

**¿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, DEL 11 DE DICIEMBRE
DE 2001 (CASO SANTIAGO RAPOSO)**

GUILLERMO BENLLOCH PETIT

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Resumen del caso Santiago Raposo y doctrina contenida en la STS del 11 de diciembre de 2001. **III.** Una cuestión espinosa: la búsqueda de criterios seguros para la delimitación del elemento típico de *injusticia de la resolución* del art. 446 CP. **IV.** La férrea vinculación al precedente jurisprudencial: un principio ajeno a nuestra tradición jurídica continental. **V.** La vinculación absoluta a la doctrina del Tribunal Supremo: un principio contrario a la Constitución española y a la jurisprudencia constitucional. **VI.** La vinculación absoluta a la jurisprudencia casacional: un principio que contradice también nuestra legalidad ordinaria. **VII.** Legitimidad constitucional de la introducción de nuevos mecanismos —no penales— garantizadores de una mayor uniformidad en la aplicación judicial de la ley. **VIII.** Criterios alternativos para la determinación de la injusticia y análisis del caso concreto enjuiciado en la STS del 11 de diciembre de 2001. **IX.** Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

¿Acaso un juez o magistrado que decide 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 del 11 de diciembre de 2001¹ (recaída en el caso Santiago Raposo), nadie habría dudado en responder negativamente a esta pregunta. Después de esta resolución, sin embargo, 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 enjuiciada.³ 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 este 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 trascendentes 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 STS (sala segunda) 2338/2001, del 11 de diciembre, recaída en el recurso de casación 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 CP, en los siguientes términos: «El Juez o Magistrado que, a sabiendas, *dictare sententia o resolució inusta* será castigado [...]».
 - 3 Es de notar que esta doctrina ya aparece en la sentencia de instancia (la STSJ de Cataluña —sala de lo civil y penal— 15/1999, del 22 de noviembre, de la que fue ponente el mismo. Sr. D. Lluís Puig i Ferriol), posteriormente confirmada en casación por la sentencia aquí comentada.

II. RESUMEN DEL CASO SANTIAGO RAPOSO Y DOCTRINA CONTENIDA EN LA STS DEL 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 con otros motivos— la prescripción de los delitos imputados. La ponencia de estos tres recursos se asignó —tras su acumulación— al presidente de la sección octava, con infracción de las reglas de reparto de dicha sección.

La indicada sección resolvió dichos 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 se 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 bastaba para interrumpir la prescripción, por lo que se hacía necesario que el proceso se dirigiera formalmente contra el culpable mediante su declaración como imputado para que se produjera 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 el 12 de febrero de 1998, fecha de la comparecencia del querellado —en calidad de imputado— ante el juez instructor. 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 esta a trámite, se incoaron las oportunas diligencias previas, en cuyo contexto el instructor dictó auto, por el que acordaba sobreseer parcialmente la causa en relación con las dos magistradas que, junto con el magistrado ponente, componían la sala que dictó el auto del 2 de junio; el proceso se siguió únicamente contra este

último. Tras abrirse y celebrarse 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 Penal,⁴ resolución que fue confirmada en casación por la segunda sala del Tribunal Supremo mediante sentencia de fecha 11 de diciembre de 2001 (de la que fue ponente el Excmo. Sr. Dr. 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 del 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 querella.⁵

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. Como prueba de que efectivamente este es el criterio determinante al que acude el Alto Tribunal para integrar el elemento típico de la *injusticia*, pueden citarse algunos fragmentos de la sentencia

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

En el mismo sentido, cabe citar el siguiente fragmento: «En conclusión, podemos convenir con la sentencia recurrida [en] que *el auto analizado no*

4 Se trata de la STSJ de Cataluña 15/1999, del 22 de noviembre. Véase nota 3.

5 El criterio de la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya fue mencionado por la STSJ de Cataluña (en concreto, en su fundamento jurídico segundo) como argumento fundamental demostrativo de que el auto del 2 de junio de 1998 constituía una resolución *injusta*.

