyes) fue precedida de una postura discrepante largamente mantenida por alguna Sección de la Audiencia Provincial de Madrid (sin que nunca fueran perseguidos como prevaricadores los magistrados que dictaron tales resoluciones discrepantes), según puso de manifiesto el Magis-

ca mayoritaria; BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, p. 60; y RAMOS TAPIA, M. I.: *El delito de prevaricación judicial*, pp. 290-292.

³⁹ En sentido próximo el Tribunal Constitucional sostuvo, en sus sentencias núms. 63/1984, de 21 de mayo, y 91/1993, de 15 marzo, que ha de permitirse a los órganos jurisdiccionales apartarse de sus propios precedentes jurisprudenciales pues, de lo contrario, se estaría dificultando la deseable evolución jurisprudencial.

En igual sentido se ha expresado MONTERO AROCA, J.: *Independencia y responsabilidad del Juez*, p. 76 y s.; y VILATA MENADAS, S.: «La motivación de la resolución judicial. La observación del precedente», *Revista General de Derecho*, núms. 604-605, 1995, p. 166.

⁴⁰ En este sentido XIOL RÍOS, J. A.: *Poder Judicial*, núm. 3, 1986, pp. 31 y s., señala que la relación dialéctica que se entabla entre el tribunal superior y el inferior jerárquico, «sirve para unificar y dar certeza a la aplicación de la ley por los órganos inferiores [...], pero también para que éstos contrasten la doctrina del tribunal superior y puedan argumentar, en caso de que lo estimen necesario, en orden a conseguir una evolución o superación de aquella, con la esperanza de que el tribunal superior acepte su tesis» (la cursiva es nuestra).

trado D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez en su voto particular a la STS 2/1999, de 15 de octubre⁴¹, entre otros ejemplos que cabría citar.

Nunca hasta ahora, ni siquiera en supuestos mucho más flagrantes de discrepancia con la jurisprudencia casacional que el enjuiciado en la STS de 11 de diciembre de 2001, se pensó que hubiera que castigar como prevaricadores a los magistrados que discreparan del Tribunal Supremo. Ni siquiera en el caso extremo planteado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 26 de marzo de 1999 se barajó tal posibilidad:

En esta resolución el Tribunal Superior de Justicia de Asturias se permitió hacer caso omiso de la doctrina sentada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo reunida en Sala General para resolver un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra *una resolución anterior del propio Tribunal Superior de Justicia de Asturias, recaída en un caso de idénticas características*. Pues bien, tan seguro estaba dicho Tribunal Superior de Justicia de que al discrepar abiertamente del Alto Tribunal no incurría en ilegalidad ni tenía que temer sanción penal alguna que no sólo volvió a aplicar su doctrina anterior —a pesar de haber sido desautorizada por el Tribunal Supremo por vía de unificación de doctrina— sino que todavía se permitió consignar en su resolución que «la libertad de decisión, esencial a todo órgano judicial, nos lleva a mantener nuestro criterio al considerar que los argumentos sobre los que se construye la decisión adoptada en la sentencia del Tribunal Supremo no son, dicho siempre con el debido respeto institucional, convincentes, y por ello no pueden ser compartidos»⁴².

⁴¹ Así, Martínez-Pereda, refiriéndose, en su voto particular a la STS 2/1999, de 15 de octubre, a los Magistrados de la Audiencia de Madrid que reiteradamente discreparon de la doctrina casacional sobre la relación concursal entre el delito de tráfico de drogas y el delito de contrabando señala con lucidez que «el Magistrado y sus compañeros, inasequibles al desaliento, repetían una y otra vez su tesis contraria, a pesar de que conocían su inutilidad práctica. Nunca se pensó que tal hecho supusiera prevaricación u otro cualquier delito y ni siquiera se estimó como pura infracción disciplinaria, y eso que contrariaba abiertamente una constante doctrina del Tribunal Supremo [...]». En el mismo voto discrepante alude dicho Magistrado disidente a otros ejemplos de contumaz discrepancia entre alguna audiencia provincial y el Tribunal Supremo que jamás dio lugar a la exigencia de responsabilidad penal y que únicamente determinó la revocación de la correspondiente resolución al resolver el recurso legalmente previsto.

⁴² Resulta significativo que MOLERO MARAÑÓN, M. L.: «Cuando la doctrina judicial se aparta abierta y conscientemente de la doctrina dictada en unificación. Comentario a la STSJ de Asturias de 26 de marzo 1999», *Aranzadi Social*, 1999, vol. I, pp. 2.645 y ss., aun mostrándose muy crítica con la sentencia citada —por enten-

De ahí que desincentivar, mediante la amenaza del delito de prevaricación, toda posible discrepancia con la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, podría convertirse en un serio obstáculo a la evolución y progreso de la jurisprudencia⁴³.

