Real Academia de Legislación
y Jurisprudencia de Murcia

QUO VADIS
(EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD)

Discurso leído el día 25 de marzo de 2021
en el acto de recepción como Académico de Número por el

EXCMO. SR. D. JOSÉ FRANCISCO SÁNCHEZ LUCIERGA

y contestación del

EXCMO. SR. D. FRANCISCO MARTÍNEZ-ESCRIBANO GÓMEZ

MURCIA, 2021

Región de Murcia

QUO VADIS
(EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD)

Discurso leído el día 25 de marzo de 2021 en el acto de recepción como Académico de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia por el

EXCMO. SR. D. JOSÉ FRANCISCO SÁNCHEZ LUCERGA

y contestación del

EXCMO. SR. D. FRANCISCO MARTÍNEZ-ESCRIBANO GÓMEZ

MURCIA
2021

ISBN: 978-84-09-11455-9
Depósito Legal: MU-236-2021
Imprime: 42lineas-42lineasdigital@gmail.com
Impreso en España - Printed in Spain

A María

"El rey no debe estar sujeto a un hombre, pero sí a Dios y a la ley, porque es la ley lo que lo hace rey"

De legibus et Consuetudinibus Angliae.
Henry de Bracton (Juez inglés). Anno Domini 1250

SUMARIO

PALABRAS PREVIAS....11

I. INTRODUCCIÓN....13

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL....18
1. Origen y evolución histórica....18
2. El principio de legalidad en la Constitución de 1978....36
3. Fundamentos del principio de legalidad....42
4. Garantías del principio de legalidad....51

III. LA JURISPRUDENCIA....60
1. Etimología, acepciones y concepto de jurisprudencia....60
2. ¿Cuál es el valor de la jurisprudencia?....63
3. Los Acuerdos o Plenos no Jurisdiccionales de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo....83

IV. EPÍLOGO....94

V. BIBLIOGRAFÍA....97

CONTESTACIÓN DEL EXCMO. SR. D. FRANCISCO MARTÍNE-ESCRIBANO GÓMEZ....109

PALABRAS PREVIAS

"Con vuestra venia Excmo. Sr. Presidente.
Excelentísimos miembros de la Academia.
Señoras y Señores.
Familia, amigos y compañeros".

I. INTRODUCCIÓN

En la noche del día 1 de febrero del año 2018 recibí dos llamadas de teléfono consecutivas, la de la magistrada Consuelo Urís y la del abogado Antonio Checa, ambos miembros de esta Real Academia; una y otro me comunicaron que había sido propuesto para ocupar plaza como miembro de número de esta insigne institución, lo que me llenó de asombro y zozobra y, por qué no decirlo, de una íntima a la par que inmerecida satisfacción, que inmediatamente fue superada por un sentimiento de preocupación y respeto pues mi primer contacto con la Academia data del año 1983, cuando acudí a la lectura del Discurso de Ingreso en la misma de mi preparador y maestro D. José María Luzón Cuesta, recientemente fallecido, y al que en este momento rindo tributo y hondo y sentido homenaje.

Tras ingresar en el año 1983 en la Carrera Fiscal, y tras un breve paso por la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Jaén regresé a esta tierra, reanudando mi contacto con la Real Academia acudiendo, dentro de lo posible, a cuantos actos organizaba y congratulándome de las distintas personalidades del mundo del Derecho que pasaban a engrosar su excelsa lista de miembros.

Se me dijo que debía leer mi Discurso de ingreso en un plazo de dos años y aquí me enfrenté con mi realidad pues, si bien soy Fiscal desde hace más de treinta y seis años y además profesor asociado de Derecho penal de la Universidad de Murcia desde 1993, siempre me he considerado, más que un teórico, un jurista práctico muy alejado de la *poiesis*; de hecho, mi tesis doctoral sobre el delito de falso testimonio me supuso un gran esfuerzo y si de ella

algo puede elogiarse se debe a la brillantez del que fue mi Director, el Dr. D. Gerardo Landrove, al que siempre estaré agradecido.

¿Qué tema elegiría?, ¿de qué hablaría a tan docta audiencia?, cuestión nada baladí y que resolví casi enseguida.

Todos habrán observado que nuestra Academia lo es de Legislación y Jurisprudencia, y en este orden, mientras que la española -auspiciada por Carlos III y D. José Moñino, Conde de Floridablanca y Fiscal de lo Criminal del Consejo de Castilla-, al igual que muchas de nuestras hermanas, lo son de Jurisprudencia y Legislación. ¿Se trata acaso de un *lapsus calami* de nuestros fundadores?, creo sinceramente que no.

El tema que elegiría, con mayor o menor acierto, sería la Legislación y la Jurisprudencia, centrándome en el orden penal, de ahí el título del discurso, "*Quo vadis*", referido al principio de legalidad (comprendería que, en este momento, más de uno de los presentes se sintiera profundamente sorprendido y decepcionado, ya que mi alocución nada tiene que ver con la novela homónima de Henryk Sienkievicz de finales del siglo XIX, ni siquiera con la película cinematográfica de igual nombre de 1951 dirigida por Mervin LeRoy, y por ello pido sinceras disculpas).

Soy hijo de abogado, de Francisco Sánchez Llebrés y, aunque murió tempranamente allá por el año 1987, me enseñó lo que era el amor por el Derecho y el respeto a la Ley.

Para los de mi generación esta génesis imprimía carácter. Recuerdo que en mi adolescencia me sugirió que leyera dos libros, un ensayo, "La rebelión de las masas" de Ortega y Gasset y "La lucha por el Derecho" de Von Ihering.

A fuer de sincero he de reconocer que me costó leerlos y más comprenderlos. Quiero pensar, benevolentemente, que se debía más a mi corta edad que a mis cortas entendederas…, o no; sea como fuere, y como le gustaba inquirirme sobre lo leído, interioricé el pensamiento de tan dispares maestros.

Ortega nos enseña que la vieja democracia vivía templada por una abundante dosis de liberalismo y de entusiasmo y que, al amparo del principio liberal y de la norma jurídica, Democracia y ley, convivencia legal, eran sinónimos; pero este binomio estaba en peligro pues el alma vulgar, sabiéndose vulgar, tiene el denuedo de afirmar el derecho de la vulgaridad y lo impone dondequiera[1].

Ihering, por su parte, después de aseverar que el derecho es una idea práctica, es decir, que indica un fin, y que como toda idea o tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio, sigue diciendo que el derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo un pueblo. El Derecho, afirma, es una idea que parte de su propia antítesis, es decir, por un lado, tiene el objetivo de conseguir la paz social, y por otro es en esencia la lucha contra aquello que la perturba. Así, el Derecho se encargaría de dictar normas que regulasen las relaciones dentro de una sociedad y a la vez se encargaría de luchar contra el injusto jurídico[2].

Pues bien, con estas dos ideas centrales me incorporé al mundo del Derecho, primero como alumno de la Universidad de Murcia y después como miembro de la Carrera Fiscal, y siempre, parafraseando a Bernardo de Chartres, si no a hombros, si tras la estela de gigantes.

Uno de ellos, el catedrático de Derecho Civil y posterior Académico D. Juan Roca Juan, nos sumergió en el estudio de la Teoría General del Derecho, y recuerdo de aquel curso, como frontispicio en el análisis de las Fuentes del Derecho, la lección magistral del insigne maestro.