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 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 del 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 puede 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 efectos del delito de prevaricación judicial— no solo se aparta de nuestra más rancia tradición jurídica, sino que se opone a nuestra Constitución y a la interpretación que de ella ha dado el Tribunal Constitucional, además de contravenir nuestra legislación ordinaria. Asimismo, trataremos de demostrar que, de consolidarse, esta doctrina 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

6 En los fragmentos de la sentencia últimamente citados los destacados en cursivas son nuestros.

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 CP.⁷

En otras palabras, la sentencia aquí comentada parte de un silogismo como el que se describe a continuación: 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, de modo tal que, cuando se aparta de dicha doctrina, 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, ya que su conducta reúne todos los elementos —tanto objetivos como subjetivos— de dicho tipo penal.

III. 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 al 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*

7 Esta doctrina se desprende nítidamente del siguiente fragmento de la STSJ del 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 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».

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.⁸

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 precepto 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 CP aparecen, una vez más, las grandes cuestiones irresueltas de la filosofía del derecho y de la metodología jurídica.¹¹

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 jurisprudencia).¹² Según esta, 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 prácticamente vacía 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 CP, que claramente distingue dos planos en el tipo: un plano objetivo

8 En parecido sentido, MUÑOZ CONDE en su prólogo a GARCÍA ARÁN (1990: 13).

9 Según se pone de manifiesto en las numerosas críticas que han recibido las tesis de Dworkin en defensa de la existencia de una única solución justa en los litigios y cuestiones jurídicas (DWORKIN 1977: 58 y ss.). GASCÓN ABELLÁN (1993: 22 y ss.) da cuenta de esta polémica, también desde una posición crítica con la postura de Dworkin.

10 Según reconoció el propio Tribunal Supremo, en su sentencia 2/1999, del 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, del 15 de octubre (ponente: Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos) cuando señala: «[...] 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, 1999, p. 2. Una exposición de la evolución de la jurisprudencia en materia de prevaricación judicial puede encontrarse en CARRETERO SÁNCHEZ 2002: 1 y ss.

—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, del carácter injusto de su resolución.¹³ 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, sin duda, predominante en la jurisprudencia reciente, parte de que la *injusticia de la sentencia o resolución* debe determinarse con arreglo a criterios objetivos.¹⁴

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 esta 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 no veraz de los antecedentes fácticos de la resolución como de una operación de calificación y subsunción jurídica arbitraria.¹⁵

13 Así también: RAMOS TAPIA 1999: 2006 y s.

14 Cfr. GARCÍA ARÁN 1990: 109 y ss.; CANCIO MELIÁ 1997: 1176 y s.; BENÉYTES MERINO 1997: 4184 y s.; ORTIS BERENGUER 1999: 783; GONZÁLEZ RUS 2000: 854; MUÑOZ CONDE 2001: 877. A nuestro juicio, la *teoría intermedia o de los deberes*, defendida por RAMOS TAPIA (2000: 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 1990: 120; GONZÁLEZ RUS 2000: 854; RAMOS TAPIA 2000: 337; así como la STS del 4 de julio de 1996, en cuyo fundamento jurídico sexto

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 del 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 causa.¹⁶

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 ordenamiento.¹⁷

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, del 15 de octubre, se refirió a esta sentencia del 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 esta 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 Liaño), que dio lugar

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 deber.¹⁹ En efecto, según esta interpretación, es injusta toda aquella resolución en la que el juez no cumpla 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, del 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

a la STS 2/1999, del 15 de octubre, se mostró claramente escéptico respecto a la posibilidad de caracterizar objetivamente la injusticia de una resolución, y sostuvo que solo cabría una caracterización subjetiva de dicho elemento.

18 Así, expresamente, la STS 2/1999, del 15 de octubre. Esta añadía, además: «[...] 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 ideológico, 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, del 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, del 7 de febrero; 798/1995, del 10 de julio; y 965/1999, del 14 de junio.

19 Tal y como certeramente ha puesto de relieve SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES 1999: 3.

técnico en derecho no le resulta difícil —cuando pretende prevaricar— trabar una argumentación con el único propósito de encubrir una injusticia o una ilegalidad, rodeándola de apariencia jurídica.²⁰

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; por el 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 esta 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 diversas.²¹ De ahí que no sea fácil distinguir cuándo una determinada argumentación jurídica resulta aceptable y

20 Esta sentencia 2/1999, deL 15 de octubre, expresamente advierte: «[...] 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 1995: 25 y s.

cuándo no, siempre que en dicha argumentación se invoque con cierta lógica alguno de los cánones interpretativos al uso.²²

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:

- Podía optar por calificar como *no injusta* (y, por tanto, como no apropiada para 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 correcto.²⁴
- Podía 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 determinar cuándo una determinada fundamentación

22 Este 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 del 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 (1999: 1319) —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, del 15 de octubre, que hace suya, a su vez, la STS 2338/2001, del 11 de diciembre, objeto del presente comentario.

