

PROGRAMA DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS EN POLÍTICAS PÚBLICAS
Conocimiento para una democracia de calidad

Apuntes de Investigación del PIAPP
Año I. Número 2
Junio de 2012

¿MALAS INTENCIONES EN EL “CASO GARZÓN”?

Jesús Ibarra Cárdenas
jibarra@iteso.mx



ITESO
Universidad Jesuita
de Guadalajara

Este apunte de investigación puede ser descargado con fines académicos. Si fuera citado, se deberá hacer referencia al nombre del autor, el título, el número de documento de trabajo, el año y casa de publicación. El autor es el único responsable del contenido y las ideas expresadas en el documento y no refleja, necesariamente, la postura o puntos de vista del ITESO. Se solicita que los comentarios sobre el texto se hagan llegar directamente al autor.

Publicado por
Programa de Investigación y Análisis en Políticas Públicas
Departamento de Estudios Sociopolíticos y Jurídicos
Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO)
Periférico Manuel Gómez Morín 8585
Tlaquepaque, Jalisco, México. CP 45604
www.investigacionpolitica.iteso.mx

Sobre el autor:

Jesús Ibarra Cárdenas es doctor en Derecho Público y
Método Jurídico por la Universidad de Alicante.
Sus líneas de investigación son argumentación jurídica,
derechos fundamentales y democracia.
Actualmente es profesor-investigador del Departamento de Estudios
Sociopolíticos y Jurídicos del ITESO.

Resumen

La sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo español mediante la cual se inhabilita al juez Baltasar Garzón por el delito de prevaricación muestra la importancia de discutir el modelo de juez penal inherente a un Estado Constitucional de Derecho. Por una parte, debe aplicar el derecho bajo el principio de estricta legalidad y respetando todas las garantías procesales de los imputados, no obstante, por la otra tiene que ser eficaz en hacer respetar el Estado de Derecho.

Palabras clave: prevaricación, argumentación jurídica, activismo judicial.

Abstract

The judgment of the *Criminal Court of the Spanish Supreme Court*, whereby the judge Baltasar Garzón was disqualified due to prevarication crime, shows the importance of discussing the model of the penal judge inherent to a Constitutional Rule of Law. On one hand, it's mandatory to apply the law under the strict legality principle, guaranteeing the defendant procedural rights; on the other hand, it has to be effective to enforce the rule of law.

Key words: prevarication, judicial argumentation, judicial activism.

INTRODUCCIÓN

Al día siguiente de la sesión judicial los medios de información se daban un festín con la sentencia 79/2012 del caso Baltazar Garzón Real (votada por unanimidad); el cazador había sido el protagonista del banquete de la Sala Penal del Tribunal Supremo el pasado 9 de febrero. En las redacciones de los diarios, en tanto alguien redactaba la nota informativa, otro equipo trabajaba la semblanza del magistrado, su biografía y, desde luego, todos y cada uno de los casos que lo hicieron famoso en el mundo. “Once años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado, con la pérdida del cargo que ostenta” fue la puntilla del fallo ineludiblemente kafkiano.

Como se sabe, el Juez Garzón tenía abiertos tres procesos en el Tribunal Supremo de España ya sólo queda uno pendiente, el más complejo políticamente, el relacionado con los crímenes del franquismo. El proceso que le costó su inhabilitación tiene que ver con el *caso Gurtel* trama sobre presuntos contratos ilegales ligados al Partido Popular en Valencia y Madrid. El tema desde luego da para grandes investigaciones en las Ciencias Sociales, especialmente resulta de interés estudiar cómo queda la autonomía de los jueces en España al resolver casos relacionados con corrupción y afectación de intereses de la clase política, al parecer quedan pocos incentivos a la judicatura para enfrentar al poder y sus tramas de corrupción.

Este apunte de investigación tiene pretensiones mucho más modestas; busca describir la sentencia con el modelo argumental propuesto por Stephen Toulmin y hacer algunos comentarios finales que se desprendan del mismo. La tesis que se sostiene es que pese a la imprudente conducta del juez, no queda demostrado en el fallo el “dolo directo” como elemento necesario para configurar el delito de prevaricación señalado en el artículo 446.3 del Código Penal español; los magistrados del Tribunal tenían que dar por probado no sólo que Garzón había violado la ley conscientemente, sino que lo había hecho con un propósito, “a sabiendas”; es decir, motivado por razones ajenas al ordenamiento jurídico.

EL CASO

En los apartados 1, 2 y 3 se describen los razonamientos que integran la argumentación de la sentencia 79/2012 del caso Garzón.