Era evidente, al analizar las fuentes jurídicas del ordenamiento español, que tras la reforma del Código civil operada por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 y por el Decreto de 31 de mayo de 1974, se mantenía en lo fundamental el mismo sistema establecido en su redacción originaria, eso sí, con algunas innovaciones.

1 **J. Ortega y Gasset**, "La rebelión de las masas", Espasa Calpe, Colección Austral, Madrid, 1972, pág. 42.
2 **R. Von Ihering**, "La lucha por el derecho", Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1921.

Así, en su artículo 1.1 el Código civil proclama que "Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho"; en su número 6 se afirma que "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho"; y en el 7 se proscribe el *non liquet*, al añadir que "Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido", principio de una gran importancia en relación con la salvaguarda del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido hoy en día a nivel constitucional (art. 24 CE).

Paralelamente, y en ese mismo curso de la licenciatura, el encargado de la Cátedra de Derecho penal, el profesor D. Ángel de Alba y Osuna, que aunaba la doble cualidad de docente y Fiscal de la antigua Audiencia Provincial, de la que llegó a ser su Teniente Fiscal y también Académico de número de esta Institución, nos enseñaba que la teoría de las fuentes del Derecho penal divergía de la contenida en el Título preliminar del Código civil, pues en el ámbito punitivo no había otra fuente que la propia ley, principio de legalidad que aparecía en el artículo 1 del viejo Código penal, Texto refundido de 1973, al proclamar que "son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley", recogiendo en consecuencia la máxima *nullum crimen sine lege*, clave de bóveda de nuestro Derecho penal.

Las razones de esta exclusividad de la ley como única fuente del Derecho penal, explica Landrove[3], vienen determinadas por la característica severidad del derecho punitivo en la represión de las conductas delictivas y en su incidencia sobre los derechos fundamentales de la persona; de ahí que el poder punitivo del Estado deba ser "controlado" –para evitar toda arbitrariedad o exceso- por medio del principio de la intervención legalizada. Para acabar concluyendo que la certeza y la seguridad jurídicas ostentan un especial significado en el ámbito del Derecho penal y ello repercute en la problemática de sus fuentes.

3 **G. Landrove Díaz**, "Introducción al Derecho penal español", Tecnos, Madrid 2004, pág. 75.

El Principio de legalidad penal constituye la salvaguarda del individuo frente al *ius puniendi* del Estado por cuanto que, como afirma Roxin, un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal[4]; siendo, en definitiva, como sostiene Mezguer, el Palladium de la libertad ciudadana[5].

El hombre libre no puede obedecer a otro hombre, no puede someterse más que a la Ley. Debe ser completamente independiente de todo poder, salvo del de la Ley. No hay ante la Ley ninguna excepción, ningún privilegio. Todos deben ser iguales ante la Ley.

La Ley es un ser impersonal que, por su carácter general, crea la unidad de todos. Sin consideración a las personas, se mantiene a través de todos los caprichos, de todos los intereses particulares. Independiente de los hombres, reposa sólidamente sobre sí misma[6].

El principio de legalidad, tal como hoy lo concebimos, dota de legitimidad democrática a todos los poderes del Estado y, además, su fin teleológico, su meta, es alcanzar el ideal de justicia material que el derecho positivo pretende, pues el Derecho que no lucha contra la injusticia se niega a sí mismo.

Y es, precisamente, por esa permanente dialéctica por lo que encaminé mi vida profesional al Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley.

4 **C. Roxin**, "Derecho penal. Parte General, Tomo I", Civitas, Madrid, 1997, pág. 137.

5 **E. Mezguer**, "Tratado de Derecho penal, Tomo I" (trad. de J.A. Rodríguez Muñoz), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, pág. 141.

6 Vid. **B. Groethuisen**, "Philosofie de la Revolution Française pécedé de Montesquieu, Gallimard", Paris, 1982, págs. 252-253.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL

1. Origen y evolución histórica

El principio de legalidad se enuncia como el basamento del Estado de Derecho, pero su aparición es el resultado de una lucha multisecular de los pueblos en su anhelo por alcanzar la seguridad jurídica frente a la arbitrariedad de aquel que ostenta o detenta en cada momento el poder, máxime si del *ius puniendi* hablamos pues afecta a los bienes y presupuestos axiológicos que nos son más preciados, como la libertad, el patrimonio y aún hoy en día la propia vida.

No es pacifica la doctrina en cuanto al umbral del principio que tratamos.

Es un principio desconocido en el Derecho romano de la República, salvo al final, tras las *leges iudiciorum publicorum*, que instituyeron *crimina legitima* y penas legalmente determinadas, sin embargo, aún admitían la analogía. Con el Imperio, esta previsión retrocede al admitirse que el juez pueda castigar *ad exemplum legis*.

En el plano legislativo, para algunos autores[7], es en el Digesto de Justiniano, año 534, donde aparece formulado por primera vez al establecer *poena non irrogatur, nisi quae quoque lega vel quo alio iure espeicaliter hic delicto imposita est*[8], que no se establezca más pena que la impuesta especialmente por una ley u otro derecho para cada delito.

Otros[9], por el contrario, datan el origen del principio en la Magna Charta Libertatum del Rey Juan sin Tierra de 1215, que proclama en su art. 29 que *nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut dissa siatur aut utlegatur aut*

7 **C. Camargo Hernández**, "Introducción al estudio del Derecho penal", Bosch, Barcelona, 1964, pág. 126.
8 Digesto, 50.16.131.1.
9 **E. Mezger**, "Tratado de Derecho penal" (trad. de J.A. Rodríguez Muñoz), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, Vol. I, pág. 132.

exuletur aut aliquo modo destruatur nec super eum mittemus nisi per legalem iudicium parium suorum vel per legen terrae[10], que ningún hombre libre será detenido, ni preso, ni privado de su propiedad, de sus libertades o libres usos, ni puesto fuera de la ley, ni desterrado, ni molestado de manera alguna, y Nos no podremos ni haremos poner mano sobre él, a no ser en virtud de un juicio legal de sus pares y según la ley del país.

Incluso se ha querido ver atisbos de este principio en las Cortes de León de 1188, bajo el reinado de Alfonso IX, reconocidas por la Unesco en el Programa Memoria del Mundo en 2013 como "el testimonio documental más antiguo del sistema parlamentario europeo", y en Los Fueros de Aragón de 1247, año en el que el rey Jaime I de Aragón convocó Cortes Generales del Reino en Huesca con la intención de continuar la obra legisladora de la Corona y compilar en un solo documento las normas que habían de regir la actividad privada y la administración de justicia.

Ya en el Siglo XVI, concretamente en el año 1592, es de reseñar la "petición 34" que los Procuradores de las Cortes Castellanas hacen a Felipe II y que fue aceptada, en la que solicitan al monarca que los jueces guarden puntualmente la forma del Derecho, añadiendo que no puede haber buen gobierno en la república sino cuando el juez executa puntualmente lo que manda la ley[11].

Pese a todo, en palabras de Jiménez de Asúa[12], hay que poner sordina a las voces que buscan en la noche de los tiempos el origen del principio de legalidad pues estos supuestos antecedentes, aunque tengan aparente parentesco con el problema que se analiza, responden a concepciones tan distintas y a vivencias tan diferentes que no podemos en verdad hallar en ellos el auténtico origen del problema.