24 Esta parece ser la opción interpretativa adoptada por GARCÍA ARÁN (1990: 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». También es la opción adoptada por RAMOS TAPIA (1999: 2007; 2000: 319 y ss.).

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 del 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 disponibles 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 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 incorrecto y

perturbador, que choca frontalmente con nuestra tradición jurídica (según desarrollaremos en el apartado 4). Junto con ello, 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 (véase el apartado 5). Por último, 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 por medio del derecho penal (según se desarrollará en el apartado 7).

IV. 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 idénticos.²⁶ Así, «[...] 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 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

25 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN 1997: 68 y ss.

26 Cfr. XIOL RÍOS 1986: 28; DIEZ PICAZO 1992: 27; ITURRALDE SESMA 1995: 31 y ss.

27 Véase XIOL RÍOS 1986: 28.

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 jurisprudencial.²⁹ 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; 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 es un modelo que presenta, junto con 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 precedente.³⁰

En un caso concreto, un juez continental, puesto ante la tesitura de escoger entre aplicar la jurisprudencia emanada de 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

28 Cfr. DE LOS MOZOS 1983: 329 y ss.; DIEZ PICAZO 1992: 28 y s.; si bien, como 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 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 1951 [citado por XIOL RÍOS 1986: 29] y, últimamente, LÓPEZ GUERRA 2000: 2).

30 En este sentido: KELSEN 1986: 260; DE LOS MOZOS 1983: 332; ITURRALDE SESMA 1995: 67 y ss. No obstante, adviértase que, de hecho, aun en los países sometidos al sistema del precedente, la vinculación a este no impide el progreso y evolución de la jurisprudencia ni su adaptación a los cambios sociales, al admitirse —de forma creciente, por cierto— la posibilidad de un apartamiento razonado del precedente —con la consiguiente suavización del *store decisis*— que permite un progreso en la jurisprudencia, según ponen de relieve ALONSO GARCÍA 1984: 165; XIOL RÍOS 1986: 28 y s.; ITURRALDE SESMA 1995: 67; y MARTÍ MINGARRO 1999: 28.

acatamiento al precedente jurisprudencial. De este modo, nunca tendrá que incluir en sus sentencias palabras como las que escribió el juez inglés Buckley cuando se vio 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, [a] 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 ley.³² De este modo, el juez conserva su independencia y autonomía al interpretar la ley, y puede, por tanto, discrepar de la interpretación sostenida por órganos jurisdiccionales funcionalmente superiores. Es al resolver los eventuales recursos legalmente previstos que los tribunales de apelación o el Tribunal de Casación unificarán la interpretación de la ley, y revocará, si es el caso, las decisiones que se aparten de su propia jurisprudencia, o modificará su doctrina anterior y abrazará la opinión discrepante del inferior funcional cuando encuentre en la resolución recurrida motivos que justifiquen un abandono de su anterior jurisprudencia.

Con lo expuesto se advierte hasta qué punto la sentencia que aquí comentamos casa mal con nuestra tradición jurídica, pues no solo 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 por medio del sistema de los recursos legalmente previstos.³³

31 Declaración incluida en la explicación del sentido de su voto en el caso *Olympia Oil and Cake Ltd. v. Produce Brokers Ltd.* (XIOI Ríos 1986: 28).

32 Díez PICAZO 1992: 35.

33 En parecido sentido: RIVERO ORTEGA 2002: 94 y ss., y 113. Este autor, a modo de resumen, señala que «[...] precedente, con valor vinculante, al modo del *common law*, no existe en nuestro Derecho».

