



**EL IMPERIO DE LA LEY Y SUS CONTORNOS
DESDE SU INTERPRETACIÓN POR EL JUEZ ORDINARIO.
¿DÓNDE QUEDA LA CONSTITUCIÓN?**

Reflexiones a la luz del caso Garzón

Luis Alberto Petit Guerra*

Sumario. 1. *Generalidades sobre las relaciones del juez ordinario frente a las leyes y la Constitución.* 2. *La relación de los jueces con la ley.* 3. *¿Y, la relación de los jueces ordinarios con la Constitución?* 4. *Conclusiones.*

1. Generalidades sobre las relaciones del juez ordinario frente a las leyes y la Constitución. – Por muchas razones el llamado caso “Garzón”, nombre suyo siempre protagonista (solo que ahora al otro lado del banquillo), puede constituir un hito en la historia judicial de España si se toma en cuenta no el perfil del acusado -luego condenado- que ya es bastante-, sino especialmente las implicaciones que traería en la función judicial, el papel del juez ordinario en la interpretación de la ley. Ello por recordar que desde una interpretación

* Abogado, Universidad Santa María, Caracas (1995) [2º lugar]. Juez titular de Municipio-Caracas por oposición (2002) [2º lugar]. Estudios en Derecho Procesal Civil, Universidad Central de Venezuela (2000). Estudios en Derecho Procesal Constitucional (2010) [2º lugar]. Candidato a Magister en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla, España (2012); Miembro fundador del Instituto Venezolano de Derecho Procesal (1999). Miembro del Instituto Venezolano de Derecho Procesal Constitucional (2009). Miembro no residente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional (2010). Profesor invitado de Derecho Administrativo I, Escuela Nacional de Hacienda Pública Nacional (2007). Profesor de Postgrado, Escuela de la Magistratura (2009), Profesor de Postgrado Universidad Monteávila (2009), Profesor Universidad Central de Venezuela (2011); autor de ensayos y obras jurídicas; conferencista internacional; correo electrónico: luispetitguerra@hotmail.com.

“irrazonable” de la ley, se encausó al juez “Garzón”. Desde esa perspectiva, llama la atención el efecto que pueda producir en el resto de los pares (<los jueces *pueden* interpretar la ley pero es mejor que se *abstengan* hacerlo>, parece ser el mensaje).

No estamos en capacidad de deducir -como cuestionan algunos españoles desde hace bastante tiempo como Carlos De la Vega-, que la teoría de su país resulta *conservadora* con relación a las perspectivas del llamado *derecho judicial*, pero si aquel tuviera razón o no, pareciera que con el caso “Garzón” y leyendo especialmente la manera de “argumentar” del Tribunal Supremo Español –en lo adelante TS-, podríamos deducir que el margen de interpretación del juez ordinario, en cuando menos difuso y poco claro.

Si en general se entiende como derecho judicial <el que nace de las decisiones judiciales cuando se atribuyen funciones interpretativas (¿creadoras?)> es posible que con este caso sean pocos los jueces que se “atrevan” a descubrir los contornos de la ley. Nos estamos refiriendo a interpretar según los métodos hermenéuticos conocidos, como parece aceptar el fallo condenatorio de marras. Con todo, aunque jamás indica el fallo, y menos explica de qué forma usando alguno de dichos métodos puede concluirse que el argumento de “Garzón” es irrazonable; y peor, suficiente para ser “despedido” del Poder Judicial. Si cabe decir que los jueces pueden interpretar la ley (en teoría), aún cuando alguna regulación lo permita (nos estamos refiriendo a la facultad de interpretar la ley), observamos que su margen de apreciación en ese sentido (luego de la sentencia “Garzón”) será *mucho menor* –valga la antítesis- que el resto de otros jueces democráticos.

Antes de seguir con este análisis, un paréntesis. Sin que esto signifique una muestra de apoyo al “condenado”, ya que desconocemos si desde el derecho español ejecutó correctamente o no su función judicial; o si interpretó o no el derecho conforme a los cánones permitidos, ergo, si prevaricó o no; en fin, solo agregar que lo que nos mueve a escribir este ensayo es ¿cómo puede condenarse a un juez por interpretar un texto de la ley, esto es, desde un precepto para

construir del mismo una norma?. Pero, especialmente, nos mueve la forma de argumentar del Tribunal Supremo en este orden. Porque, posiblemente estemos asistiendo a una involución del “poder” de la jurisdicción *en cuanto al papel interpretativo de los jueces ordinarios*; pero mejor volvamos al tema para no contaminarnos de ideas ajenas a lo estrictamente jurídico.

Este trabajo se dividirá en dos partes, siempre desde el análisis de la sentencia “Garzón”, considerar (i) las limitaciones que tienen para el juez ordinario las facultades interpretativas (de la ley; definir, si realmente está sometido únicamente a su imperio) y (ii) las relaciones que tiene para el juez ordinario la Constitución –si es que la tienen- y en forma directa con la justicia constitucional. Reconocer, que a lo largo de los estudios del máster en Derecho Constitucional, venimos cuestionado que la premisa de <la sujeción del juez a la ley> **no es del todo absoluta**, por sostener que hay otras cuestiones en donde puede -y *debe*- razonar desde la propia Constitución y más, frente a los tratados internacionales que le son aplicables.