10 **J. De Esteban** (comp.)," Constituciones españolas y extranjeras", 2ª edición, Taurus, Madrid, 1979, Vol. II, págs. 108 y ss.

11 Vid. **A. Ruiz Robledo**, "El derecho fundamental a la legalidad punitiva", Tiran lo Blanch, Alternativa, Valencia 2003, págs. 47 y 48.

12 **L. Jiménez de Asúa**, "Tratado de Derecho penal", 3ª ed., Losada, Buenos Aires, 1964, Tomo II, pág. 383 a 386.

Esto mismo se puede predicar desde una perspectiva metafísica o especulativa, pues si bien podemos encontrar referencias de este principio en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino, Suárez, Grocio, Puffendorf, Bacon, Hobbes y Alfonso de Castro, la primera reseña moderna del principio de legalidad hay que buscarlo en Montesquieu.

En efecto, es en la obra del Señor de la Brède, "Del espíritu de las leyes", donde encontramos las primeras referencias modernas del principio de legalidad con sus dos vertientes, la de elaboración democrática y la de seguridad jurídica, estableciendo una conexión directa entre la libertad de los ciudadanos, la división de poderes[13] y el principio de legalidad. Solo el poder legislativo puede determinar los delitos y las penas y los jueces deben aplicar estrictamente las leyes penales excluyendo la analogía y las interpretaciones contra reo[14], pues como dijo Plutarco la ley es la reina de todos, mortales e inmortales[15].

La libertad, y más concretamente la política, no consiste, según aquel autor en hacer lo que se quiere. Y distingue entre lo que es independencia de lo que es libertad, afirmando que ésta es el derecho de hacer lo que las leyes permitan; y si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, no tendría más libertad, porque los demás tendrían el mismo poder[16].

La separación de poderes es el valladar de la libertad frente al poder omnímodo; así afirma que para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por disposición de las cosas, el poder frene al poder.

13 Precedente de la teoría de la división de poderes lo encontramos en **W. Blackstone** que en su obra "Comentarios sobre las leyes de Inglaterra", Clarendon Press, Oxford, 1769, afirma que el poder judicial se atribuye a órganos independientes del ejecutivo, pero no del legislativo. Lo importante es que el legislativo estuviera separado del ejecutivo y este último del judicial, pues en todos los gobiernos tiránicos el poder de hacer y ejecutar las leyes reside en el mismo hombre o en un mismo cuerpo de hombres, y allí en donde ambos poderes están unidos la libertad política no puede existir.

14 Vid. **Montesquieu**, "El Espíritu de las Leyes", Editorial Universitaria, Universidad de Puerto Rico, Rio Piedras, 1964, págs. 94 y ss.

15 Vid. **Plutarco**, "Consejos a los políticos para gobernar bien", Biblioteca de Ensayo Siruela, Madrid, 2009.

16 Vid. **R. De Agapito Serrano**, "Libertad y división de poderes. El contenido esencial del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu", Tecnos, Madrid, 1989.

En este mismo sentido, Beccaria[17], asevera que toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica; mantiene que solo las Leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el Legislador, que representa toda la Sociedad unida por el contrato social. Ningún Magistrado (que es parte de ella) puede con Justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma Sociedad.

En definitiva, fundamenta el *ius puniendi* del Estado en el contrato social[18] y hace residenciar en el Legislador con carácter exclusivo la potestad de formulación de los delitos y las penas, para acabar diciendo que, de cuanto hasta aquí se ha dicho puede sacarse un teorema general, muy útil, pero poco conforme al uso, Legislador ordinario de las naciones; esto es: para que toda pena no sea violencia de uno, o de muchos, contra un particular Ciudadano, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, y dictada por las leyes[19].

Siguiendo a Welzel[20], el principio de legalidad penal no es un legado del derecho romano y sus instituciones, ni siquiera parte de la tradición jurídica germánica. Lo que genéricamente denominamos principio de legalidad es producto de la Ilustración pues el Derecho penal del Antiguo Régimen no estaba impregnado de este *principium*; muy al contrario, como señala Tomás y Valiente[21], los hombres que no eran jurídicamente iguales entre sí, sino que

17 **Beccaria**, "Tratado de los Delitos y las Penas", Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Ministerio de Cultura, Biblioteca Nacional, Madrid 1993, págs. 11 a 14.

18 Sobre este tema, Vid. **J.J. Rousseau**, "Contrato social", Selecciones Austral, Espasa Calpe S.A., Madrid, 1975, en el que afirma "Quiero averiguar si puede haber en el orden civil alguna regla de administración legítima y segura tomado a los hombres tal como son y las leyes tal como pueden ser. Procuraré aliar siempre, en esta indagación, lo que la ley permite con lo que el interés prescribe, a fin de que la justicia y la utilidad no se hallen separadas". Con anterioridad, **J. Locke** afirma que, el único modo en que alguien se priva a sí mismo de su libertad y se somete a las ataduras de la sociedad civil, es mediante un acuerdo con otros hombres, según el cual todos se unen formando una comunidad, a fin de convivir los unos con los otros de una manera confortable, segura y pacífica, disfrutando sin riesgo de sus propiedades respectivas y mejor protegidos frente a quienes no forman parte de dicha comunidad. "Ensayo sobre el Gobierno Civil", Ed. Orbis, Barcelona, 1983, Capítulo VIII, Título II, epígrafe 95, pág. 74.

19 **Beccaria**, op. cit. ut supra, pág. 255.

20 **H. Welzel**, "Derecho penal alemán", J. Bustos y J. Yáñez, (trads.), Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pág. 142.

21 **F. Tomás y Valiente**, "El Derecho penal en la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)", Editorial

por su inclusión en uno u otro estamento gozaban de más o menos o ningún privilegio, no eran tampoco iguales ante la ley penal; además, las definiciones de muchos delitos eran insuficientes, las penas se fijaban vagamente y la analogía estaba a la orden del día.

Todo ello llevaba a la falta de imparcialidad del juez pues en la mayor parte de las ocasiones era el mismo que había instruido el procedimiento, amén de participar en el reparto de las penas pecuniarias.

Además, el sistema de pruebas se alineaba contra el reo, la presunción de inocencia se subvertía haciendo buena la frase, tantas veces repetida, de Fray Diego de Deza, segundo Inquisidor General tras Torquemada, "si una persona parece culpable es que lo es", lo que llevaba a una inferioridad procesal del reo al carecer de garantías procesales probatorias.

Igualmente, existía un excesivo margen de arbitrio judicial, no solo por una incontrolada libertad de interpretación del Derecho, sino también en su aplicación ya que las sentencias no tenían que ser motivadas, y las penas, insuficientemente determinadas la mayor parte de las veces, podían ser sustituidas por otras; a ello se unía que la amplia licencia judicial en la interpretación y aplicación del Derecho derivaba en una aplicación arbitraria, al margen de la ley, de la doctrina y de la práctica curial local[22].

Esta situación llevó a algunos filósofos como Bacon a afirmar que la ley mejor es la que menos arbitrio deja al juez ("*optime lex quod mínimum arbitrio judice relinquit*") o, siglos después, a Mirabeau a reducir el papel del juez a ser la voz de la ley.

Durante los siglos XVIII y XIX se produce una reacción contra la arbitrariedad en la aplicación de las leyes penales.

