

## El Tribunal Supremo Español condenó a Baltazar Garzón Real por prevaricación judicial por su intervención en el caso Gürtel

*Prevaricato o interpretación de la ley de un tipo penal que centra el comportamiento prohibido en lo justo o injusto*

por Santiago J. Schiopetto

### I. Reseña del fallo y un primer análisis [\[arriba\]](#)

El Tribunal Supremo Español, a través de la sentencia n° 79/2012, tuvo por probado que en el mes de febrero de 2009, Baltazar Garzón Real, en su carácter de Magistrado del Juzgado Central de Instrucción n° 5 de la Audiencia Nacional, en el marco de las Diligencias Previa n° 275/2008[1], en las que se investigaban hechos que podrían ser constitutivos de delitos de blanqueo de capitales, defraudación fiscal, falsedades documentales, cohecho, asociación ilícita y tráfico de influencias, recibió información policial. La misma consistió en que a pesar de que los acusados se encontraban en prisión provisional, los que se consideraban los máximos responsables de la organización continuaban en su actividad delictiva, en la cual podrían encontrarse involucrados alguno de los abogados integrados en un despacho profesional cuyos miembros eran conocidos y estaban identificados. En virtud de ello, dictó un auto de fecha 19 de febrero de 2009, a través del cual ordenó la intervención de las comunicaciones orales y escritas que mantuvieran los internos FCS, PCS y AS en el Centro Penitenciario en el que se encontraran o donde fueran trasladados, debiendo la Unidad encargada de la investigación disponer los medios necesarios para llevar a cabo dicha intervención en los citados Centros, por un período determinado, como así también las comunicaciones personales que mantengan los internos con los letrados que se encontraran personados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos, “previniendo el derecho de defensa”[2]. El 20 de marzo del mismo año prorrogó esas intervenciones.

El Tribunal también entendió que Garzón era consciente de que sin duda alguna, entre las comunicaciones que se iban a intervenir, se encontraban la de los internos en el centro penitenciario con sus abogados.

Luego (el 27 de marzo de 2009), el juez dispuso excluir las transcripciones de las conversaciones mantenidas entre los imputados FCS, PCS y AS y sus letrados, y que se refieren en exclusiva a estrategias de defensa, lo cual fue llevado a cabo por el funcionario a cargo de la tramitación de la causa, por directrices del Ministerio Público Fiscal.

Luego, la Sentencia del Tribunal Supremo inicia su desarrollo de derecho afirmando que la “...cuestión central que debe ser resuelta en esta causa se relaciona directamente con el contenido esencial del derecho fundamental a la defensa, que corresponde al imputado, frente al interés legítimo del Estado en la persecución de los delitos.” Plantea que la verdadera problemática del caso versa sobre una ponderación de bienes o intereses: derecho de defensa vs. el interés de persecución de delitos por el Estado. Inclusive en ese mismo sentido señala que “...a los efectos de las presentes actuaciones, solo podrían ser relevantes los casos relativos a la vulneración del derecho de defensa, que es lo que aquí se debate, y no las cuestiones relativas a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas”.

Dichas afirmaciones no son menores; a través de las mismas el TS concluye, en primer lugar, que habrá prevaricación dependiendo del juego de ponderación de bienes, pudiendo dejar al arbitrio de los juzgadores la determinación de cuáles pueden ser relevantes para ello y cuál pesa más que otro. En segundo término, se extrae de su lectura que otros casos en los que hubo intervenciones telefónicas nulas no se asemejan al analizado toda vez que en el presente se trata de la vulneración del derecho de defensa y no simplemente al secreto de las comunicaciones. Ergo, crea un estándar de lege ferenda para determinar cuándo una resolución, de acuerdo a los derechos que se vulnera, puede ser prevaricadora, dejando como interrogante si el mismo es acumulativo (derecho al secreto de las comunicaciones más derecho de defensa) o exclusivo (derecho de defensa) para determinar la tipicidad de la conducta. La sentencia también deja dudas sobre cuál es la intensidad en la injerencia del derecho de defensa que se debe causar para que una conducta sea prevaricadora.

Así las cosas, respetuosamente considero que yerra el T.S. al trasladar la ponderación de bienes en juego (propias de un estado de necesidad o de garantías constitucionales) para resolver la existencia de una resolución injusta, y entonces prevaricadora. Es decir, la antijuridicidad material del comportamiento para el Supremo se dio al violar el derecho de defensa y no al dictar una resolución de acuerdo a un incorrecto funcionamiento jurisdiccional, como lo propone la doctrina de manera unánime.