Por último, que defendemos el sometimiento del juez a la ley; pero no únicamente –y esto no significa que vamos a romper con el Estado Constitucional-, ni que <prevariquemos> con esta afirmación. Antes bien, estas reflexiones surgen en su defensa porque esa ley requiere adecuarse más de las veces que quisiéramos. Que tal gestión (o concreción) corresponde a los jueces ordinarios en la complicada misión de *impartir justicia*.

En este orden, defendemos el valor normativo de las fuentes “originarias” (del legislador político) asociadas con los cambios derivados del presente (que no solo la ley), y de allí la importancia que tengan los jueces en su materialización (del derecho judicial). Sin embargo, tampoco estamos de acuerdo con los que restan el valor a la ley; porque si es bien cierto que <la norma jurídica se construye con la labor interpretativa (ratio decidendi) que nace de una fuente de Derecho constitutiva>; no estamos de acuerdo con restarle importancia a la fuente originaria en el supuesto que no podría valerse por sí misma sin la intermediación del operador jurídico (verbigracia, tesis de Martín Orozco

Muñoz¹). Es decir, esta tesis parte de una posición intermedia: que reconoce, que no es absoluto que los jueces estén sometidos únicamente al precepto (de la ley); ni es absolutamente cierto que en la construcción de la norma (por vía interpretativa) los jueces no tengan límites.

En fin, vamos a revisar hasta donde es posible **ir más a allá de la ley -del precepto-** para razonar de inmediato que no es *únicamente desde la ley* que se administra justicia, desde que se afirma que esa ley tiene zonas borrosas, difusas y oscuras que requieren la “ayuda” del juez ordinario en su dimensión práctica. Todo esto es consustancial con las ideas del profesor Rómboli, cuando refiere que “la ley tiene unos matices *grises* entre el *blanco* y *negro*, que debe descubrir el juez”.

2. La relación de los jueces con la ley (desde la doctrina y el ordenamiento español). - Hay que colocar las cosas en su contexto respecto a la relación que tienen los jueces ordinarios (españoles) frente a la ley, según la doctrina y el ordenamiento jurídico. Desde la teoría, resulta una tesis predominante la adscripción de que los jueces están sometidos <únicamente> al imperio de la ley, entre otros, Pérez Royo afirma que: “El poder judicial únicamente se legitima democráticamente a partir de la ley. (...) Está sometido a la Constitución, pero tal como es interpretada por las Cortes Generales al dictar la ley”.² En el mismo orden, explica en cambio que: “Legitimación directamente a partir de la Constitución sólo la tienen las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional, que no es poder judicial.”³ Sobre esta afirmación volveremos luego al tratar el art.5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial desde donde derivan tales comentarios.

¹ Martín Orozco Muñoz. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª ed., Navarra, 2011, p.28

² Javier Pérez Royo, Diario El País, 27 de abril de 1997. Aparece citado por José Luis Serrano. Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica, Editorial Trotta, 1999, p.47

³ Ob. Cit., p.47.

En contraste, también se reconoce “(...) que no siempre la norma rectora del caso, la premisa mayor del silogismo judicial, aparecerá formulada explícitamente en el sistema”⁴ lo que viene a decir que no siempre hay “exactitud” con lo que el legislador quiso decir, pues en general no aparece en forma explícita. Estos serían los contornos (de la ley) a los que hacemos referencia.

En cuanto al ordenamiento jurídico español, diferenciar lo que se regula desde la Constitución y lo que se regula desde el legislador ordinario. Del mismo texto constitucional se garantiza <el principio de la legalidad> (art.9.3.CE) entre los *otros* principios rectores, cuya consecuencia inmediata respecto al Poder Judicial, es que sus operadores -en ejercicio de administrar justicia- están < sometidos *únicamente* al imperio de **la ley** > (art.117.1.CE). Asimismo, que dicha potestad jurisdiccional se ejerce en todo tipo de procedimientos por los juzgados y tribunales determinados <por **las leyes**> (art.117.3.CE); y además, que “no ejercerán más funciones” que las que <les sean atribuidas **por ley** en garantía de cualquier derecho> (art.117.5.CE). Con todo, no surgen dudas respecto a vinculación que tiene el juez *frente a la ley* desde la previsión del mismo Constituyente. Pero, ¿será esa vinculación “única”? ¿Dónde queda la Constitución? Sigamos.

Por su lado, el propio artículo 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (6/1986, 1 de junio⁵) es una copia exacta de la previsión constitucional que da su origen (art.117.1.CE), lo que lleva a concluir *inequívocamente* que los jueces están sometidos únicamente al imperio de la ley⁶. Los ejes problemáticos se van a

⁴ José Ignacio Solar Cayón. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, Colección Monografías, Nro.45, Madrid, 2005, p.103.

⁵ Disponible: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/act.php?id=BOE-A-1985-12666

⁶ Como también se desprende de la propia Exposición de Motivos de la indicada Ley Orgánica del Poder Judicial: “El Estado de Derecho, al implicar, fundamentalmente, separación de los poderes del Estado, imperio de la Ley como expresión de la soberanía popular, sujeción

presentar después cuando se intente precisar los contornos que frente al <imperio de la ley> se generan desde su interpretación. Dicho en clave argumentativa: establecer *si cuando se “interpreta” la ley se está dentro <su imperio>*.