Tecnos, Madrid, 1969, págs. 23 y ss.

22 Vid. **A. Ruiz Robledo**, "El principio de legalidad penal en la historia constitucional española", Revista de Derecho Político, núm. 42, 1997, págs.146 y 147.

El despotismo ilustrado, unido al pietismo y al romanticismo, da a luz al concepto de Estado moderno, Nación, Pueblo y Nacionalidad. Como señala Peces-Barba[23], en el ánimo de los pensadores ilustrados estaba someter el poder a la ley, y no solo el sometimiento de los individuos y de los gobernantes a la ley, sino además el sometimiento del poder legislativo a la ley fundamental, obra del poder constituyente.

Paralelamente Feuerbach[24], autor de la Teoría Del Impulso Psíquico (*psischische Zwang*), mantiene que el propio temor al castigo ha de ser suficiente para disuadir a los criminales en potencia; y afirma que el Estado tiene la misión de evitar infracciones del ordenamiento jurídico y lo hace a través de la coacción física y la amenaza psicológica (amenaza de sanción). Cuando falla la amenaza psicológica y se realiza el presupuesto de una norma penal, se aplica la coacción física lo cual justifica la pena.

Feuerbach pensaba que el Derecho es independiente de la moral, y siempre se opuso a la pena como venganza; y funda el Derecho penal estableciendo un sistema: Parte general, Parte especial, Procedimiento penal y Principio de Legalidad, formulando este último con el brocárdico latino: "*nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine poena legali*"[25].

El primer texto penal que introduce este principio es la "Ley General sobre crimines y su respectiva punición", de 13 de enero de 1787, también llamada "la Josefina" por haber sido dictada durante el reinado del emperador José II; empero, el humanismo en que descansaba este texto quedaba empañado al mantener penas durísimas como los azotes y la marca del fuego, además,

23 **G. Peces-Barba**, "Historia de los derechos fundamentales, Tomo II, Siglo XVII, Vol. I", Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, 2001, págs. 79 y ss.

24 **P.A. Von Feuerbach, "***Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen poenlichen Rechts*", 1821 & 20.

Más allá del fundamento liberal del principio, su exposición tiene por base la llamada coerción psicológica. El destinatario de la ley, un individuo racional que podría calcular las consecuencias que le reporta cometer un delito, se ve conminado a evitarlo. Su propia concepción sobre la coerción psicológica exige una legislación precisa en la definición de lo prohibido y sus sanciones.

25 El enunciado que después se ha popularizado, "*nullum crimen sine lege*", no aparece en los escritos de Feuerbach, defendiendo, eso sí, que la aplicación judicial de la pena exige que los jueces obren con sujeción a la ley.

distinguía entre crímenes que eran enjuiciados por jueces, y delitos de policía que eran instruidos y resueltos por los cuerpos policiales[26].

Como afirma Muñoz Machado[27], el descubrimiento teórico de más importancia en toda la historia constitucional son los derechos fundamentales, ya que durante centurias los derechos de los individuos estuvieron restringidos a clases o corporaciones determinadas y privilegiadas; empero, la situación varía drásticamente tras la Revolución francesa.

En efecto, tras la toma de la Bastilla en julio de 1789, el 26 de agosto siguiente se aprueba por la Asamblea Nacional Constituyente francesa la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo artículo 8 reza "La ley no debe imponer otras penas que aquellas que son estricta y evidentemente necesarias; y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada."

La Declaración supone la culminación ideológica de la Ilustración; en ella se plasman jurídicamente todos los principios políticos de los pensadores ilustrados, incluido el de legalidad, y supone la ruptura con el Estado absoluto y el surgimiento del Estado de Derecho. Además, conlleva un nuevo concepto de constitución que García Pelayo denomina "concepto racional-normativo" ya que se trata de un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática, se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos[28].

En 1791 la Asamblea promulga la Constitución en la que, después de afirmar que el Poder legislativo está delegado en una Asamblea Nacional,

26 Este texto estuvo vigente hasta la promulgación del "Código penal para crímenes y contravenciones graves de policía", sancionado por Francisco II en 1803, también influenciado por la filosofía de Feuerbach y su teoría de la coacción psicológica y que recogía el *nullum crimen nulla poena sine lege*.

27 **S. Muñoz Machado**, "Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, Tomo II", Ministerio de la Presidencia, BOE, 4ª ed. Madrid 2015, págs. 22 y 23.

28 **M. García Pelayo**, "Derecho constitucional comparado", Manuales de la Revista de Occidente, 8ª edición. Madrid, 1967, pág. 26.

proclama la separación de poderes en el Título III; así, en el artículo 1 del Capítulo IV se hace residenciar el poder ejecutivo supremo exclusivamente en las manos del Rey; en el artículo 6 del mismo Título se prohíbe al poder ejecutivo que haga norma alguna; y en el artículo 1 del Capítulo V del mismo Título se prohíbe al Cuerpo legislativo y al Rey ejercer funciones judiciales en ningún caso; además, en el artículo 3 de este Capítulo se prohíbe a los jueces inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo o del poder judicial[29].

La Constitución deviene instrumento a partir del cual el Estado se subordina al Derecho, apareciendo por primera vez el concepto "Estado de Derecho", caracterizado por la división de poderes, la garantía de los derechos fundamentales, la primacía de la ley por ser expresión de la voluntad general, y la soberanía nacional, siendo el imperio de la ley su nota primaria y fundamental. En efecto, si Tomás de Aquino definía la Ley como ordenación de la razón, dirigida al bien común y promulgada por aquel que tiene el cuidado de la república, no podemos sustraernos al hecho, hoy incontrovertido, de que por ley debemos entender la creada por el órgano de representación popular, ya que es la concreción racional de la voluntad general, y que las leyes se subordinan a la Constitución[30].

Principio que de nuevo aparece en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 23 de junio de 1793, en cuyo artículo 10 se proclama que "Nadie puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por ésta prescritas. Todo ciudadano requerido o aprehendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia", y en el 14 que proclama que "Nadie puede ser juzgado ni condenado sin haber sido previamente escuchado y enjuiciado, y, en virtud de una ley promulgada con anterioridad al delito. Toda ley que castigue los delitos cometidos antes de su existencia no es sino una tiranía; el efecto retroactivo otorgado a la ley constituiría un crimen".

29 Vid. **L. Duguit**, "La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

30 Vid. **E. Díaz**, "Estado de Derecho y sociedad democrática". Taurus, Madrid, 1988.

Y por influencia de las anteriores Declaraciones, el principio de legalidad también se plasmó en el Derecho Territorial General de Prusia de 1794 y, como no podía ser de otra manera, en el Código de los franceses o de Napoleón, promulgado el 21 de marzo de 1804 (30 de Ventoso del año XII).

En España, las ideas reformistas de la Ilustración llevaron a Carlos III a encargar en el año 1776 "la formación de un Código Criminal, en que se compilen todas las leyes penales, omitiendo las que no estén en uso, evitando la perplejidad que las mismas leyes producen por su contrariedad, obscuridad, o variación de costumbres, según la diferencia de tiempo". El Consejo de Castilla encomendó a Lardizábal la redacción de un extracto de las leyes vigentes, así como de un proyecto que finalmente no alcanzó a ver la luz y en el que trataba de insertar las ideas modernas en el tronco de la tradición nacional.