## II. Crítica [\[arriba\]](#)

No pretendo analizar la legalidad de las órdenes de intervención dispuesta por el ex magistrado español en el plano procesal. Será por el contrario, objeto del presente, determinar si es correcto afirmar que Garzón cometió el delito de prevaricación judicial (conocido como prevaricato en nuestro país). Si no se hace esa salvedad se correrá el riesgo de confundir los planos de estudio distintos que existen, el control judicial de un superior sobre los actos jurisdiccionales de un juez inferior por un lado, y analizar si una determinada conducta encuentra adecuación en el tipo penal del art. 446.3 del CPE por el otro.

Sin perjuicio de ello, puedo afirmar de manera categórica que las resoluciones dictadas por el entonces juez enjuiciado serían nulas a la luz de la legislación procesal española[3], y su Constitución[4]. En cambio, entiendo que no se puede realizar un juicio de valor tan aventurado y sencillo sobre la posibilidad de que la conducta del juez sea susceptible de ser considerada prevaricadora, sin antes realizar un exhaustivo estudio del tipo penal y de la resolución del TS.

Para ello, en prieta síntesis, se debe determinar si la o las resoluciones dictados fueron injustas. Existen dos teorías al respecto: la objetiva[5] y la subjetiva[6]. Me inclinaré por la objetiva, que no es solamente la más seguida tanto nacional como internacionalmente, sino la más respetuosa del principio de legalidad y que posición al derecho penal como protector de bienes jurídicos.

Entonces, bajo el parámetro de la teoría objetiva y que se trataría de un posible prevaricato de derecho, corresponde determinar si nos encontramos frente a una decisión injusta; es decir, 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. El Tribunal Supremo, aproxima la solución y llena de contenido la

palabra injusta como toda aplicación del derecho “...que no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del derecho”[7].

Según esta interpretación, es injusta toda aquella resolución en la que el juez no cumpla con su deber de fundar sus interpretaciones con arreglo a alguno de los cánones interpretativos aceptados en derecho. Este mismo aspecto es precisado hasta el hartazgo en la STS 79/2012 que se analiza.

Ese mismo criterio jurisprudencial es coincidente con lo que viene afirmando la doctrina en cuanto que considera la injusticia del delito de prevaricación judicial como la contradicción objetiva del Derecho que no puede explicarse mediante una interpretación razonable o cuando el criterio adoptado es abiertamente contrario a cualquiera de las posibles interpretaciones del Derecho aplicable. Por resolución injusta habrá que entender aquella que se aparta de cualquier opción jurídicamente defendible, y que carece de toda interpretación razonable, siendo exponente en definitiva de una clara irracionalidad. En todo caso, la injusticia intrínseca de la resolución ha de apreciarse por su objetiva vulneración del ordenamiento jurídico y su evidente arbitrariedad o motivación real ajena al proceso, pero no cuando es fruto de apreciaciones discutibles en Derecho. No se trata tanto de una aplicación errónea, equivocada o discutible, o inclusive infundada, pero que el ordenamiento prevé como admisible y corregible por la vía de los recursos, como el dictar deliberadamente una resolución contraria a la que debiera ser legal y procedente, según el propio razonamiento del juez. De otro modo, toda revocación de decisiones en apelación o casación llevaría consigo, al estimarse injusta o no ajustada a Derecho la de instancia, su incriminación a título de prevaricación. Hay que tener en cuenta que la finalidad del tipo penal no es garantizar decisiones correctas en las contiendas judiciales, sino que éstas sean presididas por los principios de objetividad, imparcialidad y justicia inherentes a la función jurisdiccional. No hay que olvidar que en la aplicación de la ley al caso concreto existe un gran margen de libertad en la interpretación y valoración de la norma que se ve incrementado en los cada vez más abundantes casos de indeterminación legal, como son las remisiones normativas difusas o imprecisas, conceptos pendientes de valoración, cláusulas abiertas o cláusulas generales, etc. Por todo ello, deberá compartirse que si un juez utiliza el criterio subjetivo para resolver un fallo sobre prevaricación no podría cometer el delito de prevaricato por utilizar un método hoy en desuetudo, toda vez que es un método válido de interpretación de la norma.