A idénticas conclusiones ha llegado el Tribunal Constitucional al interpretar la garantía de la independencia judicial consagrada en el art. 117. 1 de la Constitución. En efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha indicado claramente que la función unificadora del derecho que corresponde al Tribunal Supremo se realiza a través de los recursos legalmente previstos⁴⁴ y ha rechazado reiterada y contundentemente que el apartamiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por parte de los tribunales inferiores pueda ser considerado una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva o al principio de igualdad en la aplicación de la Ley. En opinión del Tribunal Constitucional, los Jueces y Magistrados han de poder discrepar legítimamente de sus superiores funcionales al interpretar el ordenamiento pues dicha discrepancia constituye una legítima manifestación de la independencia judicial consagrada en el art. 117. 1 de la Constitución⁴⁵.

der que no se daban en el caso de autos ninguno de los presupuestos para un apartamiento legítimo de la jurisprudencia casacional, no plantea, ni siquiera a título de hipótesis, que dicha resolución pueda ser constitutiva de prevaricación, limitándose a señalar que contra la misma cabe acudir a los recursos legalmente previstos.

⁴³ En igual sentido: XIOL RÍOS, J. A.: *Poder Judicial*, núm. 3, 1986, p. 33, cuando defiende «la posibilidad de que los órganos inferiores actúen de motores de la jurisprudencia propiciando su evolución [...] sin temor a ser acusados de incumplimiento de un deber de acatamiento de las decisiones del Tribunal Supremos basado, en realidad, únicamente en el principio jerárquico».

⁴⁴ Así las SSTC 79/1986, de 16 de junio y 62/1997, de 7 de abril señalan, refiriéndose al recurso de casación, que éste «es un recurso extraordinario, del cual su finalidad principal —aunque no única— es una unificación interpretativa de las normas jurídicas ordinarias, contribuyendo así a la fijeza del ordenamiento jurídico con vistas a la seguridad jurídica», y la STC 17/1995, refiriéndose al recurso de casación para la unificación de doctrina señala que «dota de contenido real a la supremacía de su autor [*el Tribunal Supremo*], configurada constitucionalmente».

⁴⁵ Como ha puesto de manifiesto, con cita de alguna de las sentencias reproducidas en el cuerpo del texto: LÓPEZ GUERRA, L.: *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 442, 2000, p. 4. En un sentido idéntico al Tribunal Constitucional se ha pronunciado SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 415, 1999, p. 3, al escribir que «el hecho de separarse reiteradamente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo no significa necesariamente que no se hayan empleado también métodos de interpretación reconocidos [...] por lo que la decisión, a pesar de contradecir la jurisprudencia del Tribunal Supremo, podrá ser considerada [...] como ‘defendible’ jurídicamente».

Esta doctrina aparece ya en la STC 41/1986 (F.J. 1.º), en la que puede leerse que «[e]s patente la falta de fundamentación del presente recurso de amparo en lo que se refiere a la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, presuntamente producida al haberse fallado en contradicción con una previa sentencia del Tribunal Supremo. Al hacer esta afirmación, la entidad demandante está confundiendo el principio constitucional de igualdad, que incluye también la igualdad en la aplicación de la ley por un mismo órgano judicial, *con una supuesta sumisión del juez a la jurisprudencia de los tribunales superiores y a la del Tribunal Supremo al decidir recursos de casación por infracción de ley o doctrina legal*».

De forma todavía más clara se recoge esta doctrina en la STC 144/1988, de 12 de julio (F.J. 3.º), en la que se señala que el objetivo de la homogeneidad en la interpretación de la ley ha «de conseguirse sin mengua de la independencia judicial, que es también un componente esencial de la noción de Estado de Derecho y un principio estructural consagrado (art. 117.1) por nuestra Constitución. *Por eso el Juez no está sujeto a instrucciones de los Tribunales Superiores o del Tribunal Supremo, que sólo a través de los recursos previstos en las leyes procesales pueden corregir, en su caso, la interpretación de las leyes que juzguen, también con libertad incorrectas*».

En este mismo sentido abunda el ATC 76/1991, de 7 marzo, al indicar que «la exigencia de seguridad jurídica y de exclusión de arbitrariedad debe apreciarse a la luz del principio de independencia judicial que es también un componente esencial de la noción de Estado de Derecho y un principio estructural consagrado en el art. 117.2 de la Constitución. *Este principio supone que el Juez no está sujeto a las instrucciones ni a los precedentes fijados por otras instancias jurisdiccionales, sino que ha de interpretar y aplicar la Ley de acuerdo con sus propios criterios, aun cuando sometido, claro está, al sistema de recursos previsto por la Ley; recursos que pueden corregir, si procede, las interpretaciones que los órganos judiciales superiores estimen incorrectas*»⁴⁶.

⁴⁶ Es verdad que en alguna ocasión el Tribunal Constitucional se ha referido en forma equívoca a la *fuerza vinculante* de la jurisprudencia emanada por los tribunales superiores, así el ATC 389/1982, cuando indicaba que «es [...] indiscutible que un Tribunal no queda vinculado por las decisiones de otro de igual nivel, sino por la jurisprudencia de los Tribunales superiores en orden a dicha unificación, [...]» (o el ATC núm. 550/1986, que empleaba términos parecidos), pero el verdadero alcance de esta «vinculación» ha sido aclarado en posteriores resoluciones, en las que expresamente se indica que ésta no impide la discrepancia: así, la STC 246/1993 cuando señala que «[la] función de unificación de la doctrina corresponde a los órganos superiores de la jurisdicción ordinaria a través de los recursos de casación o revisión, siendo,

Y ya, por fin, es en la STC 160/1993, de 17 de mayo (F. J. 2.º) donde esta doctrina es explicitada con toda rotundidad y nitidez: «la existencia de una determinada línea jurisprudencial no implica que ésta haya de ser seguida necesariamente por *los Tribunales inferiores*, que en uso de su autonomía e independencia judicial (art. 117 CE) *pueden lícitamente discrepar del criterio sostenido por el Tribunal Supremo sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, al tratarse de órganos judiciales diferentes*»⁴⁷.