1. Los siete magistrados de la Sala Penal del Tribunal Supremo tenían que resolver sobre la responsabilidad penal del acusado, Baltazar Garzón Real, por el delito de prevaricación contemplado en el 446.3 del Código Penal español:

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

1. Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.
2. Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta.
3. 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.

Al parecer, el Magistrado de la Audiencia Nacional infringió el artículo 51.2 de la Ley General Penitenciaria:

[...] Las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

2. Para resolver esta cuestión, surgen dos líneas de argumentación independientes, la 2.1 que tiene que ver con los hechos probados del caso; y la 2.2 referente a los fundamentos del derecho.

2.1 *Los hechos probados del caso*

- 2.1.1 El acusado (Baltazar Garzón Real) investigaba hechos que podrían ser constitutivos del delito de blanqueo de capitales, de defraudación fiscal, de falsedad, de cohecho, de asociación ilícita, y de tráfico de influencias que se atribuían a varias personas imputadas en la causa (Francisco Correa, Pablo Crespo Sarabis y Antoine Sánchez).
- 2.1.2 Según información policial los imputados pese a encontrarse en prisión provisional continuaban con su actividad delictiva organizada. Ello gracias a la colaboración de algunos abogados defensores.
- 2.1.3 El acusado ordenó a los funcionarios penitenciarios encargados de custodiar a los imputados y a la policía, mediante dos autos judiciales (del 19 de febrero y 20 de marzo), la “observación de las comunicaciones personales que mantengan los citados internos con los letrados que se encuentran personados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos” (Sentencia 79/2012). La orden de escuchar y grabar las comunicaciones incluyó a todos los abogados defensores, esto es, tanto a aquellos que contaban con algún indicio en su contra como a los que no se tenía ninguna dato incriminatorio.
- 2.1.4 Los funcionarios policiales solicitaron del acusado una aclaración respecto del significado de la expresión “*previniendo el derecho de defensa*”, a lo cual el acusado respondió que deberían proceder a recoger las cintas, escuchar lo grabado, transcribir todo su contenido excluyendo las conversaciones privadas sin interés para la investigación y proceder a su entrega en el juzgado, ocupándose él de lo que procediera en orden al cumplimiento de dicha cláusula. El acusado no comunicó a los funcionarios policiales ninguna precisión respecto a conversaciones que debieran ser excluidas de la grabación, ni tampoco respecto a la imposibilidad de utilizar en la investigación ninguna parte de lo oído en las conversaciones grabadas.

2.2 *Los fundamentos de derecho en la sentencia*

- 2.2.1 Los poderes públicos, también el judicial están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1). El Estado de derecho se vulnera cuando el juez, con el pretexto de aplicación de la ley, actúa solo bajo su propia subjetividad. Que el ordenamiento jurídico haya previsto la figura de la prevaricación judicial no es un ataque a la independencia del juez, sino una exigencia democrática impuesta por la necesidad de reprobación penalmente cualquier conducta que bajo el pretexto de la aplicación de la ley, resulta frontalmente vulneradora del Estado de derecho.
- 2.2.2 La búsqueda de la verdad, incluso suponiendo que se alcance, no justifica el empleo de cualquier medio. La justicia obtenida a cualquier precio termina no siendo Justicia.
- 2.2.3 Se entenderá por resolución injusta aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles según los métodos usualmente admitidos en derecho careciendo de toda interpretación razonable, y siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad.
- 2.2.4 Mediante las escuchas se violentó la confidencialidad, elemento esencial de la defensa. Es fácil entender que, si los responsables de la investigación conocen el contenido de las conversaciones entre el imputado y su abogado, la defensa pierde la mayor parte de su posible eficacia. Ello sin mencionar la información inculpatória obtenida indebidamente y la afectación a los derechos de intimidad y secreto profesional.
- 2.2.5 Los límites al derecho a la confidencialidad de las comunicaciones de los presos están regulados por la Ley Penitenciaria. Sólo pueden aplicarse esos límites a los casos de terrorismo y previa orden del juez competente. En otros casos, sería imprescindible una reforma legal. Y en este caso no se daban ninguna de esas circunstancias.
- 2.2.6 El derecho a la defensa se vulneró sin justificación. En este sentido, cualquier restricción de este derecho debe estar especialmente justificada. En

este caso, no existieron indicios de ninguna clase que indicaran que los letrados mencionados en los hechos probados estaban aprovechando el ejercicio de la defensa para cometer nuevos delitos. A pesar de lo cual las comunicaciones de los internos con sus defensores, fueron intervenidas.

2.2.7 No se trata de una interpretación errónea de la ley, sino un acto arbitrario. La injusticia consistió en acoger una interpretación de la ley según la cual podía intervenir las comunicaciones entre el imputado preso y su letrado defensor basándose solamente en la existencia de indicios respecto a la actividad criminal del primero, sin considerar necesario que tales indicios afectaran a los abogados defensores.