Por ello, en los casos en que la ley otorga un margen de discrecionalidad al juzgador en la interpretación y valoración normativa, aunque se haga “mal uso” de ella, siempre que no rebase dicho límite y la interpretación no sea manifiestamente errónea, desviada o infundada, en la medida en que la decisión judicial se ajuste a la legalidad objetiva, será penalmente atípica. En definitiva, el baremo para medir la injusticia de la resolución es la ley, pero no entendida de un modo formalista y abstracto, sino integrada en el sistema de fuentes y dotada de contenido material mediante el proceso de interpretación. De ahí que no pueda hablarse de decisión prevaricadora si se ha seguido una interpretación teóricamente justificable o defendible.

Sentado cuanto antecede corresponde determinar si puede resultar viable la operación de subsunción jurídica efectuada por Garzón y ver cuál es la fijación del alcance del precepto legal.

El artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria[8], en el apartado 5, establece que “[l]as comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrá ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del Establecimiento dando cuenta a la Autoridad judicial competente” y en el apartado 2 se establece que “[l]as comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrá ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”.

Hasta el año 1984 la práctica penitenciaria otorgaba la posibilidad de que la competencia interventora de las comunicaciones entre el interno y el abogado defensor en los casos de terrorismo recayera en el Director del Establecimiento, entendiéndose que la interpretación lógica de ese apartado n°2 en relación a lo dispuesto en el n°5 de ambos artículo 51 de la LOGP, conducía a la conclusión de que las comunicaciones de los internos de que trata el número 2 sólo podían ser suspendidas por orden de la autoridad judicial con carácter general, si bien en los supuestos de terrorismo, además, podría acordar la suspensión el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente, lo que se había avalado en un obiter dictum en la STC 73/1983 del 30 de julio.

Dicha interpretación se vio modificada de manera sustancial en la STC 183/1994, que concluyó la imposibilidad constitucional de interpretar el art. 51.2 de la LOGP en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de “orden de la autoridad judicial” y “supuestos de terrorismo”, que en el mismo se contiene, derivando de ello la ilegitimidad constitucional de una intervención administrativa. Por el contrario, se entendió que dichas condiciones habilitantes deberían por el contrario considerarse acumulativas y, en su consecuencia, se concluyó que el art. 51.2 LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su abogado defensor sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones. Esta doctrina se reiteró en la STC 200/1997, y se extendió a las comunicaciones escritas en la STC 58/1998.

Las exigencias del TC aparecen contempladas en el art. 48.3 del Reglamento Penitenciario, conforme al cual “las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como con los Procuradores que los represente, no podrá ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso, por decisión administrativa. La suspensión o intervención de estas comunicaciones solo podrán realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial”.

Así las cosas, se debe celebrar la interpretación restrictiva que hace referencia a que la injerencia estatal en la esfera del secreto de las comunicaciones de los internos con sus abogados defensores sólo pueda ser por orden judicial en caso de terrorismo, por ser congruente con el mandato constitucional del artículo 55.2 de la Constitución Española[9]. Y entiendo que ello podría ser así, siempre y cuando se admita la muy controvertida posibilidad de que pueda mermar una garantía constitucional -en el caso, derecho de defensa- frente a un delito de terrorismo.

Sin perjuicio de entender correcta esta interpretación, no dejo de considerar que pueden existir otras, erradas tal vez a mi criterio, pero posibles; inclusive, el mismo TC así lo había hecho años atrás. Y así también lo ha hecho Garzón, por lo cual se puede declarar la nulidad de dicha orden, pero no siempre que se revoque

una resolución o se resuelva su nulidad el que la dictó comete prevaricato. En definitiva, lo que se puede afirmar hasta este momento es que la poca feliz redacción del artículo 51[10] y las normas concordantes hacen que su interpretación lleve a distintos actores a conclusiones diferentes, y que en principio, ninguna de esas conclusiones son deliberadamente contrarias a los razonamientos de un juez o abiertamente contrarias a cualquiera de las interpretaciones posibles[11].

En relación con la existencia de una sentencia previa del TC en la que en un obiter dictum se admite la interpretación que efectuó Garzón, en la STS analizada se hace referencia a que no se trata de supuestos similares, porque en el caso Güertel se intervinieron las comunicaciones específicas interno-letrado, que incluían indefectiblemente las mantenidas con el letrado defensor, y por lo tanto, relativas con alta probabilidad al ejercicio del derecho de defensa, y porque en este caso se trataba de comunicaciones presenciales desarrolladas en un ámbito controlable desde la Administración, circunstancias que no sucedieron en el caso analizado varios años atrás por el TC. Si bien es verdad que se trata de casos parecidos, y no iguales, lo que resulta fundamental es la interpretación que se ha realizado de una norma para entender que el juez se encontraba habilitado -por la ley- para restringir derechos fundamentales. Y bajo ese razonamiento, la interpretación que Garzón hizo de la ley, aunque no parece respetuosa de las garantías constitucionales, tampoco parece abiertamente contraria a cualquier método de interpretación. Insisto, si bien la norma legitimante de la intromisión pudo ser considerada hasta inconstitucional -de la forma que se la interpretó-, el desarrollo lógico efectuado por el Magistrado no parece completamente absurdo o inviable por algunos de los cánones interpretativos.