Importa subrayar que los fragmentos reproducidos no constituyen pronunciamientos aislados sino que se inscriben dentro de un entero cuerpo de doctrina del Tribunal Constitucional en materia de independencia judicial, según el cual en nuestro sistema judicial no rige el precedente⁴⁸ por lo que el objetivo de la unificación de los criterios doctrinales —cuando la disparidad de criterios en la aplicación judicial de la Ley proviene de órganos jurisdiccionales diferentes— debe buscarse a través de las vías procesales que el ordenamiento establece, entre las que se encuentran los recursos legalmente establecidos ante los tribunales superiores en rango jerárquico (así expresamente: las SSTC 49/1982, 2/1983, 304/1993 y el ATC 248/1993), la jurisprudencia de los tribunales de casación, los recursos en interés de la ley, los recursos de revisión en materia contencioso-administrativa, y otros semejantes (STC 78/1984, de 9 de julio).

De lo anterior se deduce nítidamente que para el Tribunal Constitucional los órganos jurisdiccionales no se encuentran rígidamente vinculados a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por lo que éstos pue-

pues, sus criterios los que resultan *vinculantes* como fuente complementaria del derecho (art. 1. 6. Código Civil), *sin perjuicio de la evolución de la propia doctrina originada en los órganos superiores o en la confirmación de resoluciones suficientemente fundadas de los inferiores*» (la cursiva es nuestra).

⁴⁷ En las sentencias del Tribunal Constitucional últimamente citadas la cursiva es nuestra y no aparece en el original.

⁴⁸ En este sentido, la STC 49/1985, de 28 de marzo, indica expresamente que «el Juez está sujeto a la Ley y no al precedente»; en igual sentido la STC 125/86 señala que la «directa vinculación (de jueces y tribunales) a la ley y al Derecho no puede quedar rota por una absoluta vinculación a los precedentes que nuestro ordenamiento no establece y que la Constitución no exige». En igual sentido la más reciente STC 49/1999: «los Jueces y Magistrados se hallan sometidos 'únicamente al imperio de la Ley' y no existe, en puridad, la vinculación al precedente».

Incluso la doctrina de la vinculación al autoprecedente, que fue elaborada novedosamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha ido siendo progresivamente relativizada hasta el punto de que puede considerarse prácticamente abandonada (en este sentido: LÓPEZ GUERRA, L.: *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 442, 2000, p. 2, nota 4).

den lícitamente apartarse de dicha jurisprudencia sin que de ello puedan derivarse más consecuencias que la de su posible revocación por vía de recursos —siempre que se trate de una resolución recurrible en casación—.

De ello se sigue, en resumidas cuentas, que el criterio propuesto por la STS de 11 de diciembre de 2001 para objetivar la injusticia de una resolución contradice abiertamente la interpretación dada por el Tribunal Constitucional al principio de independencia judicial del art. 117. 1. CE, según la cual todo órgano jurisdiccional mantiene, también frente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, su plena independencia y autonomía, por lo que la discrepancia entre sus resoluciones y la jurisprudencia casacional a lo sumo podrá dar lugar a su corrección por la vía de recursos, pero no podrá dar lugar a la exigencia de responsabilidad alguna del órgano jurisdiccional discrepante⁴⁹.

No cabe, por tanto, acudir al criterio de la contradicción a la jurisprudencia del Tribunal Supremo para determinar si concurre el elemento de «injusticia» de la sentencia o resolución requerido por el tipo del art. 446 del Código Penal, sin vulnerar el art. 117. 1 de la Constitución, en la interpretación dada al mismo por el Tribunal Constitucional⁵⁰.

Añádase a todo lo anterior, que resultaría extraño que un sistema jurídico como el nuestro, que confía en la independencia de sus jueces hasta el punto de permitirles que discrepen del juicio de constitucionalidad realizado por otro poder del Estado —el Poder Legislativo— planteando una cuestión de constitucionalidad cuando «considere[n] que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución» (según previenen los arts. 35 y ss. de la LOTC), no permitiera sin embargo a esos mismos jueces discrepar en sus resoluciones de la interpretación de la legalidad ordinaria que han realizado otros órganos *jurisdiccionales* —y que pertenecen, por tanto, al mismo Poder del Estado—.

⁴⁹ En igual sentido LÓPEZ GUERRA, L.: *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 442, 2000, p. 3, y RIVERO ORTEGA, R.: *Revista de Administración Pública*, núm. 157, 2002, p. 99.

⁵⁰ Coincidente: LÓPEZ GUERRA, L.: *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 442, 2000, p. 3, quien expresamente indica que aplicar el instituto penal de la prevaricación al juez que se aparta conscientemente de la jurisprudencia resulta «difícilmente admisible» y «no parece en consonancia con el mandato constitucional que garantiza la independencia del juez».