Es decir, todo parte de la idea que la ley es completa en sí misma. Paradójicamente, a pesar de esta clara y expresa voluntad del Constituyente y del legislador especial respectivamente (en cuanto a sujeción a la ley), en ninguno de los textos se alude a los contornos, o lo que es lo mismo, el **<imperio de la ley desde su interpretación>**. Muy tímidamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial se consiguen algunos preceptos genéricos que establecen, sino expresamente, al menos que por vía de consecuencia se deduzca la **facultad interpretativa de los jueces ordinarios**⁷, *pero nunca sus límites*, ergo, saber si determinada interpretación que hiciera el juez se encuentra dentro del imperio de la ley (*¿cuál es su contexto?*).

Lo más complicado se consigue ahora cuando sin distinguirse cuáles son esos límites, se estructura en forma de delito (denominado prevaricación) un tipo

de todos los poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y garantía procesal efectiva de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, requiere la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan un emplazamiento constitucional que les permita ejecutar y **aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular**, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la ley, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.” (Subrayado nuestro). Disponible: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/act.php?id=BOE-A-1985-12666

⁷ Artículo Quinto: (...) Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando **por vía interpretativa no sea posible la acomodación** de la norma al ordenamiento constitucional.” Artículo Doce: (...) 2. 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. 3. Tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o **interpretación del ordenamiento jurídico** que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional.”

penal amplísimo para sancionar al juez que “a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta”. Al leer este precepto, surgen dudas sobre qué se deduce de las expresiones “a sabiendas” (*¿de qué*⁸? preguntamos) y por “sentencia injusta”. Esta falta de concreción (del legislador punitivo), es lo que intentará explicar luego la jurisprudencia del TS (que paradójicamente “completa” por vía de interpretación como veremos).

Es así como por un lado se pregona la independencia judicial como sostén del Estado democrático, y de otro, se somete a juez a un rigor que lo convierte en un *cuasi robot* (una computadora lleno *únicamente* de las respuestas grabadas por el legislador) en tanto autómatas, *únicamente* aplicador del <imperio de la ley> como si se entendiera que aquella es completa, no tiene antinomias, no tiene incoherencias, está bien redactada, no tiene lagunas, vacíos ni otras falencias.

Todos sabemos (o suponemos) que es interpretar la ley y los distintos métodos, así que nada de esto será atendido en este estudio; situación que por casualidad tampoco es abordado en el fallo condenatorio por prevaricación en contra del juez “Garzón”, en donde solo consta el reproche de una *interpretación irrazonable* “desde los métodos interpretativos conocidos”; dice el TS, pero sin explicar de qué manera arriba a tal conclusión.⁹

En esto, dos ideas iniciales. Que apenas el Código Civil prevé unos supuestos (hoy incompletos a la luz de praxis judicial) que en nada resuelven lo que aquí se intenta analizar, y de otro, que se obliga a los jueces a decidir “siempre”, so pena de incurrir en denegación de justicia sin pretexto de alegar obscuridad, ambigüedad o silencio de la ley¹⁰. Hasta ahora, no nos resultaban

⁸ Esta expresión “a sabiendas” aparece explicada en la sentencia 2338/2001, citada a su vez por el propio TS en el fallo contra el Juez Garzón (p.41).

⁹ Solo por aludir a algunos autores Luis Legaz Lacambra. *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1953, pp.411-414.

¹⁰ **Artículo 448 del Código Penal:** “El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.”

preocupantes ni ajenas estas regulaciones que son en verdad expresión en buena parte de los ordenamientos jurídicos que aún quedan del viejo sistema liberal (verbigracia, en el caso venezolano lo mismo se proyecta en el Código Civil, en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Penal).

Lo que sí nos generó inquietud es lo que aprendemos después frente a las previsiones por el delito de prevaricación (“sentencia o resolución injusta”) porque nos da la impresión que el flagelo que se pretende evitar (que el juez sustituya al legislador) le hace un flaco favor a la tarea interpretativa de los jueces de la que supuestamente es posible hacer según la Ley Orgánica del Poder Judicial, reduciéndola –luego de la sentencia condenatoria del caso “Garzón”- a los mínimos posibles –sino ya a proscribirlos de hecho- porque <el juez si se equivoca>, parece decirse, en cambio <el legislador es sabio>. Esta última expresión sabemos que no es verdad (nos referimos a la sabiduría del legislador) porque la justicia constitucional demuestra cada vez más, que es menos sabio de lo que se viene diciendo; pero ese no es el tema que ahora nos incumba; y que en otras realidades distintas a la española (ej., el caso de Venezuela cuya realidad conocemos), los jueces ordinarios deben completar las más de las veces ese trabajo deficiente del legislador.

En este estado de las cosas tenemos que concretar las siguientes premisas respecto de España: (i) que los jueces aplican *únicamente la ley*; (ii) que los jueces deben decidir **siempre** aplicando *únicamente la ley* -so pena de incurrir en sanción de denegación justicia- sin pretexto de la ambigüedad o silencio de la ley; (iii) que los jueces pueden *interpretar la ley* de la manera en que <no sea un acto injusto> –so pena de sanción por delito de prevaricación-; y, (iv) que pueden haber varias interpretaciones “posibles” de la ley –como se reconoce expresamente por el TS en la sentencia que nos ocupa-.

Los problemas se suscitan, desde nuestro punto de vista, en cómo saber si esa interpretación dada es injusta o no (en el sentido de prevaricar o no) cuando no se prevé un estricto control (previo) que establezca cómo debe ser la interpretación de la ley (ya que no existen unos estándares expresos salvo las

abstracciones de valores, principios y de métodos), en el sentido de poder distinguir los mecanismos posibles (como parece desprenderse del caso “Garzón”). Si el legislador penal está tan interesado que el juez no cause sentencia injusta por sus formas de interpretar, debió regular supuestos bien concretos y estrictos para reducir las maniobras de aquel. Sin embargo, ello no está previsto así y no obstante, se ha condenado a un juez “intérprete”.