En efecto, la sentencia del 11 de diciembre de 2001 parte, en el fondo, de la existencia de una vinculación absoluta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La existencia de dicha vinculación absoluta es, al mismo tiempo, su premisa implícita. Adviértase, sin embargo, que al sentar dicha premisa como presupuesto de la interpretación del delito de prevaricación, la sentencia aquí comentada está yendo todavía más allá: no solo 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.

V. LA VINCULACIÓN ABSOLUTA A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO: UN PRINCIPIO CONTRARIO A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La idea de que los jueces únicamente están sometidos a la ley y no se encuentran férreamente vinculados a los precedentes jurisprudenciales, no es tan solo 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 esta se alinea con el llamado *sistema de fuentes continental*:³⁴ así lo demuestran los artículos 9.3 —que proclama el principio de legalidad y la jerarquía normativa— y el 117.1 de la Constitución española. Este último establece que «La 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 se proyecta también al ámbito de las relaciones que establecen entre sí los distintos órganos jurisdiccionales. En otras palabras, la independencia no solo protege a los jueces y

34 En igual sentido: HERRERO TEJEDOR 2000: 20.

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 Judicial.³⁵

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 este desarrolla su función jurisdiccional libre de toda *subordinación jurídica*.³⁶ De este modo, en el ejercicio de dicha función no cabe ninguna mediación en la relación que se establece entre el juez y la ley.³⁷ Por lo tanto, ninguna responsabilidad —y, mucho menos, penal— puede exigirse al juez 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 establecidos.³⁸

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 esta mediante la adopción de soluciones interpretativas distintas a 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,

35 Como expresamente reconoció la exposición de motivos de la LOPJ. En igual sentido: XIOL RÍOS 1986: 33; MONTERO AROCA 1990: 120; BANDRÉS 1991: 13. A esta vertiente de la garantía de la independencia judicial se refiere Díez PICAZO 1992: 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 (1989: 58), que hace suya Díez PICAZO (1991b: 138).

37 Así también: BANDRÉS 1991: 23.

38 En este sentido: GARCÍA ARÁN 1990: 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 1991a: 126; VILATA MENADAS 1993: 6935; CUELLO CONTRERAS 1993-1: 1047 (quien señala que el juez no solo no está vinculado por los precedentes judiciales, sino tampoco por la doctrina científica mayoritaria); BALAGUER CALLEJÓN 1997: 60; y RAMOS TAPIA 1999: 290-292.

lo que entorpecería su necesaria evolución³⁹ y, con ello, «uno de los instrumentos de adaptación normativa del Derecho a la realidad cambiante».⁴⁰

Es más, la experiencia demuestra que el sostenimiento, por parte de los tribunales inferiores, de opiniones discrepantes en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo constituye un elemento dinamizador que incide, a la larga, en la modificación de la propia doctrina del Alto Tribunal.⁴¹ 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 resoluciones discrepantes), según puso de manifiesto el magistrado don José Manuel Martínez Pereda Rodríguez en su voto particular a la STS 2/1999, del 15 de octubre.⁴²

39 En sentido próximo, el Tribunal Constitucional sostuvo —en sus sentencias 63/1984, del 21 de mayo, y 91/1993, del 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 han expresado MONTERO AROCA (1990: 76 y s.) y VILATA MENADAS (1995: 166).

40 En palabras del propio Tribunal Constitucional: cfr. SSTC 48/1987 y 304/1993.

41 En este sentido, XIOL RÍOS 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 aquélla, con la esperanza de que el tribunal superior acepte su tesis» (1986: 31 y s. El destacado es nuestro).

42 Así, Martínez Pereda, refiriéndose, en su voto particular a la STS 2/1999, del 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: «[...] 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.

Nunca hasta ahora —ni siquiera en supuestos mucho más flagrantes de discrepancia con la jurisprudencia casacional que el enjuiciado en la STS del 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, del 26 de marzo de 1999, se barajó tal posibilidad.

En esta resolución, el tribunal asturiano se permitió hacer caso omiso de la doctrina sentada por la sala tercera del Tribunal Supremo, reunida en sala general con el objetivo de 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 solo 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».⁴³

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 para la evolución y el progreso de la jurisprudencia.⁴⁴

A idénticas conclusiones ha llegado el Tribunal Constitucional al interpretar la garantía de la independencia judicial consagrada en el art. 117.1

43 Resulta significativo que MOLERO MARAÑÓN (1999: 2645 y ss.), aun mostrándose muy crítica con la sentencia citada —por entender 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, y se limita a señalar que contra ella cabe acudir a los recursos legalmente previstos.