6. La vinculación absoluta a la jurisprudencia casacional: un principio que contradice también nuestra legalidad ordinaria

A esta doctrina contenida en el Fundamento Jurídico Sexto de la Sentencia de 11 de diciembre de 2001 cabe oponer, además de los obstáculos de legalidad constitucional ya mencionados, poderosas objeciones de legalidad ordinaria:

Como *primer argumento* en este sentido debe traerse a colación el artículo 12. 1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En este precepto se establece nítidamente que «[e]n el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial»; añadiéndose en el apartado siguiente que «no podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia *en virtud de los recursos que las leyes establezcan*»; y prohibiéndose en el apartado tercero el dictado de instrucciones a los inferiores jerárquicos sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, prohibición reforzada mediante las infracciones disciplinarias previstas en los arts. 417. 4. y 418. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pues bien, de estos preceptos se extrae claramente que la independencia judicial se proyecta también sobre el ámbito de las relaciones internas del Poder Judicial, y en concreto, sobre las relaciones jerárquicas entre los órganos jurisdiccionales; y que una garantía fundamental de esta independencia es la prohibición de que los superiores jerárquicos puedan dictar instrucciones sobre cómo interpretar el ordenamiento o corregir la interpretación dada por los inferiores *fuera del cauce de los recursos jurisdiccionales*. La proyección de estas reglas a la cuestión que nos ocupa impide dirigir un reproche disciplinario —y mucho menos penal— a un juez, invocando, como motivo fundamental de tal reproche, que dicho juez se ha apartado de la jurisprudencia casacional, pues ello significaría infringir doblemente el art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: por un lado, convirtiendo el delito de prevaricación judicial en una forma de corregir las interpretaciones discrepantes del ordenamiento y, por otro, transformando las sentencias de casación en instrucciones generales sobre interpretación del ordenamiento dirigidas por el Tribunal Supremo a sus inferiores jerárquicos.

Además del precitado art. 12, la Ley Orgánica del Poder Judicial ofrece un *segundo argumento* en contra de la existencia de un rígido

deber de seguimiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: no existe en dicha ley orgánica (ni en ningún otro texto de nuestro Ordenamiento) un precepto que establezca un deber de acatamiento a la jurisprudencia del Tribunal Supremo similar al que prevé el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵¹. En efecto, dicho precepto establece que los Jueces y Tribunales «interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, *conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*».

Contrasta, en efecto, la estrecha vinculación a la jurisprudencia constitucional que se establece en este artículo 5. 1. de la LOPJ con la función meramente complementaria del ordenamiento que el art. 1.6 del Código Civil atribuye a la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵².

Piénsese, además, que al no aparecer mencionada la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes elencadas en el art. 1.1 del Código Civil, hay que concluir que el mandato recogido en el art. 1.7 del Código Civil —a saber, que «Los Jueces y Tribunales tiene el deber inexcusable de resolver [...] *ateniéndose al sistema de fuentes establecido*»— no alcanza a la jurisprudencia y que, por tanto, no existe un deber estricto de sometimiento a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de donde se extrae que los Jueces y Tribunales no están rígidamente vinculados a la misma⁵³.

Pero es que, además, el empleo del criterio de la infracción de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo para integrar el elemento típico de *injusticia de la resolución* a los efectos del delito de

⁵¹ De hecho, la propia Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, consciente de ello, reclamó en su documento «Propuesta de reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones constitucionales» del año 2000, la introducción en nuestro ordenamiento de un precepto semejante al art. 5.1 de la LOPJ en relación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a fin de resaltar el papel del Alto Tribunal como intérprete supremo de la legalidad ordinaria.

⁵² No en vano GARCÍA ARÁN, M.: *La prevaricación judicial*, pp. 74 y s., se basa precisamente en este art. 5.1. LOPJ y en los innegables efectos generales que tienen las sentencias y autos del Tribunal Constitucional, para afirmar que la infracción de la doctrina del Tribunal Constitucional —a diferencia de lo que sucede con la infracción de la jurisprudencia ordinaria— sí permite calificar de injusta una decisión judicial.

⁵³ En parecido sentido ha reconocido el propio Tribunal Supremo que la jurisprudencia no puede considerarse fuente formal del ordenamiento (así la STS 1.ª de 2 de septiembre de 1990) y que su doctrina cumple una mera función meramente complementaria del ordenamiento (SSTS 1.ª de 28 de marzo de 1985, 2 de julio de 1987, 3 de enero de 1990, 19 de abril de 1991 y de 6 de febrero de 1992).

prevaricación judicial resulta contradictorio con el hecho de que, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil⁵⁴, la infracción de la jurisprudencia no se cuente entre los motivos del recurso de casación en los órdenes jurisdiccionales civil, penal y militar⁵⁵ —sí, en cambio, en el orden contencioso-administrativo, según prevé el art. 88. 1. d) de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y en el orden social, *ex* art. 205. e) de la Ley de Procedimiento Laboral—.

Si la función unificadora del Tribunal Supremo no ha sido considerada por el legislador lo suficientemente prioritaria como para incluir la infracción de la jurisprudencia entre los motivos de casación en la mayoría de los órdenes jurisdiccionales, mucho menos ha de merecer el refuerzo de la pena criminal. En nuestro derecho vigente, pretender reforzar jurídicamente la función uniformizadora de la jurisprudencia mediante una interpretación extensiva del delito de prevaricación judicial —tal y como propone la STS de 11 de diciembre de 2001— supone incurrir en una evidente incoherencia valorativa.