Desde nuestra humilde opinión, lo que sí podría deducirse es si el juez, con intención o no, *erró* en la interpretación que dedujo, incurriendo en una *indebida aplicación del derecho en forma de error grave inexcusable*, entonces otra figura jurídica, pero que no entraña delito ni sanción de inhabilitación. En efecto, llama la atención que entre las curiosidades del caso Garzón, por un lado se está distinguiendo de los *errores graves e inexcusables*¹¹, pero parte de la acusación se debe a “**una interpretación errónea** del artículo 51.2. de la LOGP”¹²).

En este caso, el Tribunal Supremo hizo énfasis que a los autos dictados por el juez Garzón se les reprochaba, que no discriminan aspectos de hasta donde se extiende la orden allí dada (grabar las comunicaciones entre letrados e imputados), así como a la prórroga o vigencia; pero especialmente se le recrimina la afectación del derecho a la defensa. El TS parece razonar la importancia del derecho a la defensa (como preliminar en su fallo) antes de determinar si el juez Garzón cumplió con el <imperio de la ley>, o si en las facultades interpretativas (caso que las tuviera *en este caso* pues en ningún momento lo dice el fallo del TS), dicha argumentación era posible o no, o si produjo como parece una <sentencia injusta>.

En este aspecto, concluyó el TS (p.37):

¹¹ En la propia sentencia emanada del TS en este respecto, en sus considerandos sextos, séptimos y octavo se dice que las causas que contiene la acusación son por delitos de prevaricación “continuada” (se resaltan) y no por errores inexcusables.

¹² Específicamente como lo discrimina el propio TS a petición del acusado (Folio 33); señalándose luego que el auto que da lugar al proceso es por “falta absoluta de indicios que sustentaren las resoluciones judiciales”.

“De manera que el Estado de Derecho se vulnera cuando el juez, con el pretexto de aplicación de la ley, actúa solo su propia subjetividad concretada en una forma particular de entender la cuestión a resolver, y *prescindiendo de todos los métodos de interpretación admisibles en derecho, acoge un significado irracional de la norma*, sustituyendo así el imperio de la ley por un acto contrario a mero voluntarismo.”

(Subrayado nuestro).

Lo que patentiza la <resolución injusta> del imputado y poder aplicarse el tipo penal, es cuando el TS alude a que el Juez Garzón prescindió de todos los métodos de interpretación posible (*los cuales no dice; ni explica porque desde éstos era irrazonable llegar a esa conclusión*) y que por ende calificó como un <significado irracional de la norma>. Insistimos que el TS se limitó a explicar que se violó el derecho a la defensa (de los denunciados) sin analizar de qué manera la interpretación del Juez Garzón era imposible dentro de los cánones argumentativos que alude.

Como se viene predicando, no es absolutamente cierto que los jueces queden sometidos *únicamente* al imperio de la ley; desde que se reconoce que pueden integrar lagunas o extender otros *hechos*¹³, y ello no significa de modo alguno que estén fuera de su imperio. Porque si una ley (que es su texto o precepto) permite varias interpretaciones (*lo que serían varias normas como interpretaciones sean posibles*); cómo razonar que cada juez intérprete esté sometido únicamente al imperio de la ley cuando varios jueces pueden darle a esa misma ley sentidos “distintos”.

De lo expuesto surgen tantas preguntas como inquietudes. ¿Es el delito de prevaricación un *delito objetivo* en el sentido que el mismo TS reconoce? En enseguida, salta a la vista dos aspectos: Primero, que pueda calificarse un asunto

¹³ En este orden, para Igartúa Salaverría, “los jueces no se preguntan cuál es el significado de una disposición en abstracto, sino (...) si los hechos objeto del litigio entran o no en el campo significativo de esa disposición normativa.” Vid., Juan Igartúa Salaverría. *Teoría analítica del derecho (La interpretación de la ley)*, Eusko Jaurlaritza, Gobierno Vasco, Oñati, 1994, p.39.

que en buena parte de los ordenamientos son solo ilícitos disciplinarios y a veces ni eso (que a lo sumo llevarían a sanciones administrativas de suspensión y si hay recurrencia, hasta la destitución); y segundo, que se sostenga como causa sancionatoria una circunstancia tan abierta (y *subjetiva*¹⁴) como la referencia de <sentencia o resolución injusta>.

A pesar de las explicaciones hechas por el TS y de la doctrina española revisada¹⁵ que justifica la prevaricación como tipo penal, en contrario, debemos agregar que todo esto implica una invasión al ejercicio de la **independencia judicial** (porque limita la facultad interpretativa de los jueces). De modo que interpretar la ley sea una tarea cada vez más “arriesgada” si se tiene en cuenta que se ha condenado a un juez por una <interpretación irrazonable>.