2.2.8 La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos protege el derecho a la intimidad y al secreto profesional entre el acusado y su letrado, sostiene que una de las exigencias fundamentales de un proceso es el derecho del acusado a comunicarse con su abogado sin ser oído por terceros.

2.2.9 La actuación del acusado colocó a todo el proceso penal español al nivel de sistemas políticos y procesales característicos de tiempos ya superados al admitir prácticas que a día de hoy solo se encuentran en *regímenes totalitarios* en los que todo se considera válido para obtener la información que interesa, o se supone que interesa al Estado prescindiendo de las mínimas garantías para los ciudadanos.

2.2.10 Con sus acciones el acusado se apartó de las doctrinas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sin que su opción interpretativa viniera acompañada de un mínimo razonamiento explicativo de las razones que la sustentaban, lo que causó un daño totalmente injustificado y difícilmente reparable en los derechos de los imputados y, en su medida, en los derechos de los abogados defensores afectados.

2.2.11 El acusado sabía cuáles eran las consecuencias necesarias de las dos resoluciones que dictó. Los funcionarios de policía le reclamaron aclaraciones acerca del significado de la frase “previniendo el derecho de

defensa”. La inclusión de esa cláusula en las dos resoluciones que dicta muestra que era consciente que su decisión afectaba el derecho de defensa de los inculcados y sus abogados, de quienes no se tenía indicio alguno de actividad criminal. Además existe toda una serie de datos que acreditan que el acusado era consciente de que esas conversaciones quedaban afectadas por su decisión.

3. A partir de lo anterior los magistrados de la Sala Penal llegan al siguiente fallo

3.3.1 Se condena al acusado Baltazar Garzón Real como autor responsable de un delito de prevaricación del artículo 446.3 del Código Penal.

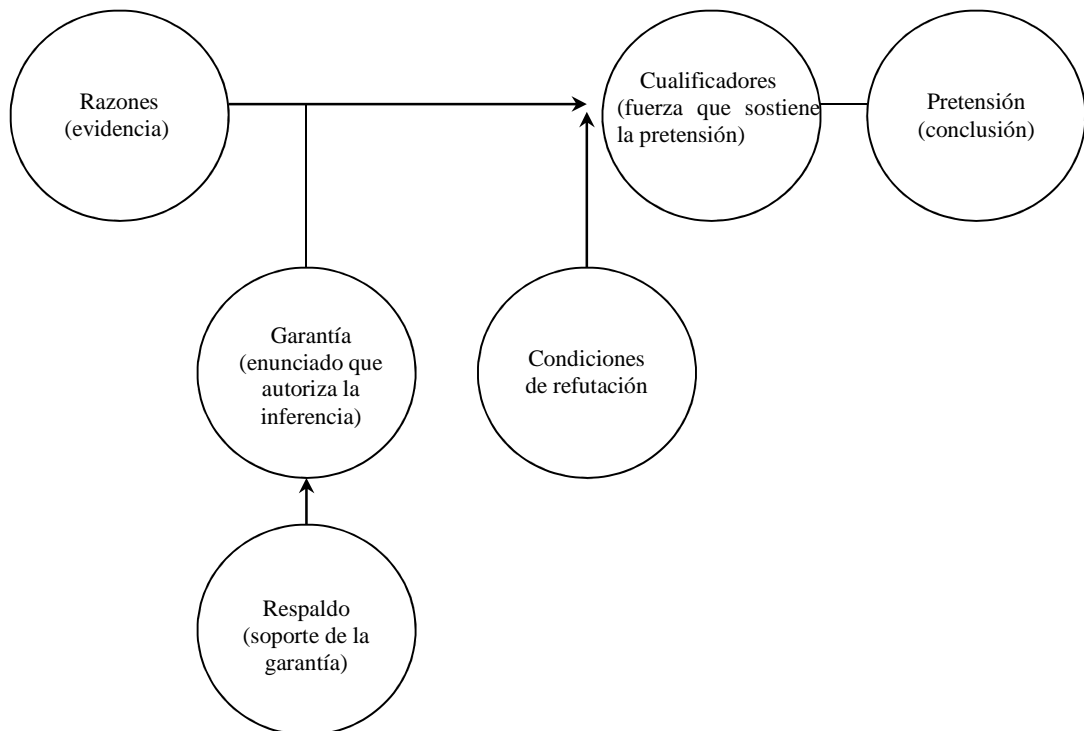
La sentencia bajo esquema de argumentación de Stephen Toulmin