En efecto, ¿cómo va a poder acudir al derecho penal —que debe regirse por los principios de intervención mínima y *ultima ratio*— para garantizar la función unificadora de la jurisprudencia casacional cuando el legislador ha renunciado a utilizar medios menos drásticos —como el incluir la infracción de jurisprudencia entre los motivos del recurso de casación— para asegurar dicha función unificadora?⁵⁶

⁵⁴ En efecto, en la nueva LEC la infracción de la jurisprudencia ya no constituye propiamente un motivo del recurso de casación civil (a diferencia de lo que sucedía en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, que incluía en su art. 1692.4.º, entre los motivos del recurso de casación, «la infracción de [...] la jurisprudencia que fuer[a] aplicable para resolver las cuestiones objeto del debate») sino tan sólo uno de los criterios determinantes del «interés casacional» (pues la nueva LEC, en su art. 477, prevé como motivo único del recurso de casación, «la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso»).

⁵⁵ En este último caso, en virtud de la remisión que hace el art. 325 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar a los motivos del recurso de casación previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵⁶ En parecidos términos se expresa el Magistrado José Manuel Martínez-Pareda Rodríguez en su voto particular a la STS 2/1999, de 15 de octubre, cuando, tras constatar que el auto presuntamente prevaricador contenía un error, precisa que la «existencia de un mero error [...] resul[ta] reprochable y corregible [...] a través de los recursos legales establecidos y por otros medios del ordenamiento jurídico, *ajenos al Derecho punitivo* que se rige, entre otros, por el *principio de intervención mínima*» (el subrayado es nuestro).

7. Legitimidad constitucional de la introducción de nuevos mecanismos —no penales— garantizadores de una mayor uniformidad en la aplicación judicial de la ley

En las páginas anteriores hemos intentado poner de relieve lo incoherente y contradictorio que resultaría castigar el apartamiento consiente por parte de un Juez o de un Tribunal de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo en un sistema —como el actualmente vigente en España— en el que no rige el principio de vinculación al precedente.

Ahora bien, ¿si en el futuro se refuerza y potencia, a través de las oportunas reformas legislativas⁵⁷, la función unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁸ —según lo proyectado en el Pacto para la Justicia suscrito por los dos principales partidos políticos del arco parlamentario⁵⁹— podría entonces admitirse la utilización del delito de prevaricación judicial como un instrumento más de refuerzo de dicha función unificadora?

⁵⁷ En este sentido parecen orientarse los trabajos prelegislativos: Así, en el borrador de reforma global de la Ley Orgánica del Poder Judicial elaborado por una comisión de expertos se contiene un precepto que, según informa la prensa al tiempo de escribir estas líneas, es del siguiente tenor: «Los Jueces y Tribunales garantizan la seguridad jurídica en la interpretación y aplicación de las leyes y reglamentos, a cuyo efecto no podrán contradecir la interpretación uniforme que de ellos haya realizado el Tribunal Supremo». Si este precepto llega algún día a ver la luz y alcanza vigencia en sus actuales términos, se habrá dotado a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de un refuerzo legal similar a la otorgada por el art. 5. 1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sin embargo, aunque llegue a introducirse en nuestro ordenamiento un precepto como el reproducido, el apartamiento de la jurisprudencia casacional podrá ser corregida por la vía de los recursos legalmente previstos —según desarrollamos en el cuerpo del texto— pero no habrá de tener relevancia penal al no bastar por sí sola para integrar el elemento típico de injusticia de la resolución, requerido por el delito de prevaricación judicial.

⁵⁸ El legislador parece dispuesto a acoger alguna de las reformas propuestas por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en su documento «Propuesta de reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones constitucionales» del año 2000, orientadas a reforzar el peso unificador y vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

⁵⁹ Dentro de las reformas proyectadas en el ámbito de la Justicia, la potenciación de la función unificadora del Tribunal Supremo aparece como uno de los objetivos prioritarios: no en vano se menciona como primer punto del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito en fecha 28 de mayo de 2001 por los dos principales partidos políticos españoles, en los siguientes términos: «Se afrontarán las reformas necesarias para lograr un funcionamiento más ágil y eficaz del Tribunal Supremo y que potencien su función como órgano jurisdiccional superior y *garante de la unidad de doctrina en todos los órganos jurisdiccionales*».

A nuestro juicio, ni siquiera en un contexto de refuerzo de la función uniformizadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como el que se anuncia, cabría acudir al delito de prevaricación en caso de apartamiento deliberado de la doctrina del Tribunal Supremo. Sin duda resulta deseable la introducción de mecanismos que garanticen y promuevan una mayor uniformidad en la aplicación judicial de la ley e impidan que un mismo supuesto de hecho reciba soluciones diferentes en distintos Tribunales del mismo nivel jerárquico o, incluso, en las distintas secciones de un mismo Tribunal.