La elaboración de este Proyecto fallido sirvió, empero, al autor para publicar en 1782 su obra cumbre, "Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma"[31]. Partiendo del iusnaturalismo, que trata de conciliar con el contrato social, proclama la ley como única y exclusiva fuente del derecho penal, de los delitos y las penas. Y aunque proscribe el arbitrio judicial, no lo hace de forma tan tajante como Beccaria.

Hay que esperar, sin embargo, hasta la Constitución de Cádiz de 1812 para ver en nuestro país recogidas en mayor o menor medida las ideas de la Ilustración.

En efecto, aunque no falten los autores que, como Tomás y Valiente[32], mantienen que nuestra primera Carta Magna carece de una enunciación inequívoca del carácter de legalidad previa que debiera tener toda figura delictiva y toda pena, en definitiva, de una proclamación indubitada del principio de

31 **M. Lardizábal, "**Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma", Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2001.

32 **F. Tomás y Valiente**, "Manual de Historia del Derecho Español", Tecnos, 4 ª edición, Madrid 2001, pág. 531.

legalidad, éste, como afirma Ruiz Robledo[33] se colige de sus preceptos. Así, al reconocer la división de poderes (artículos 15, 16 y 17); las garantías criminal y penal como reserva de ley para fijar los delitos y las penas (artículos 172, 245, 258 y 287); la prohibición de la creación judicial de delitos y penas y por ende de la arbitrariedad judicial (artículo 245); la garantía jurisdiccional del principio de legalidad al proclamar, por un lado, el monopolio judicial para juzgar los delitos (artículos 242 y 243) y, por otro, el procedimiento legalmente establecido ante el juez competente (artículos 244 y 247).

En el Discurso Preliminar de nuestro primer texto constitucional, se hace referencia a la Administración de Justicia como "el primero y más esencial ramo del servicio público", y uno de los primigenios objetivos de la Constitución es fijar las bases de la potestad judicial para lograr una Administración de Justicia en todos los casos objetiva, pronta e imparcial.

Esto es, que en los juicios civiles el que litiga con derecho y buena fe pueda estar seguro de obtener lo que solicita o que no será despojado de su propiedad o perjudicado en sus intereses; y en las causas criminales convencido el delincuente que nada podrá salvarle de la pena condigna a su delito; y el inocente, seguro de hallar en la ley todos los medios para triunfar de las artes, malicia y poder de sus enemigos.

Se proscribe que las Cortes y aún el Rey puedan ejercer funciones judiciales, más se atribuye al Monarca la función de velar sobre la observancia y aplicación de las leyes y el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, a los efectos de que las decisiones sean cumplidas y respetadas, y también publicadas en nombre del Rey que queda, de esta manera configurado como el primer Magistrado de la Nación.

Además, la Constitución, en su artículo 258 anunciaba que "El Código civil y criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la Monarquía,

33 **A. Ruiz Robledo**, "El principio de legalidad penal en la historia constitucional española", Revista De Derecho Público, nº 42, 1997, págs. 150 y 151.

sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias puedan hacer las Cortes".

Pese a la proclamación anterior, el regreso de Fernando VII supuso la vuelta al absolutismo y la abolición de la Constitución, que se restablece de nuevo el 1 de enero de 1820 al proclamar Riego en Cabezas de San Juan su vigencia, abriendo un breve paréntesis en el régimen absolutista, y es en este corto intervalo temporal cuando se elabora y promulga nuestro primer Código penal el 9 de julio de 1822.

El principio de legalidad se consagra en su Título Preliminar, Capítulo I.

Así, el artículo 1 dice: "Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena. En toda infracción libre se entenderá haber voluntad y malicia mientras el infractor no pruebe o no resulte claramente lo contrario".

El artículo 2 reza; "Comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitarse".

Y, finalmente el artículo 3 afirma que: "A ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración".

Sin embargo, la vigencia de este texto penal fue en palabras de Antón Oneca[34], breve, imperfecta y desigual; en efecto, el 7 de abril de 1823 penetran los "Cien mil hijos de San Luis" al mando de Luis Alfonso de Borbón y Artois, duque de Angulema, para devolver a Fernando VII los perdidos poderes absolutos y el 1 de octubre siguiente Fernando VII anula todos los actos realizados por el llamado Gobierno constitucional[35]. En definitiva, se vuelve a la situación

34 **J. Antón Oneca,"** Historia del Código penal de 1822", Anuario, 1965, pág. 275.

35 El primer acto de gobierno de Fernando VII, tras la vuelta al absolutismo, fue proclamar que "son nulos y de ningún valor los actos de gobierno llamado constitucional (de cualquier clase y condición que sean) que ha dominado a mis pueblos desde el 7 de marzo de 1820 hasta hoy 1º de octubre de 1823".

anterior, haciendo fracasar un admirable ensayo liberal que la Santa Alianza no podía tolerar frente a la fortaleza del legitimismo continental[36].

Al ser devastado el régimen liberal, su principal obra en el campo legislativo, el Código penal, desaparece en consecuencia, volviendo a la Novísima Recopilación, los Fueros y las Partidas de Alfonso X, en contra de los vientos de la Ilustración que había ido haciendo mella en algunos juzgadores.

A la muerte de Fernando VII en 1833, su esposa, María Cristina De Borbón-Dos Sicilias, accedió al Trono en calidad de Regente ante la minoría de edad de la niña reina Isabel II; y durante su Regencia se otorga, a modo de remedo de una Norma normarum, el Estatuto Real de 1834. En esta Carta los poderes vuelven a la órbita del Soberano. Cualquier referencia a la división de poderes se obvia, siendo significativo que en ningún pasaje se alude a la Constitución de Cádiz, pero si, por el contrario, a la Novísima Recopilación[37].

Pero esto no satisface a los liberales, para los que la Constitución de 1812 posee, en palabras de García-Gallo[38], el valor de un mito que ha de convertirse en realidad[39], de ahí que los progresistas, con arreglo a nuestro primer texto constitucional, convocaran Cortes extraordinarias de las que nació la Constitución de 1837, que consagra de nuevo la división de poderes (artículos 12, 45 y 63: las Cortes representaban el poder legislativo, el Rey era la cabeza del poder ejecutivo y la justicia era competencia exclusiva de los tribunales) y el principio de legalidad (artículos 4, 7 y 9).

Esta Constitución, tras la mayoría de edad de la Reina y la subida al poder de Narváez, será sustituida por la más moderada de 1845 y que tuvo vigencia

36 Vid. **M. Artola Gallego**, "La España de Fernando VII", en Historia de España de Menéndez Pidal (Dir.), XXVI, Madrid, 1968, pág. 807.

37 Vid. **J. F. Fuentes Aragonés,** "El fin del Antiguo Régimen (1808-1868)". Política y sociedad. Síntesis, Madrid, 2007.

38 **A. García-Gallo, "**Manual de historia del Derecho español, El origen y la evolución del Derecho", Artes Gráficas y Ediciones, S.A., 6ª ed., Madrid, 1975, Tomo I, pág. 890.