Resta entonces determinar si, cuando existe pacífica jurisprudencia sobre un tema, constituye “injusticia” en una resolución -a los efectos de la prevaricación judicial- el apartamiento de un Juez respecto del criterio propio o de otro Tribunal Superior. Y lo cierto es que el TS para llegar a la condena, hizo hincapié en la doctrina pacífica de sus fallos a lo largo de los años, en la forma en que reiteradamente se viene interpretando la norma entendida por Garzón de otra manera.

En suma, la realidad descrita no debe hacernos perder de vista que para poder llegar a una conclusión fundada deviene necesario recordar que en el civil law los jueces se encuentran sometidos exclusivamente al imperio de la ley y gozan de plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones, y si bien en el derecho continental el precedente ha ganado terreno, lo cierto es que no puede aplicarse como elemento determinante constitutivo del tipo de prevaricación para llenar de contenido el concepto “injusta”. Y si bien el alejamiento de Garzón al criterio establecido exclusivamente por el Tribunal Constitucional Español hubiera sido un fuerte motivo para fundar la sentencia que lo condenó, entiendo que el mismo no fue tratado con la debida rigurosidad, ni se ha admitido que si un juez dictara una resolución en contradicción con el criterio establecido por el TC comete prevaricato.

Y es que si no se tomasen otros elementos que a través de una construcción pretoriana se estructure el delito de prevaricación judicial (como la jurisprudencia del propio TS o la violación al derecho de defensa), otras resoluciones del Tribunal Supremo contrarias a sentencias del Tribunal Constitucional (v.g. STC 63/2005 y STC120/2005) podrían convertirse en prevaricadoras. Tal es así, que en otras ocasiones el Tribunal Supremo había manifestado su disconformidad ante lo que

reputaba injerencias del Tribunal Constitucional, inclusive el Fiscal general del Estado ha dictado Instrucciones (v.g. la N° 5/2005) ordenando a los fiscales a que desatiendan lo señalado por el Constitucional, y otro tanto ha sucedido en la Abogacía del Estado[12].

## V. Conclusiones [\[arriba\]](#)

De manera previa a algunas precisiones considero interesante pensar las consecuencias de la resolución del TS. De no entenderse correcto el criterio aquí sostenido: a) ¿De ahora en adelante el Tribunal Supremo podrá cambiar su propia jurisprudencia asentada en años o se verá impedido de hacerlo? Lo que parece claro es que, de encontrarse habilitado, sería el único que la podría contravenir; c) ¿Si el Tribunal Europeo considera que se violaron derechos o garantías de Garzón en el proceso que se le siguió y condena a España por la aplicación de un tipo penal violatorio del principio de legalidad, los jueces del Tribunal Supremo pueden ser sometidos a proceso por prevaricación judicial?; y d) ¿Qué debería decirse sobre los comportamientos de los magistrados del TSJ de Madrid que convalidó las resoluciones, cuando por existir aforados allí tramitaba la causa?

Por otro lado, entiendo que una interpretación restrictiva de la norma penal, respetuosa de la Constitución tanto española como argentina y de distintos tratados internacionales, no permitiría realizar una apreciación como la que hizo el Tribunal Supremo en el fallo analizado en cuanto al respeto por el principio de legalidad[13]. Y de no ser así, no se puede considerar a un yerro o interpretación judicial “equivocada” susceptible de prevaricato, toda vez que es la libertad de interpretación y criterio que se le ha otorgado en el derecho continental lo que les permite resolver de diferente manera; de lo contrario, todos los jueces sin excepción podrían haber cometido prevaricato.