Ahora bien, la vía para garantizar una mayor unicidad en la aplicación judicial de la ley nunca podrá ser el recurso al derecho penal, castigando como prevaricadores a los jueces que se aparten de la jurisprudencia consolidada del Alto Tribunal. La imposición de una pena criminal a un juez por el solo hecho de haberse apartado de la jurisprudencia casacional consolidada sólo resultaría concebible en un sistema en que rigiera una vinculación férrea y absoluta de los órganos jurisdiccionales a la jurisprudencia del Tribunal de Casación.

Como en nuestro país, según ha quedado dicho, tal vinculación absoluta viene excluida por los principios constitucionales de independencia de los Jueces y de sometimiento exclusivo de los mismos a la Ley, debe concluirse que una reforma legislativa ordinaria que reforzara el papel unificador del Tribunal Supremo no bastaría para justificar la incriminación de la discrepancia con el Tribunal Supremo, por lo que sólo una reforma constitucional que estableciera nuevas bases en la organización del Poder Judicial e introdujera la jurisprudencia en el sistema de fuentes, podría ofrecer base suficiente para la punición del apartamiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por parte de un inferior funcional⁶⁰.

8. Criterios alternativos para la determinación de la injusticia y análisis del caso concreto enjuiciado en la STS de 11 de diciembre de 2001

Visto que el criterio de la discrepancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se compadece con la garantía constitucional de la

⁶⁰ Cabría incluso ir más allá y plantearse, con RIVERO ORTEGA, R.: *Revista de Administración Pública*, núm. 157, 2002, p. 99, si una eventual reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como la que parece anunciarse, que jerarquice nuestra organización judicial e imponga una férrea vinculación a la doctrina legal emanada por

independencia judicial ni con nuestra legalidad ordinaria, ¿debe concluirse que no es posible objetivar el elemento de la injusticia de la resolución requerido por el delito de prevaricación?

En modo alguno. De entrada, debe recordarse que, tal como señalábamos en el apartado 3 de este trabajo, la objetivación de la injusticia no planteará más dificultades que las propias de toda prueba de lo fáctico en los supuestos en los que la injusticia derive de una configuración manifiestamente falsa de los antecedentes fácticos de la resolución. Pero incluso cuando la presunta injusticia derive de una realización arbitraria del juicio de subsunción jurídica será posible hallar criterios objetivadores de la injusticia, sin necesidad de acudir al criterio de la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶¹:

Así, por ejemplo, cabrá hablar de «resolución injusta» en los casos en los que el Juez, al aplicar una norma absolutamente taxativa y de sentido unívoco, y que no deja margen alguno a la interpretación, se aparta de la única solución posible a tenor de la ley, realizando de modo arbitrario la operación de subsunción⁶². O cuando el Juez o Tribunal afirme la existencia de normas inexistentes o la vigencia de normas conocidamente derogadas, o cuando utilice cánones interpretativos desconocidos y nunca antes empleados en el campo de la interpretación jurídica⁶³, o quebrante abiertamente las reglas de la lógica: así, por ejemplo, extrayendo de un determinado criterio interpretativo una

el Tribunal Supremo, no supone acaso una quiebra de la independencia judicial garantizada en el art. 117 de la Constitución.

⁶¹ Tampoco creemos que baste —en contra de lo sostenido por la STS 2/1999, de 15 de octubre (caso «Gómez de Liaño») — el criterio del mero incumplimiento por parte de un Juez o Tribunal de lo ordenado por el superior funcional al conocer de algún recurso; pues salta a la vista que el deber de acatamiento de lo ordenado por el superior jerárquico no depende del mayor acierto o corrección jurídica de la decisión del superior (subsistiendo este deber aunque lo ordenado pueda no ser la solución «más justa»; mientras lo ordenado no sea manifiestamente ilegal): de ahí que desobedecer, sin más, lo ordenado por el superior funcional, a lo sumo puede ser constitutivo de un delito de desobediencia del art. 410 CP (según indica certeramente Martínez-Pereda Rodríguez, en su voto particular a la STS 2/1999, de 15 de octubre) pero no de un delito de prevaricación judicial. Sólo si se constata que, además de la desobediencia, concurren la injusticia de la resolución y los demás elementos del delito de prevaricación judicial, cabrá apreciar la concurrencia de un concurso ideal de desobediencia y prevaricación judicial.

⁶² Así: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Derecho Penal, Parte Especial*, III, Madrid, 1992, p. 201.

⁶³ En parecido sentido: CUELLO CONTRERAS, J.: «Jurisprudencia y prevaricación», *La Ley*, 1993-1, p. 1.048, quien al intentar acotar el ámbito de lo jurídicamente indefendible señala que «lo que no puede hacer el intérprete es buscar su decisión en argumentos no defendibles ni defendidos por nadie dada su desatención al derecho positivo».

conclusión contradictoria, aberrante e imposible de deducir a partir de dicho criterio a la vista de los presupuestos fácticos existentes⁶⁴, o cuando prescinda de toda motivación⁶⁵ o vulnere de forma manifiesta y burda las formas más esenciales del procedimiento⁶⁶.

Se nos dirá que con criterios tan estrictos serán muy pocas las resoluciones que finalmente deban ser calificadas como objetivamente prevaricadoras, pero ello no es más que una saludable consecuencia del principio de intervención mínima aplicado al ámbito que nos ocupa.