39 Conviene recordar que tras la aprobación de la Constitución de 1812 el Diputado por Asturias Agustín de Argüelles anunció al pueblo de Cádiz "españoles, aquí tenéis a vuestra patria", enarbolando un ejemplar del texto aprobado.

durante todo el reinado efectivo de Isabel II. En ella, la división de poderes queda obscurecida. La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey, artículo 15. La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey, artículo 43. A la Administración de Justicia se refiere su Título X, artículos 66 a 71, confiriendo a Tribunales y Juzgados la facultad en exclusiva de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Es importante reseñar que la inquietud codificadora, presente en todas las ramas del Derecho, llevó finalmente a la creación de una Comisión General de Códigos por Real Decreto de 19 de agosto de 1843.

Con la nueva reacción absolutista se restablece el Derecho penal del Antiguo Régimen, que solo desaparece definitivamente cuando, después de algunos proyectos fallidos, la Comisión General de Códigos redacta el proyecto que acaba convertido en el Código Penal de 1848, denominado Código Pacheco, pese a que sus verdaderos autores fueran Seijas Lozano, que llegó a ser Fiscal del Tribunal Supremo, y Clarós[40].

Desde el punto de vista científico, el Código de 1848 es técnicamente uno de los más perfectos en cuanto a congruencia y redacción de los tipos delictivos[41]. Gacto destaca su armonía y buen método, así como el rigor científico de su redacción, muy superior al de la mayor parte de los que vinieron a substituirlo[42].

En este código vuelve a consagrarse el principio de legalidad, concretamente en el párrafo primero de su artículo 2 al proclamar que: "No serán castigados otros actos u omisiones que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos o faltas".

Para sus redactores la clave de bóveda del código se residencia en la primacía de la legalidad sobre el arbitrio judicial.

40 **E. Iñesta Pastor**, "El Código penal español de 1848", Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pág. 935.
41 Vid. **J.M. Rodríguez Devesa**, "Derecho penal español, Parte General", 3ª ed. Madrid 1973, pág. 91.
42 **E. Gacto Fernández**, "Manual básico de Historia del Derecho", Dykinson, Madrid 2013, pág.

En efecto, el nuevo Código responde a los excesos del arbitrio judicial del antiguo régimen y ello porque en un sistema presidido por la arbitrariedad como principio, el juez se había convertido en legislador, templando y modificando los vicios de nuestras leyes criminales[43], y si bien esta arrogación que hacían los tribunales mitigaba la extrema dureza de las leyes antiguas, no es menos cierto que implicaba un quebranto absoluto del principio de seguridad jurídica.

En palabras de Gómez de la Serna y Montalbán[44], todo lo que la ley no prohíbe es lícito en el sentido jurídico de la palabra; y si para que haya delito o culpa es menester que la ley sea infringida, donde no existe la ley no puede existir la infracción. La razón de la analogía que en el Derecho civil admite la interpretación de un caso igual a otro, no puede admitirse en los delitos y las penas. Y, añaden, si estas razones no parecen, y tal vez no son en realidad suficientes, existen todavía otra aún más poderosa. Según los principios de la justicia absoluta podrían ser castigados ciertos hechos cuya criminalidad es evidente a los ojos de la humanidad entera, y que no constituyen delitos variables según determinadas circunstancias. Pero esto produciría un mal mucho mayor que el que se trataba de remediar, pues los individuos quedarían a mereced de la arbitrariedad del legislador o de los tribunales, habría una causa permanente de alarma y recelos, y en la incertidumbre acerca de los hechos que podrían ser objeto de sanción penal después de ejecutados, cada uno vería una amenaza constante pendiente sobre su cabeza. Es por tanto indudable que la libertad civil y la seguridad jurídica individual de los ciudadanos depende en gran parte de la inteligencia literal del principio consignado en este artículo.

Sin embargo, el principio de legalidad se ve seriamente comprometido con la reforma operada mediante el Real Decreto de 7 de junio de 1850, que no solo supuso un endurecimiento de las penas sino que, además, y esto resulta excepcional en la historia de nuestra codificación, se prescinde del principio de legalidad respecto de las penas, al señalar su artículo 19 que "No será castigado

43 Vid. **T. M. de Vizmanos y C. Álvarez Martínez**, "Comentarios al nuevo Código penal", Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid 1848.

44 **P. Gómez de la Serna y J.M. Montalbán, "**Elementos del Derecho Civil y Penal de España, Tomo III", 8ª edición, Librería de Sánchez, calle Carretas nº 21, Madrid, 1869, págs.. 22 y 23.

ningún delito, ni las faltas de que solo pueden los tribunales, con pena que no se halle establecida previamente por la Ley, ordenanza o mandato de autoridad a la cual estuviere concedida esta facultad"[45].

Tras la Revolución de septiembre de 1868, "La Gloriosa", destronada la Reina, los liberales aprueban una nueva Constitución en 1869; en ella se consagra la división de poderes, artículos 34, 35 y 36 del Título II, así como el principio de legalidad en el artículo 11 del Título I. Esta norma estará vigente incluso, tras la marcha del Rey Amadeo I, y durante la no menos efímera I República.

Consecuencia del nuevo texto constitucional es la reforma del Código penal operada en 1870, obra fundamentalmente de prácticos entre los que destaca Groizard.

Su origen hay que buscarlo en un Proyecto que el Ministro de Gracia y Justicia, Montero Ríos, presentó a las Cortes en mayo de ese año, planteándose el Proyecto como "provisional", ya que el definitivo debería discutirse una vez que se reanudaran las Sesiones tras el periodo estival, cosa que nunca sucedió, de ahí que recibiera el sobrenombre de "Código de verano" y que pese a su carácter efímero se convirtió en nuestro texto punitivo de mayor vigencia temporal al regir cerca de sesenta años.

Como señala Antón Oneca, la reforma de 1870 no se limitó a armonizar el Código penal con los preceptos constitucionales, sino que introdujo mejoras de carácter técnico y de gran calado, así como una mayor humanización al Código[46]; por lo que atañe al principio de legalidad se vuelve a recoger con sus garantías al igual que el Código precedente, aunque con la novedad de que por

45 **Gómez de la Serna y Montalbán, "**Elementos del Derecho Civil y Penal de España, Tomo III", op. cit. pág. 91, mantienen, por el contrario, que esta disposición solo se refiere, en cuanto a las faltas, a las que son de exclusiva competencia de los Tribunales, y se preguntan si en su virtud las autoridades administrativas podrán imponer castigos no establecidos previamente en las leyes y reglamentos, no creyéndolo así, considerando que el objeto de este artículo es dar mayor latitud a la administración y permitirla elegir la penalidad en una escala más intensa. Opinión que no comparto al ir en contra del canon de la inmanencia o literalidad de la ley.

46 **J. Antón Oneca,** "El Código penal de 1870", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1970, pág. 237.

primera vez en nuestra historia codificadora se proclama en su artículo 23 el principio de retroactividad de la ley sancionadora más favorable.

Tras el "pronunciamiento" del general Martínez Campos el 29 de diciembre de 1874, se da por concluido el corto y vertiginoso periodo de nuestra historia en el que se instaura una nueva dinastía al ser elegido rey Amadeo de Saboya y, tras su renuncia, se proclama la primera República[47].

Restaurada la Monarquía, en 1876 se promulga una nueva Constitución que regirá sin interrupción durante cuarenta y seis años, hasta su suspensión por la Dictadura del general Primo de Rivera de 1923. En ella el poder legislativo está compartido entre las Cortes y el Rey, pudiendo éste vetar leyes. La Corona tiene el poder ejecutivo y corresponde al poder judicial la potestad de aplicar las leyes. Además, consagra el principio de legalidad en su artículo 16 al proclamar que "Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito, y en la forma que éstas prescribieran".