44 En igual sentido XIOL RÍOS, 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» (1986: 33).

de la Constitución española. En efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha indicado claramente que la función unificadora del derecho que corresponde al Tribunal Supremo se realiza por medio de los recursos legalmente previstos,⁴⁵ 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 Constitución española.⁴⁶

Esta doctrina aparece ya en la STC 41/1986 (FJ 1), en la que puede leerse:

Es 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, del 12 de julio (FJ 3), en la que se señala que el objetivo de la homogeneidad en la interpretación de la ley ha de conseguirse

45 Así las SSTC 79/1986, del 16 de junio, y 62/1997, del 7 de abril, señalan, refiriéndose al recurso de casación, que este «[...] 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».

46 Como ha puesto de manifiesto, con cita de alguna de las sentencias reproducidas en el cuerpo del texto, LÓPEZ GUERRA 2000: 4. En sentido idéntico al Tribunal Constitucional se ha pronunciado SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES 1999: 3, cuando escribe: «[...] 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».

[...] 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, del 7 marzo, al indicar lo siguiente:

[...] 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 Const. España. *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.*⁴⁷

Y ya, por fin, es en la STC160/1993, del 17 de mayo (FJ 2), en 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 Const. España) *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*».⁴⁸

47 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; por ejemplo, así lo hizo el ATC 389/1982, al indicar 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 550/1986, que empleaba términos parecidos). Sin embargo, el verdadero alcance de esta «vinculación» ha sido aclarado en posteriores resoluciones, en las que expresamente se indica que esta no impide la discrepancia; es el caso de la STC 246/1993, cuando señala: «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, pues, sus criterios los que resultan *vinculantes* como fuente complementarla 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*» (el destacado es nuestro).

48 En las sentencias del Tribunal Constitucional últimamente citadas los destacados con cursiva son nuestros.

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 este, en nuestro sistema judicial no rige el precedente,⁴⁹ 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 por medio 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), así como 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, del 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 estos pueden lícitamente apartarse de dicha jurisprudencia sin que de ello puedan derivarse más consecuencias que la de su posible revocación por vía de recurso, siempre que se trate de una resolución recurrible en casación.

De ello se sigue, en resumidas cuentas, que el criterio propuesto por la STS del 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 de la Constitución española, según la cual todo órgano jurisdiccional mantiene —también frente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo— sus plenas 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

49 En este sentido, la STC 49/1985, del 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 el mismo 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 2000: 2, nota 4).

recursos, pero no podrá dar lugar a exigencia de responsabilidad alguna del órgano jurisdiccional discrepante.⁵⁰

No cabe, por tanto —sin vulnerar el art. 117.1 de la Constitución española, comprendido en el sentido en que lo ha interpretado el Tribunal Constitucional—, acudir al criterio de la contradicción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo para determinar si concurre el elemento de «injusticia» de la sentencia o resolución, previsto en el tipo del art. 446 CP.⁵¹

A todo lo anterior hay que añadir 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 art. 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.

VI. 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 del 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 LOPJ. En este precepto se establece nítidamente lo siguiente: «En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno

50 En igual sentido, LÓPEZ GUERRA (2000: 3) y RIVERO ORTEGA (2002: 99).

51 Coincide LÓPEZ GUERRA (2000: 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 [estar] en consonancia con el mandato constitucional que garantiza la independencia del juez».

del Poder Judicial». En el apartado siguiente se añade: «[...] 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*». En el apartado tercero se prohíbe, finalmente, el dictado de instrucciones a los inferiores jerárquicos sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, prohibición reforzada mediante las infracciones disciplinarias previstas en los artículos 417.4 y 418.4 de la LOPJ.