Por lo expuesto, y con las disculpas de rigor, no compartimos las afirmaciones según la cual para García Arán: “El baremo de medición de la injusticia es, por tanto, 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. Ello nos conduce –dice la autora- a que a efectos del delito de prevaricación, no hay decisión injusta si se ha aplicado la legalidad debidamente interpretada.”¹⁶ Menos comprendemos cuando se argumente que la justicia material debe buscarse en el proceso interpretativo de las <fronteras de la ley>¹⁷, pues sin que se den cuenta, desde nuestra humilde opinión, nada más abstracto que lo que se está argumentando para sostener la procedencia de este tipo penal. Preferimos que se nos convenza diciendo que el

¹⁴ Sin embargo, en contra de lo que se viene diciendo, otros sostienen que se trata de una *causa objetiva*. Como se desprende de las explicaciones que se hacen para justificar este tipo penal. Entre los revisados, destaca Mercedes García Aran. *La prevaricación judicial*, Editorial tecnos, Madrid, 1990, págs.110 al 114.

¹⁵ Entre otros, A. Quintano Ripolles. *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Madrid, 1966.

¹⁶ Mercedes García Aran. *La prevaricación judicial*, Editorial tecnos, Madrid, 1990, p.117.

¹⁷ *Ob. Cit.*, p.117.

legislador cambie la calificación de “injusticia” en una eventual reforma y evitemos así las disquisiciones en referencia.

Para nosotros es inconsistente la idea de que el juez si puede interpretar el derecho siempre que se haga dentro de un razonamiento “defendible” (incluso frente a las varias y posibles interpretaciones), frente a la idea que con su interpretación cometa <sentencia injusta>; por dos claros motivos: Primero, porque la injusticia es expresión cuya connotación axiológica da cuenta que no es como se viene defendiendo un elemento “objetivable”; segundo, porque en la figura que contiene el delito de prevaricación, en principio no le es dable al juez que califica si otro juez prevarica o no, analizar los alcances de las interpretaciones que el juez “imputado” hiciera; ello como se analiza de seguidas.

En efecto, el precepto aplicado en el caso en estudio, cuyo artículo 446 del Código Penal establece:

“El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:

(...)

3.º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas.”

(Lo subrayado es nuestro).

Dice el TS que el juez puede interpretar la ley y que esa interpretación sea sostenible (defendible); *pero eso no es lo que dice el precepto tipo del art.446 CP*. Entendemos, que en estos casos no se permite ese ejercicio “interpretativo” que en general les es dado a *todos* los jueces como una herramienta hermenéutica, porque los jueces no crean derecho en sentido estricto, en tanto “supuestamente” se limitan a aplicar la ley. Sin embargo, en contra de nuestros argumentos, el propio Tribunal Supremo responde en los términos siguientes (sentencia de 26 de junio de 1996 por citar una de las muchas que versan sobre este tema):

"Los diferentes delitos de prevaricación exigen como **elemento objetivo** la absoluta notoriedad de la injusticia, faltando tal elemento cuando se trata de apreciaciones que en uno u otro grado son discutibles en derecho. Sólo cabe prevaricación, cualquiera que sea su clase -judicial o administrativa- o su modalidad de comisión -dolosa o culposa- cuando de modo claro y evidente, sin posibilidad de duda alguna al respecto, la resolución de que se trate carece de toda explicación razonable, es decir, es a todas luces contraria a derecho... pudiendo referirse tal ilegalidad así cualificada, 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. Y así, esta Sala viene utilizando con frecuencia los términos de "patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico", "tan patente y grosera que pueda ser apreciada por cualquiera"... "se reserva el Derecho Penal para aquellos casos de tan flagrante ilegalidad que quede de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trate, conforme al principio de intervención mínima" -sentencias de esta Sala de 20-2, 10-7, 6-10, y 14-11 todas de 1.995-".¹⁸

(Negritas del texto de de quien la cita; subrayado es nuestro).

Si los jueces pueden hacer apreciaciones (interpretaciones); menos entendemos el tipo penal de la prevaricación ya que el precepto que lo regula no dice eso. Insistimos que dicho precepto sancionatorio es una cláusula abierta (calificación de sentencia injusta), y no permite como se viene diciendo, que sea una <interpretación indefendible>. En definitiva, tenemos dos situaciones, por un lado (i) dice el TS que al interpretar la ley, determinada sentencia se aparte del derecho; y de otro, (ii) dice el art.446 CP que determinada sentencia sea injusta **(no se refiere a la interpretación de la ley)**.

Como observamos, la jurisprudencia del TS -que no es fuente de derecho- está completando un tipo penal que aparece en forma expresa. No podemos

¹⁸Disponible

http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/199907-afv05_01.html

aceptar que por vía de jurisprudencia “orientadora” (no vinculante¹⁹) *se está agregando a la figura de prevaricación unos supuestos que el precepto original no contiene* (la norma penal no dice que el juez pueda hacer apreciaciones y que solo desde allí se sepa si su decisión es injusta). Que se nos intente convencer que este tipo penal se “complete” con una interpretación por vía de jurisprudencia, realmente nos coloca en una situación desventajosa en el debate.

En conclusión, lo que regula la ley es un tipo **penal abierto o blanco** (donde todo cabe) que daría lugar a calificaciones tan vagas e imprecisas según criterios de justicia (algunos fallos serán justos o injustos). En efecto, la autora que venimos tratando, reconoce “la posibilidad de tratar la definición de prevaricación en cuanto a la resolución injusta como una norma penal en blanco que resulta completada en su supuesto de hecho por las normas que el juez haya aplicado en su decisión”²⁰; sin embargo, aunque es contraria a nuestra posición, también reconoce con la objetividad propia de un jurista, que ello supondría una “quiebra” a la tesis dominante <sobre el error en los elementos normativos o simplemente como una excepción a la regla>.²¹

3. ¿Y, la relación de los jueces ordinarios con la Constitución? - “(...) si pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el artículo 18.3 de la Constitución se remiten, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, (...) no cabría entender que el juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el secreto de las comunicaciones.”