El nuevo régimen no alteró en lo substancial el Código en ese momento vigente.

Tras el Desastre de Annual y el Expediente Picasso, el General Primo de Rivera da un golpe de Estado en 1923, instaurándose una Dictadura hasta 1930.

En 1927 se creó la Asamblea Nacional Consultiva que elaboró un anteproyecto de Constitución de sesgo autoritario a la par que antiliberal, cuyo cometido no llegó a término[48]; empero, ello no fue óbice para que se publicara un nuevo Código penal, el de 1928[49].

47 Sobre este breve periodo, vid. **A. Jutglar**, "La sociedad española contemporánea", Guadiana, Biblioteca Universitaria, Madrid, 1973.

48 Sobre la infructuosa labor constituyente de la Dictadura de Primo de Rivera, vid. **V. De Ruig Ibáñez, "**La constitución que precisa España", Imprenta Juan Pueyo, Madrid, 1929; R. **Morodo**, "La proyección constitucional de la Dictadura: Asamblea Nacional Consultiva", Boletín Informativo de Ciencia Política, agosto-diciembre de 1973; **M. García Canales**, "El problema constitucional de la Dictadura", Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

49 Sobre el Código penal de 1928, vid**. A. Jaramillo García**, "Novísimo Código penal comentado y cotejado

La situación doctrinal previa a la redacción del nuevo Código pilotaba entre una concepción retribucionista del *ius puniendi* defendida por el catedrático Cuello Calón y su discípulo el Fiscal César Camargo, y el positivismo criminológico italiano y la escuela sociológica que representaban Jiménez de Asúa y Antón Oneca, inclinándose finalmente el legislador por la primera, lo que fue objeto de no pocas críticas[50].

Finalmente se aprueba el Código en 1928 y, aunque el principio de legalidad es recogido en su articulado, incluso con la prohibición expresa de la interpretación extensiva, arrastra su ilegitimidad de origen, ya que no nace en el marco de un Estado de Derecho con una clara división de poderes.

Tras la proclamación de la II República el 14 de abril de 1931, la Cortes Constituyentes decretan y sancionan el diciembre de ese mismo año una nueva Constitución. En su artículo 28 se proclama el imperio de la ley al señalar que: "Sólo se castigarán los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración. Nadie será juzgado sino por juez competente y conforme a los trámites legales"; en el artículo 51 se establece que: "la potestad legislativa reside en el pueblo, que la ejerce por medio de las Cortes o Congreso de los Diputados"; al Poder Ejecutivo, dedica el Título VI, bajo el epígrafe "Gobierno", artículos 86 y siguientes; y al Poder Judicial el Título VII, bajo la rúbrica "Justicia", proclamando en su artículo 94 párrafo 3 que: los jueces son independientes en su función y solo están sometidos al imperio de la ley, independencia de la que también goza el Ministerio Fiscal al que en el artículo 104 se le encomienda velar por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social.

con el de 1870", Imprenta Silvestre Ferreira, Salamanca, 1928, J. **Antón Oneca**, "Los antecedentes del nuevo Código penal", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Reus, Madrid, 1929.

50 Basten como pequeña muestra las palabras de **F. Pérez Bueno**, Catedrático de Derecho natural, que en una interlocución en el seno de la Asamblea Nacional llegó a afirmar, dado el carácter represivo del Proyecto, que "¡con este Código vamos a ir a presidio todo el mundo!", "Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional", Sesión de 27 de marzo de 1928, nº 17, págs. 660 y 661.

Precisamente la redacción del artículo 28 fue duramente criticada por Alcalá Zamora[51], confrontándola con la concisión lapidaria y texto clarísimo del artículo 16 de la Constitución de 1876.

En 1932 la II República se da un nuevo Código penal, obra de Jiménez de Asúa. Dicho texto no es sino una reforma del Código de 1870, ya que la pretensión del legislador era derogar inmediatamente el Código de la Dictadura y elaborar más adelante un nuevo texto punitivo con innovaciones de más hondo calado.

Las reformas más importantes son las relativas a la adecuación del *ius puniendi* con los principios proclamados en la Constitución republicana, así como una notable humanización y la introducción de criterios más flexibles en su aplicación[52].

Tras la Guerra Civil, y a falta de una verdadera Constitución, el régimen imperante se dio un remedo de normas fundamentales, en una de las cuales, El Fuero de los Españoles, se consagraba el principio de legalidad al establecer en su art. 19 que: "nadie podrá ser condenado sino en virtud de Ley anterior al delito, mediante sentencia del Tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado".

Paralelamente el bando vencedor publica un nuevo Código penal, el Texto Refundido de 1944 que enlaza con el de 1870 y, en definitiva, con el de 1848 y que a lo largo de su vigencia fue objeto de importantes modificaciones, siendo de reseñar un texto revisado en 1963 y otro refundido en 1973, así como la operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, a fin de acomodarlo a los nuevos tiempos.

51 **N. Alcalá Zamora**, "Los defectos de la Constitución de 1931", Imprenta de R. Espinosa, Madrid, 1936, pág. 59 y 60.

52 **E. Gacto Fernández** y **J.M. García Marín**, "Manual Básico de Historia del Derecho", op. cit. pág. 402.

El principio de legalidad aparece en el artículo 23 que reza: "No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por Ley anterior a su perpetración"; admitiendo, en el artículo siguiente únicamente la retroactividad de las Leyes penales en cuanto favorezcan al reo, aunque al publicarse aquellas hubiera recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena.

El artículo 23 sirve de valladar para impedir la interpretación analógica, así como cualquier interpretación *in malam partem*[53].

Sin embargo, hay que esperar a la Constitución de 1978 para ver de nuevo consagrado este principio con todas sus garantías.

2. El principio de legalidad penal en la Constitución de 1978

En efecto, tras proclamar en su artículo 1.1 que "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político", en el art. 9.1 afirma que "los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico", y en número 3 de este mismo precepto se proclama que "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos."

La Constitución se nos presenta no como una mera declaración programática sino como nuestra norma suprema; así, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y no inmediato cumplimiento hasta

53 Con anterioridad, y en plena Guerra Civil, la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de Falange elaboró un Anteproyecto de Código penal en cuyo artículo 1, párrafo 1º de establecía que "son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la Ley y los actos eternamente asimilables a ellas", enunciado que felizmente no vio la luz; además, la Ley de represión de la masonería y del comunismo, de 1 de marzo de 1940 aceptaba la retroactividad *in malam partem*.

que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella[54].

Se trata, en suma, de una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico[55] , y ello por cuanto tiene carácter o valor normativo y, además, es la suprema de las normas de nuestro ordenamiento jurídico. Este carácter hace que la Constitución no admita norma igual ni superior, sino solo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes[56].

Si desde un punto de vista material la Constitución es el resultado de la progresiva evolución de una sociedad y no meramente el resultado de una Asamblea Constituyente, desde una óptica formal, hoy en día, se concibe como un conjunto de normas jurídicas esenciales y superiores a cualesquiera otras. Deviene ley fundamental de un Estado, y no tiene una mera consideración programática pues su valor es primordialmente normativo.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al proclamar que la Constitución no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos, sino precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado a su vez por la proclamación de su artículo 1, a partir del cual debe resultar un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles[57].