Sentado lo anterior, si proyectamos los criterios propuestos sobre el concreto supuesto de hecho del que se ocupa la STS de 11 de diciembre de 2001 debe concluirse que, en contra de lo sostenido por esta resolución, el auto de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de junio de 1998, que dio lugar a la condena del Magistrado Ponente que lo redactó no puede ser calificado de «resolución injusta», por lo que, faltando el elemento esencial del tipo objetivo de dicha conducta, la sentencia de primera instancia debería haber sido absolutoria, y la sentencia del Tribunal Supremo debería haber sido estimatoria del recurso.

En efecto, visto que el solo dato de la contrariedad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo no basta para entender que concurre la injusticia típica requerida por el delito del art. 446 CP —por las razones expuestas a lo largo de estas páginas—, ello significa que para que dicho auto pudiera ser tenido por prevaricador debería haberse constatado que partía de antecedentes fácticos manifiestamente falsos o bien que seleccionaba para su aplicación al caso normas no existentes o no vigentes o interpretaba la norma acudiendo a principios y criterios de interpretación desconocidos y aberrantes, y llegando a soluciones que escapan al ámbito de lo jurídicamente admisible.

⁶⁴ A ello se refirió la STS 2/1999, de 15 de octubre cuando señaló que «el Juez [...] puede recurrir según su parecer al método gramatical, al teleológico, al histórico o subjetivo, al sistemático, etc., pero su decisión *debe provenir de la rigurosa aplicación de los criterios racionales que cada uno de estos cánones interpretativos establece*» (la cursiva es nuestra).

⁶⁵ Se muestra partidario de considerar «injusta» a los efectos del delito de prevaricación la sentencia carente de motivación: VERD NOGUERA, A.: «La inmotivación de las resoluciones y la prevaricación judicial», *Revista General de Derecho*, núm. 579, 1992, p. 11.392; o la sentencia a la que falte una fundamentación razonable RAMOS TAPIA, M. I.: *La prevaricación judicial*, pp. 324 y ss.

⁶⁶ Así también: RAMOS TAPIA, M. I.: *La prevaricación judicial*, pp. 353 y ss., si bien debe subrayarse que sólo las vulneraciones más extremas y burdas de las normas de procedimiento deberían dar lugar a la apreciación de la injusticia de la resolución.

Pues bien, nada de todo esto concurre en el auto cuestionado:

En cuanto al juicio fáctico plasmado en dicho auto, a pesar de cierta confusión en la exposición de los antecedentes fácticos (que aparece entremezclada con los fundamentos jurídicos de la resolución) no se falsea ni omite ningún presupuesto fáctico esencial⁶⁷, quedando así subsanadas las omisiones cometidas en la dación de cuenta previa a la deliberación de dicha resolución.

Y en lo relativo al juicio de subsunción, la tesis fundamental de la que parte dicho auto para apreciar la prescripción, a saber, que el plazo de prescripción de los delitos no se interrumpe hasta el momento de la citación a declarar como imputado —por entender que sólo a partir de ese momento se dirige propiamente *el procedimiento contra el culpable*— puede ser más o menos discutible y, desde luego, contraría la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo, pero no puede tenerse por radicalmente intolerable y aberrante.

En efecto, semejante tesis no puede ser considerada como una solución «jurídicamente inadmisibles», y ello por los siguientes motivos:

En primer lugar, porque dicha solución ha sido defendida por buena parte de la doctrina científica más reciente⁶⁸, lo cual es sin duda un

⁶⁷ En efecto, aun admitiendo, por entenderlo así probado la sentencia de instancia, que el Magistrado Ponente, durante la deliberación, únicamente aludió a un único presunto delito fiscal relativo al ejercicio fiscal de 1988, sin hacer mención a que en la querrela se denunciaban otros dos presuntos delitos fiscales, en relación a los años 1989 y 1990, este último extremo se deduce con suficiente nitidez del siguiente fragmento del auto presuntamente prevaricador: «siendo el 12 de febrero de 1998, la fecha angular, en el que el querrellado en calidad de imputado fue citado ante el Juzgado Instructor competente, y por ello en plena inserción prescriptiva del ejercicio fiscal del que la misma traía causa, y, si en aquella misma constancia fáctica temporal se le incriminaron (...) aunándose al primero, los ejercicios de 1989 y 1990, obviamente, éstos también inciden en aquella paralización (...) con resultado y resonancia conclusiva penal [...]». Pues bien, si admitimos que la diligencia mínima de todo miembro de un Tribunal colegiado es leer atentamente las resoluciones que firma, la sola omisión por parte del Ponente de alguna información relevante al dar cuenta de los antecedentes de un caso en el momento de su deliberación no basta para apreciar la concurrencia del elemento de injusticia cuando —como sucedió en el caso aquí analizado— la omisión queda subsanada en el texto escrito de la resolución (al constituir esta subsanación una forma de desistimiento voluntario de la prevaricación) sin perjuicio de que dicha omisión pueda ser constitutiva de la infracción disciplinaria prevista en el art. 417. 9 de la LOPJ.