STC 49/1995, abril 5.

¹⁹ Según el ordenamiento jurídico español, las únicas sentencias vinculantes son las dictadas por el Tribunal Constitucional cuando declaren la nulidad de una ley (art.164.1 CE).

²⁰ Mercedes García Aran. *La prevaricación judicial*, Editorial tecnos, Madrid, 1990, p.134.

²¹ Ob. Cit., p.135.

El Tribunal Constitucional trae un nuevo elemento a este interesante debate. Conforme al artículo 18.3 de la Constitución Española, las intervenciones de las comunicaciones solo puede hacerse por vía judicial dentro de un proceso y siempre mediante ley que lo establezca. En su fallo 49/1995 -no sabemos si como *obiter dicta* o como *ratio decidendi*-, analiza un caso derivado de la intervención judicial de las comunicaciones telefónicas **a pesar de no estar previsto en la ley** (que solo prevé la interceptación de *otros* medios de comunicación de épocas pretéritas –correos escritos, cartas, pero que no incluye los teléfonos).

En dicho caso, el juez ordinario ordenó intervenir unas comunicaciones telefónicas (a pesar que la ley no lo prevé) sin que se haya considerado que con ello haya vulnerado el secreto de las comunicaciones, y menos que haya prevaricado en el sentido del art.446 CP. Conseguimos acá, una clara conexión entre **juez-Constitución** aunque no lo diga expresamente el TC -a pesar que se nos insiste que el juez *solo* está sometido a la ley (**juez-ley**)-.

No obstante ese antecedente, resulta que en cuanto a las relaciones entre *juez-Constitución*, en principio solo se llegaría *en forma indirecta* a través de las interpretaciones que a bien tenga hacerse dese la justicia constitucional; tal y como se desprende del artículo 5.1. LOPJ que es del tenor siguiente:

Artículo Quinto: “1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, *quienes 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 (...).*”

(Resaltado nuestro).

Conforme lo expuesto, los jueces deben “esperar” que la justicia constitucional interprete los <preceptos y principios constitucionales> para derivar de los mismos ciertas conclusiones, con lo cual, nos lleva a la “curiosa” posición de *interpretar* leyes sobre una *interpretación previa* que ya hiciera el TC sobre determinados preceptos o principios que puedan ser de utilidad y estar

relacionados con el caso en estudio. Probablemente, los supuestos de la ley no guarden relación “directa” con las interpretaciones que hubiera hecho la justicia constitucional (sobre preceptos y principios Constitucionales); y aquí identificamos *otro* aspecto problemático sobre la facultad interpretativa de los jueces ordinarios.

Casi ningún juez podría atreverse a razonar, por ejemplo, en clave personal, <como *en aquel caso* el TC interpretó tal asunto, voy a usar ese mismo razonamiento para interpretar determinada ley *en este caso*>, porque generalmente puede que no estén “relacionados” con aquellos preceptos y principios constitucionales interpretados. De suyo la dificultad de distinguir que **el juez ordinario pueda interpretar la ley donde hubo interpretación previa de la justicia constitucional de la Constitución o sus principios**, dejando probablemente en vacío que la Constitución es norma jurídica también para los jueces ordinarios como se reconoce en la sentencia 1995/49 arriba aludida.

Esta situación, de la conexión de los jueces ordinarios con la Constitución, es bien tratado por el profesor Rómboli para explicar el caso italiano –*hoy tema superado*- en el tránsito de la Corte Constitucional, quien sosteniendo en parte la dinámica que acá apreciamos, avivaba el discurso sobre el protagonismo del juez ordinario, “en relación con los nuevos valores constitucionales, en cuanto en que su indiferencia había producido un escaso ejercicio de la iniciativa (mediante el pronunciamiento de Autos de planteamiento de cuestiones de constitucionalidad) y con ello, un significativo vaciamiento del juicio de constitucionalidad de leyes por parte de la Corte al faltar la `materia prima’”.²²

En este caso, se reconoce que son los jueces quienes interpretan la ley, distinto al juicio de constitucionalidad, pero también que en “la elección entre diversas interpretaciones posibles, el juez debe seguir aquella más conforme a los

²² Roberto Rómboli. *El modelo italiano: control concentrado con iniciativa difusa y la experiencia de un control difuso en espera de la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional* (1948-1955). Disponible

principios constitucionales, evitando de este modo elevar la cuestión de constitucionalidad²³; solución ésta que nos parece más amplia –y acertada- que la española, aunque vimos atrás en el párrafo que abre este punto, que se mantiene ese mismo objetivo en la LOPJ²⁴, solo que en el caso italiano, *no se somete únicamente a saber si determinado asunto fue interpretado antes o no por el TC*. Para tales comprobaciones, el profesor Rómboli cita otros fallos: 101, 266, 406, 436 todos de 1996; 354 y 361 de 1997; y, 4, 49 y 147 de 1998; entre otros.