Así, al no poder el TS considerar la interpretación de Garzón totalmente antojadiza e imposible de realizar por alguna interpretación jurídica válida, tuvo que echar mano de un elemento determinante para la constitución del elemento del tipo, su propia jurisprudencia -o la del Constitucional-, lo cual trae aparejado, como se expuso, una fusión de derechos diametralmente opuestos (derecho continental y common law). Y ello no significa abandonar la delimitación propuesta para determinar si una resolución es prevaricadora, pero no nos podemos valer de otros parámetros extralegales (v.g. estándares de lege ferenda o jurisprudenciales) para ampliar el espectro punitivo, sobre todo, cuando se trata de un tipo penal de una apertura alarmante, tal vez violatoria del principio de legalidad en su vertiente lex certa. En definitiva, por el contrario, se debería determinar de alguna manera si existe un palmario direccionamiento de la conducta del juez en aras de transgredir el orden jurídico, cuestión que no advierto que se haya considerado en la sentencia -sin perjuicio que en un estudio diferente así se lo pueda hacer-; precisar dicho criterio es un desafío que deberá enfrentarse.

Sin perjuicio de ello, no puedo dejar de señalar que el análisis que se hizo en cuanto a determinar si la conducta de Garzón fue prevaricadora, tiene base en lo desarrollado y esgrimido en la sentencia del Tribunal Supremo, lo cual no quiere decir que de una lectura íntegra del expediente se pueda realizar una imputación correcta del hecho y ajustada a derecho. Y lo que también se podría evaluar es si incurrió en algún delito de abuso de autoridad o violación de los deberes de funcionario público. Pero lo que sí se puede asegurar es que la vía elegida por el Supremo no debe ser el camino a seguir y definitivamente los argumentos elegidos

por el tribunal, a mi humilde entender, no son suficientes para llegar a la conclusión a la que se arriba.

Por último, si bien es verdad que se me podrá decir que, siguiendo el criterio aquí delineado, serán escasos los comportamientos realizados por los jueces susceptibles de ser considerados prevaricato, lo cual es cierto, ello no es más que la sana consecuencia de los principios constitucionales relativos a la autonomía de los mismos, su capacidad de fundar sus sentencias conforme su interpretación, el sistema de revisión judicial de las resoluciones, y los principios de legalidad, intervención mínima e interpretación restrictiva del derecho penal.

#### Notas [\[arriba\]](#)

[1] Conocido como el caso Gürtel.

[2] Como fuera redactado en la resolución objeto de estudio por el TS.

[3] La ley de Enjuiciamiento Criminal data de 1882, pese a que haya tenido varias reformas.

[4] Los fundamentos para llegar a dicha conclusión se encuentra ampliamente desarrollados en la STS n° 79/2012.

[5] la teoría objetiva (concepción mayoritaria en la doctrina y predominante en la jurisprudencia), parte de que la injusticia de la sentencia o resolución debe determinarse con arreglo a criterios objetivos. Hace radicar el núcleo de la conducta prevaricadora en la lesión objetiva del derecho aplicable. De tal modo, ante la existencia de decisiones dudosas, en las que la correcta aplicación de la ley puede ser discutible, se sostiene que no prevarica el juez que adopta una decisión justificable teóricamente, con independencia de cuál sea su convicción.

[6] La teoría subjetiva establece que 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. Subyace aquí una concepción “espiritualizada” del deber del juez, desvinculada del desempeño objetivamente correcto de la función, que tiende a reducir el deber a la actuación en conciencia. Apunta García Arán[6] al respecto que los inconvenientes que presentan esta tesis son evidentes. En este sentido, argumenta que si es discutible la corrección de una decisión y difícil probar su incorrección, los problemas para establecer la contradicción entre una decisión judicial y la convicción del que la toma son inconmensurablemente mayores. Además, las tesis subjetivistas, al mismo tiempo que defienden la impunidad del juez que resuelve contra la ley con arreglo a su conciencia (con lo que logra justificar decisiones de justicia material contrarias a leyes injustas para él), admiten la posibilidad de incriminar como prevaricación la decisión adecuada a la ley pero contraria a la conciencia del juez.

[7] STS 2/1999, de 15 de octubre.

[8] De acá en adelante LOGP.

[9] Ver en profundidad el tratamiento dado por el TS en la STS 79/2012, punto octavo.

[10] En cuanto a su lógica interpretativa.

[11] Ya sea de acuerdo a un método sistemático, literal, teleológico, auténtico u original, o histórico.

[12] Silva Sánchez, Jesús María, Tiempos de Derecho penal, Bdef, Montevideo - Buenos Aires 2009, p. 74/75

[13] Ver al respecto Corte I.D.H., Caso Castillo Petruzzi y otros (Sentencia de 30 de

mayo de 1999, serie c n° 52) y Caso De la Cruz Flores (Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C n° 115) entre tantos otros.