El modelo desarrollado por Stephen Toulmin en *The uses of argument* (1958) es útil para dar cuenta de la sentencia que nos ocupa, principalmente porque su esquema permite incluir todos los elementos involucrados en el razonamiento judicial, no sólo los enunciados lógicos, sino también otros elementos propios de un argumento: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo. El esquema argumental de Toulmin parte de esos elementos: un conjunto de *razones* (evidencia) que sostiene una *pretensión* (conclusión). Luego, una *garantía* que conecta las razones con el enunciado y, finalmente, se le vincula con un fundamento que puede ser práctico o teórico: el *respaldo*. Otros elementos que completan el modelo son los dos siguientes: los *cualificadores* modales que califican la interpretación del enunciado como verdadero, contingente o probable, y finalmente, se consideran las posibles reservas u objeciones mediante las *condiciones de refutación*.

Así, los cuatro elementos básicos que presenta Toulmin para describir el esquema de un argumento; la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo, junto con dos elementos más, los cualificadores y las condiciones de refutación, son útiles para hacer comparaciones entre las premisas de los razonamientos en el caso Garzón.

El siguiente esquema muestra el modelo de análisis de argumentos del filósofo inglés.¹

Modelo de argumentación de Stephen Toulmin



- 1) Empezando por las “razones” (*grounds*) del argumento, éstas se refieren a los datos o hechos del asunto.² Esto es, a la admisión de los medios de prueba para establecer los hechos probados, así como la adopción de los enunciados descriptivos que el tribunal acepta como constitutivos del caso. En esta primera

¹ En la descripción de los elementos del modelo de Toulmin y sus relaciones con la argumentación jurídica se toma como referencia el trabajo de Manuel Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (2003).

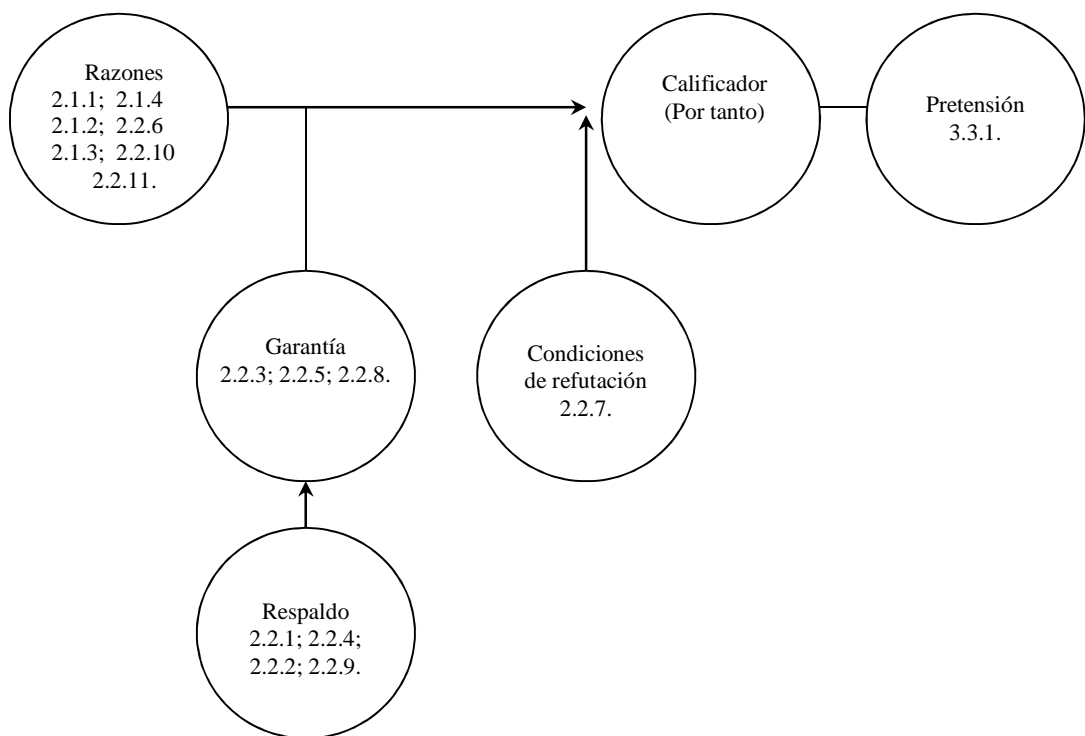
² Es importante aclarar que las *razones*, tal como las presenta Toulmin, no sólo están referidas a cuestiones sobre hechos, sino también a cuestiones normativas. En este último supuesto, además de los hechos aceptados como probados por el tribunal correspondiente se entenderían como razones, entre otras: la jurisprudencia establecida por instancias superiores, criterios relevantes de otros tribunales, normas generales, precedentes, etcétera.

esfera estarían agrupados los numerales 2.1.1; 2.1.2; 2.1.3 y 2.1.4 descritos al principio, así como los indicados con 2.2.6; 2.2.10 y 2.2.11.