Todo lo anterior, demuestra que es posible –y necesario- que el juez ordinario interprete la ley a la luz de la Constitución en forma directa (caso de Italia, Perú y Venezuela por decir algunos). Por consiguiente, parece que el tipo de sistema (concentrado en preferencia del difuso) influye en el criterio por medio de las cuales se defiende la idea que los jueces ordinarios están <divorciados> en forma directa de la Constitución; o dicho de otro modo, a la cual solo llegan indirectamente a través del contacto directo o primario de las interpretaciones del Tribunal Constitucional (caso español). Por consiguiente, nos convence más la tesis conforme la cual, *el juez puede interpretar la ley a la luz de la Constitución* –como también ha dicho la Corte Constitucional en otras ocasiones según anuncia el profesor Rómboli en su trabajo citado-.

Incluso, lo dicho por este profesor italiano no hace sino que reafirmar lo que venimos defendiendo desde la praxis judicial, incluyendo su debate en distintos foros²⁵. Entonces, que es posible que los jueces ordinarios sean más activistas y no por ello desnaturalicen su sagrada misión de someterse <al imperio de la ley>; y que puedan tener un contacto *más directo* con la

²³ Ob. Cit.

²⁴ Exposición de Motivos LOPJ “(...) sólo procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando no sea posible acomodar, por la vía interpretativa, la norma controvertida al mandato constitucional”

²⁵ Luis Alberto Petit Guerra. *Activismo y Garantismo. ¿Contrarios o Complementarios?*, Anuario 2010-2011, Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Nro.2, Bogotá, 2011.

Constitución, como es posible analizarse desde las facultades primarias que tiene el juez ordinario en materia de derechos fundamentales por poner un ejemplo. Que en la mayoría de los casos, no se trata de un simple silogismo. Que tal subsunción, no es automática, desde el mismo momento de escoger el precepto constitucional que se dice violado –o concluir que es otro- (imaginemos aquellos que contienen derechos muy relacionados: honor, privacidad, intimidad), para apreciar si los hechos realmente lo describen. En más de las veces requerirá recurrir a la ponderación de valores, método propio de la justicia constitucional que, en principio, aplicaría en presencia de derechos fundamentales (o test de proporcionalidad en el sentido de Alexy).

Además, en esta interpretación, lo dice la propia Constitución, se deberán precisar las regulaciones correspondientes de la Declaración de los Derechos Humanos (art.10.1 CE), con lo cual, se manifiesta mejor que el juez ordinario no está únicamente sometido al imperio de la ley; a menos que se quiera reducir a la simpleza de decir que los tratados al ser ratificados en forma ordinaria, pasan a ser leyes en sentido amplio.

Insistimos, que en todos estos casos los jueces ordinarios, sin desatender la interpretación que hiciera antes el TC, *al no existir aquella* (y para no violar la previsión del art.5.1. LOPJ) deben tener mayor margen “interpretativo” al menos en materia de recursos de amparo (art.53.2CE) y así hacer <ordinariamente> una facultad que solo y únicamente en supuestos de amparo constitucional tengan que derivar en recursos ante la justicia constitucional.

Esta separación aparece natural, sea porque el juez ordinario si puede realizar ejercicio en <defensa a la Constitución>, por vía de consecuencia y ahora sí en forma indirecta, cuando le concede al ciudadano la tutela al derecho constitucional que se le ha violado. Más o menos en línea de lo que decimos, leemos en Rubio Llorente, quien específicamente a la labor en materia de derechos fundamentales, se refiere a “devolver a la jurisdicción ordinaria una responsabilidad a la que ya puede hacer frente sin ayuda.”²⁶

²⁶ Francisco Rubio Llorente. *El Tribunal Constitucional*, p.32

Entonces diferenciar las relaciones **juez-Constitución**. La primera, devenida cuando actúa en sede “de amparo judicial” con una especialísima figuración “cuasi-constitucional”²⁷ en el sentido de ejercer la defensa de la Constitución (que no su intérprete directo pero sí el primero) cuando se invoca la violación de un derecho constitucional. Y, no puede ser de otra manera si le atribuimos al amparo un ejercicio que a veces supera la mera verificación de la violación de tal derecho, ya que en su concurso pueden ponderarse otros derechos; y *esa es una labor de estricta interpretación* (cuando según el juez confrontando los derechos “constitucionales” en juego en temas de derechos fundamentales, le atribuye más peso a uno frente a otro). Agregamos, que no es necesario que requiera “revisar” si consta una interpretación previa de la justicia constitucional que pueda “relacionársele” al caso (nos referimos a la sola escogencia o prevalencia de determinado derecho frente a otro), salvo que sea ya doctrina vinculante y que sin dudas tenga incidencia directa.

La segunda relación **juez-Constitución**, la encontramos cuando el juez ordinario hace uso de la cuestión de inconstitucionalidad, la cual ejercita bajo el halo de la duda razonable, de manera que “aprecie” –entonces, *interprete* en sentido lato- que determinado texto legal según las consideraciones que sostiene, va en contra de determinado precepto de la Constitución. Aún cuando en principio lo que “interpreta” es la ley cuestionada, es posible que en esa valoración también proceda a interpretar, así sea en forma tangencial, los contenidos de la propia Constitución cuya *abstracción e imprecisión*²⁸ quizá lo obligue a ello.

Si el juez ordinario puede interpretar la ley en orden de plantear su reproche de constitucionalidad, imaginemos el absurdo que además de no ser

²⁷ En Venezuela, según la Constitución el <amparo constitucional> es ejercido por jueces ordinarios y por la Sala Constitucional en alzada; todos en ejercicio especial de justicia constitucional.