Pues bien, de estos preceptos se deduce 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 a un juez un reproche disciplinario —y mucho menos penal— invocando como motivo fundamental que aquel se ha apartado de la jurisprudencia casacional, pues ello significaría infringir doblemente el art. 12 de la LOPJ: por un lado, convirtiendo el delito de prevaricación judicial en una forma de corregir las interpretaciones discrepantes del ordenamiento; 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 LOPJ 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 de la jurisprudencia del Tribunal Supremo similar al que prevé el artículo 5.1 de la LOPJ en relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.⁵² En efecto, dicho precepto establece que los jueces y tribunales

52 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 LOPJ, en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a fin de resaltar el papel del Alto Tribunal como intérprete supremo de la legalidad ordinaria.

«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*». ⁵³

La estrecha vinculación con la jurisprudencia constitucional que se establece en este art. 5.1 de la LOPJ contrasta, en efecto, con la función meramente complementaria del ordenamiento que el art. 1.6 del CC atribuye a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. ⁵⁴

Piénsese, además, que al no aparecer mencionada la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes previstas en el art. 1.1 del CC, hay que concluir que el mandato recogido en el art. 1.7 del CC —a saber, que «Los Jueces y Tribunales tienen 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 ella. ⁵⁵

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 prevaricación judicial, resulta contradictorio con el hecho de que, tras la entrada en vigor de la ley 1/2000, de enjuiciamiento civil, ⁵⁶ la infracción de la jurisprudencia no se cuente entre los motivos del recurso de casación en los órdenes

53 El destacado es nuestro.

54 No en vano GARCÍA ARÁN (1990: 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.

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

56 En efecto, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 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, 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 solo uno de

jurisdiccionales civil, penal y militar⁵⁷ (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, anteriormente 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 jurídica y penalmente la función uniformizadora de la jurisprudencia mediante una interpretación extensiva del delito de prevaricación judicial —tal y como propone la STS del 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?⁵⁸

VII. 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 consciente por parte

los criterios determinantes del «interés casacional» (pues la nueva LECrim, en su art. 477, prevé como motivo único del recurso de casación, «[...] la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso»).

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

58 En parecidos términos se expresa el magistrado José Manuel Martínez Pereda Rodríguez en su voto particular a la STS 2/1999, del 15 de octubre, cuando, tras constatar que el auto presuntamente prevaricador contenía un error, precisa que la «[...] existencia de un mero error [...] resul[ta] reprobable 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 destacado es nuestro).

de un juez o de un tribunal de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo en un sistema en el que no rige el principio de vinculación al precedente, como el actualmente vigente en España.

Ahora bien, si en el futuro la función unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁹ se refuerza y potencia, por medio de las oportunas reformas legislativas⁶⁰ —según lo proyectado en el Pacto para la Justicia, suscrito por los dos principales partidos políticos del arco parlamentario—,⁶¹ ¿podría admitirse la utilización del delito de prevaricación judicial como un instrumento más de refuerzo de dicha función unificadora? 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.

59 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.

60 En este sentido parecen orientarse los trabajos prelegislativos. Así, en el borrador de reforma global de la LOPJ, 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 al otorgado por el art. 5.1 de la LOPJ a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sin embargo, aunque llegue a introducirse en nuestro ordenamiento un precepto como este, el apartamiento de la jurisprudencia casacional podrá ser corregido por la vía de los recursos legalmente previstos —según desarrollamos en el cuerpo del texto—, pero no habrá de ser relevante penalmente, al no bastar por sí solo para integrar el elemento típico de injusticia de la resolución, requerido por el delito de prevaricación judicial.

61 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 el 28 de mayo de 2001 por los dos principales partidos políticos españoles) en los siguientes términos: «Se afrontarán las reformas necesarias para lograr un

La vía para garantizar una mayor unidad 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 solo 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 estos 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 este tribunal, por lo que solo 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 funcional.⁶²

VIII. CRITERIOS ALTERNATIVOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA INJUSTICIA Y ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO ENJUICIADO EN LA STS DEL 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 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?

funcionamiento más ágil y eficaz del Tribunal Supremo y que potencien su función cómo órgano jurisdiccional superior y *garante de la unidad de doctrina en todos los órganos jurisdiccionales*».

62 Cabría incluso ir más allá y plantearse con RIVERO ORTEGA (2002: 99) si una eventual reforma de la LOPJ —como la que parece anunciarse—, que jerarquice nuestra organización judicial e imponga una férrea vinculación a la doctrina legal emanada por el Tribunal Supremo, no supone acaso una quiebra de la independencia judicial garantizada en el art. 117 de la Constitución.