- 2) La “garantía” (*warrant*) del argumento se refiere a aquellas normas generales que autorizan el paso de las razones a la conclusión, es decir, normas que son aplicadas para calificar los hechos del caso. En el ámbito jurídico pueden ser reglas o principios y, en el caso que nos ocupa, la referencia es al artículo 446. 3 del Código Penal además del artículo 51.2 de la Ley General Penitenciaria (señalado en el punto 2.2.5) junto con los principios que subyacen a ambas disposiciones. Además se incluye la jurisprudencia, con lo cual también corresponde el numeral 2.2.8 así como la interpretación de los magistrados sobre “resolución injusta” indicada en 2.2.3.
- 3) El “respaldo” (*backing*) de un argumento tiene que ver con determinar los valores subyacentes del ordenamiento jurídico que deben prevalecer. El respaldo tiene como función ofrecer la justificación de la garantía. En la sentencia que se analiza se incluyen los apartados 2.2.1; 2.2.2; 2.2.4 y 2.2.9.
- 4) Por otra parte, el estándar adoptado para considerar que los tres elementos anteriores cuentan en su conjunto con la solvencia suficiente para sostener la conclusión del argumento Toulmin lo denomina “cualificadores” (*qualifiers*) del argumento, los cuales tienen que ver con la naturaleza probabilística de la conclusión, es decir, con la determinación de su grado de certeza. El grado de certeza de los magistrados de la Sala Penal al parecer es muy alto. Con lo cual, el cualificador más adecuado tendría que ser “Por tanto”.
- 5) Las “condiciones de refutación” (*rebuttals*) del argumento merman la fuerza del argumento, son circunstancias de carácter extraordinario que afectan la solidez de la pretensión. En el caso Garzón los magistrados descartaron todas y cada una de las condiciones de refutación alegadas por el acusado, incluso dotan de fuerza a la pretensión de su resolución al aclarar que en el asunto no existió una interpretación errónea de la ley por parte de Garzón sino un acto arbitrario 2.2.7.
- 6) Los cinco elementos descritos dotan de fuerza a la conclusión de un razonamiento, o como Toulmin lo llama en su esquema a la “pretensión” (*claim*)

del argumento. En el asunto la pretensión se refiere a declarar culpable al acusado 3.3.1.

El caso Garzón en el modelo de argumentación de Stephen Toulmin



¿Malas intenciones?

Es importante destacar la solidez argumentativa de la sentencia. Cuenta con una estructura clara, presenta evidencia de los hechos que afirma, es consistente con las premisas y las conclusiones que sostiene. No obstante, la crítica que cabe hacer al documento se encuentra en algunas ausencias y en ciertos acentos cuestionables que obligarían a matizar el fallo de la Sala Penal del Tribunal Supremo español, principalmente en el concepto de dolo que presenta.

En cuanto a las ausencias destacan dos. La primera tiene que ver con que la sentencia equipara “auto” a “resolución” cuando existen claras diferencias (sobre todo procesales) entre ambos documentos principalmente por el carácter terminal del proceso jurisdiccional que supone el segundo. Es verdad que bajo una interpretación muy amplia podría considerarse a cualquier decisión emitida por el juez como una resolución, pero precisamente por ello, se hecha en falta la justificación que explique por qué, la Sala de lo Penal, consideró que el par de “autos judiciales” dictados por el juez Garzón, el 19 de febrero y el 20 de marzo de 2009, comparten las características relevantes con el término “resolución” que exige el tipo penal. Desde luego es poco garantista con el acusado el no hacer explícito tal razonamiento.

La segunda ausencia en la argumentación de la sentencia se refiere a un “hecho probado” (así se le reconoce en la sentencia) que no participa del razonamiento judicial subsecuente; se da cuenta de él pero no se valora a efecto de obtener alguna hipótesis alternativa en el caso. En efecto, se indica que, según información policial, los máximos responsables de la organización criminal pese a encontrarse en prisión provisional, continuaban con su actividad delictiva gracias al apoyo de algunos abogados defensores. En la página 6 de la sentencia se cita:

A juicio policial, trasladado al acusado, los datos que manejaban hacían suponer que, a pesar de que se encontraban en prisión provisional acordada por el acusado, los que consideraban los máximos responsables de la organización continuaban con su actividad delictiva organizada procediendo a nuevas acciones de blanqueo de capitales y a otras actividades que podían implicar la ocultación de importantes cantidades de dinero ilícitamente obtenidas. Según entendían los funcionarios de policía, y así lo comunicaron verbalmente, en esas actividades pudieran estar interviniendo algunos abogados integrados en un despacho profesional cuyos miembros eran conocidos y estaban identificados, llegando a ser imputados en la causa.