⁶⁸ En este sentido: BANACLOCHE PALAO, J.: «Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal», *Revista de Derecho Procesal*, 1997, núm. 2, pp. 311 y ss.; REY GONZÁLEZ, C.: *La prescripción de la infracción penal (en el Código de 1995)*, 2.^a ed., Madrid-Barcelona, 1999, p. 152 y 161 y ss.; GILI PASCUAL, A.: *La prescripción en Derecho Penal*, Pamplona, 2001, pp. 191 y s.; también parece inclinarse por esta inter-

argumento a favor del carácter no aberrante ni radicalmente inadmisibles de los criterios interpretativos empleados o de la solución alcanzada⁶⁹.

En segundo lugar, porque dicha tesis ha sido acogida por algunas Audiencias Provinciales al interpretar el art. 132. 2. del Código Penal —según alegó el condenado en su recurso de casación y reconoció la propia Sala Segunda en su sentencia—, y por alguna resolución de la propia Sala Segunda⁷⁰, lo cual es también un argumento que habla a favor de la admisibilidad jurídica de la interpretación de dicho precepto realizada por el Auto de 2 junio de 1998.

En tercer lugar, porque a todas luces la locución «cuando el procedimiento se dirija contra el culpable» con la que el art. 132. 2 CP fija el momento interruptivo del plazo de prescripción, no es una expresión unívoca, pudiendo entenderse referida a tres momentos distintos, sin que ninguna de las tres soluciones interpretativas pueda ser tenida por radicalmente irrazonable: a) al momento de interposición de la querrela —siempre y cuando en la misma se identifique suficientemente la persona del presunto responsable— (criterio que, a pesar de ser el adoptado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es sin duda el que más se aleja del tenor literal de la ley⁷¹, pues, a todas luces, con la interposición de la querrela todavía no se dirige el procedimiento contra el culpable, ya que el procedimiento, como tal, todavía no se ha abierto: la efectiva apertura está condicionada a su admisión por parte del instructor, al no existir un derecho indeterminado a que se abra un proceso por el solo hecho de la interposición, tal como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional); b) al momento de admisión de la querrela (momento que, según creemos, es el más respetuoso con el tenor de la ley)⁷²; y c) al momen-

pretación: MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia*, tomo I, Madrid, 1997, comentario al art. 132, pp. 1624 y s.

⁶⁹ En efecto, si tal como señala CUELLO CONTRERAS, J.: «Jurisprudencia y prevaricación», *La Ley*, 1993-1, p. 1047, «toda interpretación que tiene cabida en un texto normativo es una interpretación válida, aunque sea absolutamente minoritaria», mucho más lo ha de ser una opinión sustentada por buena parte de la doctrina científica.

⁷⁰ Así la STS de 13 de junio de 1997 (ponente: García-Calvo y Montiel) y el Auto de 19 de julio de 1997 (caso Filesa) del que fue ponente José A. De Vega.

⁷¹ Así también: GILI PASCUAL, A.: *La prescripción en Derecho Penal*, p. 192, núm. marg. 23.

⁷² Compartimos en este punto la opinión expuesta por SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «¿Cuándo se interrumpe la prescripción del delito? A propósito del Fundamento de Derecho Primero de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 3.ª) de 22 de enero de 1999», *La Ley*, 1999-6, pp. 1.825 y ss.

to de la declaración del querellado como imputado, por entender que sólo a partir de ese momento se dirige formalmente el procedimiento contra él.

Las tres interpretaciones se mantienen dentro del ámbito de lo razonable, al caber dentro del sentido gramatical de los términos de la ley y al resultar conciliables de un modo u otro con la teleología del precepto, por lo que la opción por cualquiera de ellas nunca podrá ser tildada de «solución injusta» a los efectos del delito de prevaricación judicial.

Finalmente, y dejando a un lado la cuestión de si la doctrina contenida en la sentencia aquí comentada es un criterio acertado (tesis a la que nos hemos opuesto a lo largo de este trabajo), sin duda lo más adecuado habría sido negar la presencia del dolo de la prevaricación en el presente caso, a la vista de lo novedoso de dicha doctrina.

En efecto, parece claro que hasta la sentencia aquí comentada nadie o muy pocos podían imaginar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo vinculara a los Jueces y Tribunales hasta el punto de que pudiera considerarse injusta —y prevaricadora— una resolución judicial que se apartara de ella. De ello se sigue que en el caso aquí analizado el Magistrado Ponente, que sin duda participaba de esta opinión jurídica común, no pudo saber que su resolución, por infractora de la jurisprudencia, era a la vez *injusta*. Faltándole este necesario conocimiento de un elemento esencial del tipo (el elemento normativo de *injusticia de la resolución*) no cabe apreciar en su conducta el dolo de la prevaricación, por lo que en modo alguno debió castigársele por el delito de prevaricación judicial en su modalidad dolosa.

9. Conclusión

En un sistema jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Tribunales están sometidos al exclusivo imperio de la ley y gozan de plena autonomía e independencia en el ejercicio de su función jurisdiccional no cabe acudir al criterio de la disconformidad con la doctrina del Tribunal Supremo para perfilar qué debe entenderse por *resolución injusta* a los efectos del delito de prevaricación judicial. Otros son los criterios a manejar en la difícil tarea de delimitación de dicho elemento típico. De ahí que sea de desear que, en el futuro, el Tribunal Supremo se aparte de la doctrina sentada en esta Sentencia de 11 de diciembre de 2001 —visto que, según parece, él es el único órgano jurisdiccional que puede hacerlo sin prevaricar—.