²⁸ En estos casos, se nos viene a la mente las muchas situaciones problemáticas generadas por las formas en que están redactadas los preceptos normativos atinentes a las Autonomías, poderes, competencias y límites.

avalado por la justicia constitucional (que por ejemplo declare sin lugar su recurso), quede sometido a determinada sanción porque se considere que tal razonamiento constituye una <sentencia o resolución injusta>. En ese orden, menos estamos de acuerdo con la figura de la prevaricación con la que se condenó al juez “Garzón”, ello por la delgada línea que la separa de la “arbitrariedad” de quien sostenga que <determinada interpretación del juez sea injusta>.

Por todo lo anterior, no consentimos que la aplicación del juez ordinario frente a la ley sea “mecánica²⁹” y que no requiera *jamás* del concurso de la Constitución, como podemos colegir del fallo del TC arriba citado (ya que es posible el contacto con la Constitución a falta de ley; sent.1999/49).

Del mismo modo, si la Constitución es parte del ordenamiento jurídico y el juez como se afirma está únicamente “obligado” a aplicar la ley, cuando ejerce su facultad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, entendemos que también queda sometido al <imperio de la Constitución>; aunque directamente no pueda interpretarla ni deducir sus contenidos como si fuere una ley cualquiera.

Además, si razonamos que la justicia constitucional tiene por característica dictar sentencias vinculantes (que son parte del sistema de fuentes) para todos los poderes públicos, incluyendo a los jueces ordinarios; y asimismo que la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo también son de carácter vinculante –de forma que un juez español puede aplicarla “directamente”-; entonces todas obligatorias en las materias atribuidas; resulta obvio que tenemos otra fuentes distintas al solo <imperio de la ley>.

En consecuencia, como venimos explicando, desde esta perspectiva, se debe admitir que los jueces ya no están sometidos “únicamente” al <imperio de la ley>; que en estas materias (justicia constitucional y justicia europea) están sometidos, primeramente al <imperio de la Constitución>, sin cuyas previsiones no fuere posible que su jurisprudencia fuere vinculante a los jueces ordinarios, en

²⁹ Expresión que tomamos aludiendo a Pound en *Mechanical Jurisprudence*, Columbia Law Review, vol.8, 1908, pp-605-623.

el caso de la justicia constitucional por mandato del artículo 164.1. CE; en el caso de la justicia comunitaria por mandato del art.93 CE por extensión de las competencias respectivas.

4. Conclusiones. - Ya no puede afirmarse que los jueces españoles están sometidos únicamente a la ley y solo en forma indirecta a la Constitución. Como quedó patentado a lo largo de este trabajo, hay otros estadios que describen *(i)* las relaciones del juez ordinario con la Constitución, *(ii)* con los tratados de Derechos Humanos (específicamente la DUDH a luz del art.10.2. CE), *(iii)* con la jurisprudencia de la justicia constitucional en tanto su obligatoriedad; como *(iv)* con la jurisprudencia emanada del derecho de la Comunidad Europea de aplicación <directa>; pero también, otras consecuencias derivadas sobre *(vi)* las relaciones del juez ordinario con la ley (y sus contornos) como ocurre desde algunos tribunales constitucionales americanos donde se exige más activismo de los jueces ordinarios para darle *vida* a la Constitución frente a la interpretación de la ley conforme a aquella.³⁰

Todo esto nos lleva a concluir, aún en términos incipientes por motivos de espacio y tiempo, que estamos asistiendo a una *nueva etapa de las relaciones del juez ordinario con el sistema de fuentes del Derecho* y desde allí, en su rol de intérprete de la ley. Con todo, entender el <imperio de la ley> como expresión de la voluntad popular (según propósito del Preámbulo de la CE); pero también reconocer sus dificultades en cuanto a deducir su sistema de interpretación; que si quiere ser celoso con el juzgador; debe regularse con más precisiones y límites expresos (no ambiguos como <sentencia o resolución injusta>).

En conclusión, con respecto a la ley –que fue el motivo inicial de este ensayo- preferimos decir que el juez ordinario está sometido “principalmente”

³⁰ Verbigracia, el TC del Perú, donde para el profesor Oré Chávez: “Todo indica que el TC no se equivoca cuando cuestiona la falta de protagonismo constitucional del juez ordinario.” Iván Oré Chávez. *El Secreto de la ratificación y la subordinación como consigna: El juez fungible*; disponible: <http://derechogeneral.blogspot.com.es/2012/02/el-secreto-de-la-ratificacion-y-la.html>

-pero no únicamente- mientras sus interpretaciones permitan descubrir esos contornos que el legislador ha dejado con o sin intención –por criterios de oportunidad y conveniencia política-; y que no implique desatender esa voluntad soberana. A tales efectos, proponemos un equilibrio para que el juez ordinario pueda deducir esos contornos de la ley; sin verse “presionado” en incurrir en un delito de la magnitud como la prevaricación.

Que como “Garzón”, si cualquier otro juez cometiere excesos o equivocaciones en sus interpretaciones, puedan corregirse por el sistema recursivo cuando sean defendibles –*presumiéndose que conocen el derecho (iuris notiv curia)*); principio que ni siquiera menciona el TS en su fallo condenatorio- de forma que no se perciba como una inquisición moderna frente a los jueces “intérpretes”.

Tener cuidado si con todo se está afectando otro principio básico del sistema democrático: *la independencia judicial*, desde donde se sostiene el sistema interpretativo.