Este hecho probado es sumamente relevante ya que permite deducir un propósito que da sentido a la orden del juez Garzón de escuchar y grabar las conversaciones entre los inculpados y sus defensores. Al parecer, los autos judiciales calificados como “resolución injusta” se dictaron con el objeto de conocer si efectivamente continuaban las actividades delictivas de los detenidos en complicidad

con sus defensores. Situación que muestra una hipótesis alternativa a la del fallo de la Sala Penal; que considera que haber dictado los autos judiciales se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, de toda interpretación razonable y son exponentes de una clara irracionalidad.

Pues bien, aunque existió una clara violación a derechos fundamentales, no resulta una opción jurídica indefendible o irracional el ordenar grabar las escuchas entre los abogados y sus clientes si esa alternativa eventualmente podría resultar un medio eficaz para confirmar el informe policial sobre la continuidad de la trama de corrupción.

De esta manera, aunque es una medida que no puede ser justificada ni ética, ni jurídicamente, sí explica de alguna manera la intención del juez Garzón: averiguar al verdad al precio de vulnerar los derechos de defensa, privacidad y secreto profesional. Incluso, la sentencia analiza la declaración del acusado en el sentido de que “(...) se adoptó esa medida porque no había otra solución para impedir que los imputados continuaran con su actividad delictiva” (Sentencia 79/2012, p. 56). Desde luego, esa sospecha no es razón suficiente para incumplir la prohibición señalada en el artículo 51.2 de la Ley General Penitenciaria, que restringe la intervención de las comunicaciones sólo a supuestos de terrorismo,³ pero sí resta fuerza a la conclusión de los magistrados en el sentido de que se trató de “(...) un acto arbitrario, por carente de razón, que desmantela la configuración constitucional del proceso penal como un proceso justo” (Sentencia 79/2012, p. 60).

Desde luego es inevitable calificar como injusta la acción de haber dictado los autos judiciales mencionados; sin lugar a dudas fueron vulnerados derechos fundamentales y garantías procesales básicas. No obstante, más que un acto arbitrario estamos ante un acto imprudente, sobre todo si se presume la intención del juez Garzón de buscar la verdad de los hechos en la trama de corrupción, o dicho de otra manera; su acción tuvo una razón instrumental para llevarla a cabo que explica —más no justifica— su realización.

³ Como se indica en la sentencia: “La búsqueda de la verdad, incluso suponiendo que se alcance, no justifica el empleo de cualquier medio. La justicia obtenida a cualquier precio termina no siendo Justicia”. (Sentencia n° 79/2012, p. 41).

En este contexto, es posible presumir tal intencionalidad del juez Garzón analizando la acción de dictar los autos judiciales bajo el Principio de Racionalidad Mínima (PRM). Daniel González Lagier aporta esta herramienta de análisis la cual permite reconstruir las intenciones de un agente a partir del propósito que da sentido a su acción haciéndola aparecer como mínimamente racional; “El PRM puede enunciarse de la siguiente manera: si un agente actúa intencionalmente, siempre realiza la acción que cree más adecuada para el fin que persigue” (González Lagier, 2004, p. 46). Según González Lagier la estructura del argumento mediante el cual se atribuyen intenciones puede reconstruirse mediante un razonamiento inductivo como el siguiente (González Lagier, 2004, p. 49):

- 1) Los agentes realizan la acción que creen más adecuada para lograr el fin que persiguen (PRM).
- 2) S creía que la manera más adecuada de conseguir F consistía en hacer A en las circunstancias C.
- 3) S hizo A en las circunstancias C.
- 4) S hizo A intencionalmente (presunción de intencionalidad).
- 5) S hizo A con la intención de conseguir F.

Si se aplica tal esquema de razonamiento al caso en estudio tenemos lo siguiente:

- 1) El juez Garzón realiza la acción que cree más adecuada para lograr el fin que persigue (PRM).
- 2) El juez Garzón creía que la manera más adecuada para impedir que los líderes de la trama de corrupción continuaran —probablemente— con sus actividades delictivas consistía en escuchar y grabar las conversaciones entre los imputados y sus abogados.
- 3) El juez Garzón dictó dos autos judiciales en los que ordenó escuchar y grabar las conversaciones entre los citados internos y sus abogados defensores.
- 4) El juez Garzón ordenó escuchar y grabar las conversaciones señaladas intencionalmente (presunción de intencionalidad).