De ningún modo. 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 Supremo.⁶³

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, y realiza de modo arbitrario la operación de subsunción.⁶⁴ 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 jurídica,⁶⁵ o quebrante abiertamente las reglas de la lógica, por ejemplo, al extraer de un determinado criterio interpretativo una conclusión contradictoria, aberrante e imposible de deducir

63 En contra de lo sostenido por la STS 2/1999, del 15 de octubre (caso Gómez de Liaño), no creemos, tampoco, que baste el criterio del mero incumplimiento, por parte de un juez o tribunal, de lo ordenado por el superior funcional al conocer de algún recurso. Y creemos esto debido a que 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, del 15 de octubre), pero no de un delito de prevaricación judicial. Solo 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.

64 Así, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA 1992: 201.

65 En parecido sentido, CUELLO CONTRERAS, 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» (1993-1: 1048).

a partir de dicho criterio a la vista de los presupuestos fácticos existentes,⁶⁶ o cuando prescinda de toda motivación⁶⁷ o vulnere de forma manifiesta y burda las formas más esenciales del procedimiento.⁶⁸

Se nos dirá que con criterios tan estrictos serán muy pocas las resoluciones que finalmente deban ser calificadas como objetivamente prevaricadoras; ello, sin embargo, 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 del 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, del 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, al faltar 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 del CP —por las razones expuestas a lo largo de estas páginas—, 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 llegaba a soluciones que escapan al ámbito de lo jurídicamente admisible.

66 A ello se refirió la STS 2/1999, del 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*» (el destacado es nuestro).

67 VERD NOGUERA se muestra partidario de considerar «injusta» —a los efectos del delito de prevaricación— la sentencia carente de motivación (1992: 11392), mientras que RAMOS TAPIA lo es de considerar así la sentencia a la que falte una fundamentación razonable (2000: 324 y ss.)

68 Así también RAMOS TAPIA 2000: 353 y ss., si bien debe subrayarse que solo 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 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 tácticos (que aparece entremezclada con los fundamentos jurídicos de la resolución) no se falsea ni omite ningún presupuesto fáctico esencial,⁶⁹ con lo que quedan 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 solo 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 motivos que detallaremos a continuación.

69 En efecto, aun admitiendo —por entenderlo así probado la sentencia de instancia— que durante la deliberación el magistrado ponente 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 con 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.

En primer lugar, porque dicha solución ha sido defendida por buena parte de la doctrina científica más reciente,⁷⁰ lo que es, sin duda, un argumento a favor del carácter no aberrante ni radicalmente inadmisibles de los criterios interpretativos empleados o de la solución alcanzada.⁷¹

En segundo lugar, porque dicha tesis ha sido acogida por algunas audiencias provinciales al interpretar el art. 132.2 del CP —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 segunda,⁷² lo cual es también un argumento que habla a favor de la admisibilidad jurídica de la interpretación de dicho precepto realizada por el auto del 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, pues se puede entender en referencia 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 ella se identifique suficientemente al 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 ley,⁷³ pues, como es evidente, 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

70 En este sentido: BANACLOCHE PALAO 1997: 311 y ss.; REY GONZÁLEZ 1999: 152, 161 y ss.; GILÍ PASCUAL 2001: 191 y ss. También parece inclinarse por esta interpretación MANZANARES SAMANIEGO (1997: 1624 y s.).

71 En efecto, si tal como señala CUELLO CONTRERAS (1993-1: 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.

72 Así la STS del 13 de junio de 1997 (ponente: García Calvo y Montiel) y el auto del 19 de julio de 1997 (caso Filesa), del que fue ponente José A. de Vega.

73 Así también: GILÍ PASCUAL 2001: 192, N.º 23.

de la ley);⁷⁴ y c) al momento de la declaración del querellado como imputado, por entender que solo 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)—, lo más adecuado habría sido, sin duda, 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. Al faltarle 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.

IX. 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

74 Compartimos en este punto la opinión expuesta por SILVA SÁNCHEZ en su artículo, citado en la bibliografía de este volumen: «¿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».

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 que se deben 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 del 11 de diciembre de 2001, visto que, según parece, él es el único órgano jurisdiccional que puede hacerlo sin prevaricar.