- 5) El juez Garzón dictó dos autos judiciales en los que ordenó escuchar y grabar las conversaciones entre los imputados y sus abogados defensores con la intención de impedir que continuaran — probablemente— con sus actividades delictivas.

Es importante agregar una razón más al esquema anterior, la cual consiste en que no hay indicio alguno de que la orden de interferir las comunicaciones entre los internos y sus abogados hubiera respondido a intereses particulares del juez Garzón o de afectar deliberadamente los intereses legítimos de los escuchados; es decir, al parecer no existió de su parte la intención de provocar un daño o de obtener un beneficio indebido.

Pues bien, si existía un propósito claro y, además, no se tiene conocimiento de que la acción haya respondido a la intención de provocar daño, entonces, la hipótesis de un *juez activista*, poco cuidadoso con las consecuencias negativas de sus «autos judiciales», y más bien preocupado por obtener la verdad material de los hechos explica mejor lo sucedido. En este sentido, el juez Garzón se encuentra en la línea del famoso “juez Hércules” que presenta Ronald Dworkin; un juez omnisciente, conocedor del derecho pasado y presente, de todas las fuentes, y que puede rastrear toda la información necesaria en un tiempo limitado, capaz de dar con la *única respuesta correcta* incluso en aquellas situaciones en las que se encuentra ante un *caso difícil* (Dworkin, 1984). Otro ejemplo con ese perfil es el del “juez activista (restringido)” que perfila Duncan Kennedy, el cual introduce su ideología en la aplicación del derecho mediante interpretaciones jurídicas diferentes a las que en principio aparentaban ser más adecuadas (Kennedy, 2010). El común denominador de estos modelos de juez es el uso instrumental del derecho a favor de ciertos principios o bienes considerados valiosos más allá de las reglas que pudieran limitar su actuar jurisdiccional.

Ahora bien, es difícil aceptar en un Estado Constitucional de Derecho que un juez encargado de tratar con el derecho penal sea flexible en la aplicación del principio de estricta legalidad; las consecuencias de sus resoluciones pueden ser desastrosas para

las garantías penales de los justiciables⁴, entre otras, el derecho de defensa que en el caso que se analiza definitivamente fue vulnerado. No obstante, el tema sobre el modelo adecuado de juez exige una discusión amplia y no es este el lugar para desarrollarla. Lo que sí debe quedar claro es qué cambia con los argumentos presentados hasta aquí acerca del caso Garzón. La conclusión principal es que la sentencia atribuye una conducta dolosa cuando existen elementos suficientes para calificarla como imprudente. Pero visto así, desde esta imprudencia grave, el artículo que tendría que haberse aplicado es el 447 del Código Penal, según el cual comete el delito de prevaricato: “El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

Esta conclusión, vista bajo el esquema de Toulmin requiere agregar los siguientes elementos al esquema:

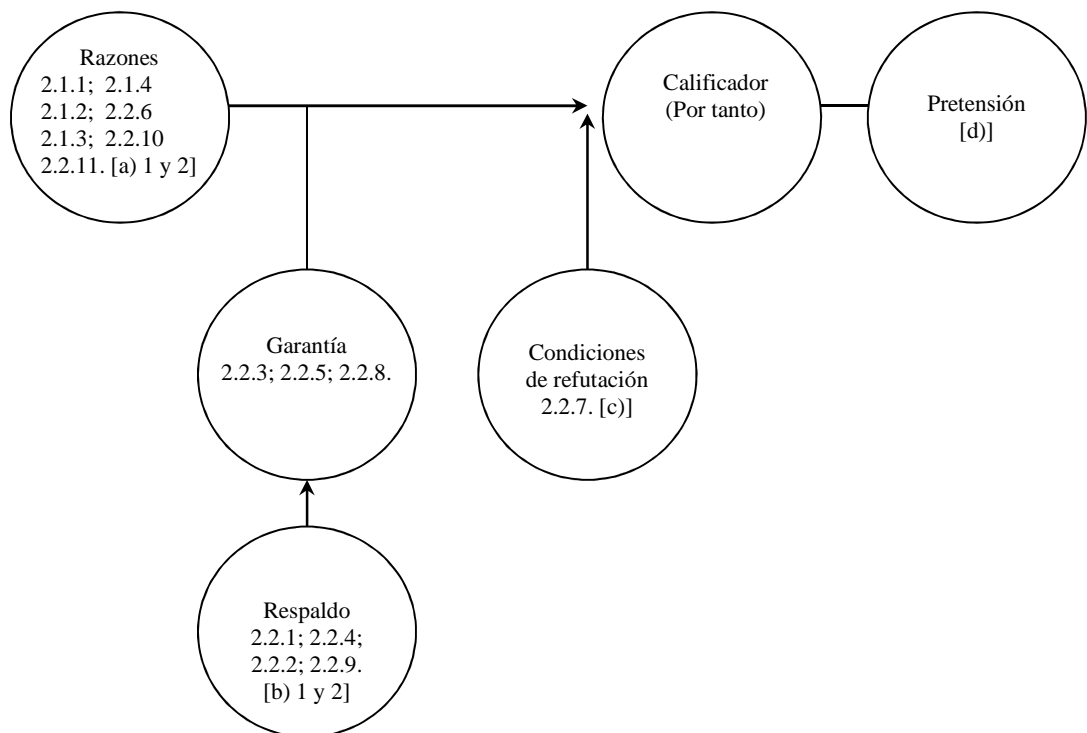
- a) En las “razones” (*grounds*) habría que considerar tres hechos más: 1) que los dos autos judiciales que se dictaron eran parte integral de una investigación más amplia que concluiría con una resolución; y 2) el hecho de que la policía informó al juez Garzón que los máximos responsables de la organización criminal pese a encontrarse en prisión provisional, continuaban con su actividad delictiva gracias al apoyo de algunos abogados defensores.
- b) En el respaldo tendría que agregarse dos cosas: 1) la existencia de probabilidad de que la trama de corrupción continuara operando con los abogados defensores, tanto mediante los nombrados originalmente como con los recién nombrados; 2) Una forma efectiva de descubrir esa complicidad y confirmar la información policial es escuchando y grabando las conversaciones entre abogados y sus defendidos; y 3) la no existencia de

⁴ Sobre el tema ver especialmente el trabajo de Luigi Ferrajoli (2000), *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*.

indicio alguno que muestre la intención del juez Garzón de provocar un daño o de obtener un beneficio indebido mediante los autos que dictó.

- c) A su vez, en las “condiciones de refutación” (*rebbuals*) debió señalarse la intención del juez Garzón de impedir que los internos y sus abogados continuaran con sus actividades delictivas.
- d) Finalmente, la pretensión tendría que cambiar en el sentido de condenar al acusado Baltazar Garzón Real como autor responsable de un delito de prevaricación, pero, en la modalidad señalada en el artículo 447 del Código Penal (Ver *supra*, p. 14)

El caso Garzón reformulado en el modelo de argumentación de Stephen Toulmin



COMENTARIO FINAL

El delito contemplado en el 446.3 del Código Penal español exige que ocurra como *acción típica* la voluntad deliberada del acusado de cometer un delito “a sabiendas” de su ilicitud. La justificación más discutible del fallo de los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Supremo se encuentra en esa parte; interpretan el “a sabiendas” como la conciencia que tiene el acusado de estar infringiendo una regla, aquella según la cual únicamente en supuestos de terrorismo es posible intervenir las comunicaciones de los internos con sus abogados defensores.

No obstante, en casos de crimen organizado, donde el poder de los funcionarios públicos se utiliza indebidamente para realizar actos de corrupción a costa del presupuesto público y de la afectación a derechos y libertades de terceros, acaso no estaría justificado ampliar los supuestos para intervenir comunicaciones. Al parecer el juez Garzón actuó más bien motivado por ello, no está demostrado que las dos resoluciones de las que se le acusa estuvieran motivadas por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o que hubiera un interés particular en afectar el derecho de defensa del inculpado y sus letrados. En consecuencia, el estándar de aplicación del “a sabiendas” resulta sumamente rígido e inhibitorio para cualquier juez que busque perseguir intereses poderosos y tramas de corrupción.

Lo que no deja lugar a dudas es que efectivamente no existía indicio delictivo alguno de los abogados defensores que fueron escuchados y grabados en sus comunicaciones. Este hecho en sí mismo es grave; se vulneró el derecho fundamental a la defensa, a la privacidad y al secreto profesional, entre otras garantías procesales penales básicas, lo que muestra una conducta imprudente por parte del juez Garzón y contraria a un Estado Constitucional de Derecho.

REFERENCIAS

Atienza, Manuel, (2003), *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, pp. 81-104.

Dworkin, Ronald, (1984), *Los derechos en serio*, (trad. Marta Gustavino), Ariel, Barcelona.

Ferrajoli, Luigi, (2000), *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.

González Lagier, Daniel, (2004), “La prueba de la intención y el principio de Racionalidad Mínima”, *Jueces para la democracia*, n° 50.

Kennedy, Duncan, (2010), *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, (trad. Guillermo Moro), Siglo XXI editores, Buenos Aires.

Toulmin, Stephen E, (1958), *The uses of argument*, Cambridge University Press, London - New York.