54 STC 16/1982, de 28 de abril.
55 STC 9/1981, de 31 de marzo.
56 STC 31/2010, de 28 de junio.
57 STC 206/1992, de 27 de noviembre.

Esta supremacía trasciende al resto del ordenamiento. La naturaleza de Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución y en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella.

La Constitución tiene la significación primordial de establecer y fundamentar un orden de convivencia política general de cara al futuro, singularmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas[58].

Al definir la Constitución a España como un "Estado de Derecho" se consagra, por un lado, que el poder público ha de actuar sometido a las normas y, por otro, que el sometimiento del poder lo es no solo a las leyes sino, además, a la propia Constitución. En suma, el Estado de Derecho se basa en el principio de legalidad y el principio de constitucionalidad es su presupuesto axiológico[59].

El principio de legalidad, consagrado indirectamente en el apartado 1 de este mismo precepto, es una consecuencia de lo que se expresa en el Preámbulo como finalidad de la Constitución: "Consolidar un Estado de Derecho que asegura el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular". Estamos, por consiguiente, ante un dogma básico de todo sistema democrático[60].

En el principio de legalidad se manifiesta la preeminencia del Derecho, entendido en este contexto, como la subordinación a la Constitución, así como al resto del ordenamiento jurídico. La primacía incondicional de la Constitución requiere que toda decisión del poder quede, sin excepción, sujeta a la Constitución, sin que existan, para el poder público, espacios libres de la Constitución o ámbitos de inmunidad frente a ella. De esta manera se protege también el principio democrático, pues la garantía de la integridad de la Constitución ha de ser vista, a su vez, como preservación del respeto

58 STC 9/1981, de 31 de marzo.

59 Vid. **A. Garrorena Morales**, "El Estado español como Estado social y democrático de Derecho", Tecnos, Madrid, 1984, págs. 164 y ss.

60 STC 108/1986, de 26 de julio.

debido a la voluntad popular, en su veste de poder constituyente, fuente de toda legitimidad jurídico-política[61].

En el artículo 25 encontramos una concreción del principio de legalidad en el ámbito sancionador. En virtud de su apartado primero, "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

Se otorga al principio de legalidad penal el rango de derecho fundamental[62], y ello a pesar de que para un sector de la doctrina una de sus principales exigencias, la de reserva absoluta de ley en materia penal, no se infiere de este precepto, sino del art. 81.1 del texto constitucional.

Frente a esta idea, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de forma reiterada en sentido contrario, al ir incorporando a este precepto todos los elementos característicos del principio de legalidad penal[63].

Asimismo, en las sociedades avanzadas solo se entiende la función limitadora del *ius puniendi* del Estado si únicamente es la ley -entendida como expresión democrática de la voluntad popular[64]- fuente de los delitos, de las penas y de las medidas de seguridad, proscribiendo expresamente la costumbre[65] y los principios generales del Derecho.

61 STC 42/2014, de 25 de marzo.

62 Vid. **S. Huerta Tocildo**, "Comentarios a la Constitución Española, XL Aniversario", BOE, Madrid 2018, págs. 897 y ss.

63 SSTC, 75/1984, de 27 de junio; 42/1987, de 7 de abril; 101/88, de 8 de junio; 150/1989, de 25 de septiembre; 61/1990, de 29 de marzo; 118/1992, de 16 de septiembre; 21/1993, de 18 de enero; 6/1994, de 17 de enero.

64 **H. Kelsen**, afirma que no hay más democracia que la parlamentaria, o más aún, que la democracia parlamentaria es la única posible. "De la esencia y valor de la democracia", ed. de J.L. Requejo Pagés, KRK Pensamiento, Oviedo, 2006, pág. 92.

65 La STC 26/1994, de 27 de enero expresamente excluye la posibilidad de acudir al Derecho consuetudinario como complemento de las normas penales.

En definitiva, el derecho a la legalidad penal comprende una doble garantía: la primera, de carácter formal, que da lugar a la exigencia de una ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado y que en el ámbito penal ha de ser entendida como reserva de ley, e, incluso, cuando se trata de la imposición de penas privativas de libertad, de ley orgánica; y la segunda se refiere a la necesaria predeterminación normativa de las conductas y sus penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción en la descripción de las mismas.

En suma, se trata con ello de la clásica exigencia de que exista una ley (*lex scripta*), que sea anterior al hecho punible (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto determinado (*lex certa*)[66].

El requisito de *lex previa* presupone el principio de irretroactividad[67] de las normas penales desfavorables al reo, íntimamente ligado al concepto de seguridad jurídica y que encuentra su acomodo constitucional tanto en su art. 9.3 como en el art. 25.1, al proclamar que "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

Este presupuesto axiológico, entendido como una de las exigencias propias del Estado de Derecho, tiene incidencia fundamentalmente en la aplicación de la ley por los jueces y tribunales, pero obliga *ex ante* al propio legislador, ya que la Constitución, en palabras de Ruiz Antón[68], debe asegurar la confianza del ciudadano frente a imprevisibles o arbitrarios cambios legislativos susceptibles de ser aplicados retroactivamente o con absoluto desprecio del pensamiento inherente a la garantía de generalidad de las leyes.

66 STC 372/1993, de 13 de diciembre.

67 Vid. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, art. 11.2; Convenio Europeo para la protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1050, art. 7; y el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966, art. 15.

68 **L.F. Ruiz Antón**, "El principio de irretroactividad de la ley penal en la Doctrina y la Jurisprudencia", Ponencia presentada en las Primeras Jornadas de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, Cáceres 7 a 10 de marzo de 1989, pág. 152.

Ahora bien, partiendo, en primer lugar, de que el contenido del principio de legalidad comprende[69]:

▪La reserva absoluta de ley para la definición de las conductas constitutivas de delito y de las correspondientes penas.
▪La proscripción de la costumbre como fuente del Derecho.
▪La prohibición de la analogía *in malam partem* y de la interpretación extensiva.
▪La irretroactividad de las normas penales desfavorables para el reo.
▪La determinación, certeza o taxatividad de las normas penales.
▪La prohibición del *bis in ídem*.
▪Y la garantía jurisdiccional y la garantía de ejecución penal.

Y, en segundo lugar, de que, como afirma Beling[70], el principio de referencia tiene un doble significado, el político (al que denomina "tenor literal"), que se identifica con la reserva sustancial y absoluta de ley, y el técnico jurídico (al que designa como "significado esencial") que abarcaría los demás puntos señalados anteriormente.

Debemos concluir que la formulación dada al principio por el artículo 25.1 resulta a todas luces insuficiente, por cuanto que tan solo alude a la irretroactividad, precepto que hay que cohonestar con el artículo 9.3 y que, además, se debe interpretar en base a la consideración de otros preceptos constitucionales, a los principios que lo inspiran y a los tratados internacionales ratificados por el Reino de España. Solo de este modo, mantiene Arroyo Zapatero, se podrá ofrecer una formulación completa del principio de legalidad penal, que incluya las garantías que lo integran[71].

69 **H. H. Jescheck**, "Tratado de Derecho penal, Parte General I", trad. de M. Olmenedo Cardenet, 5ª ed., Comares, Granada, 2002, pág. 142 y ss.

70 **E. Beling**, "Il significato del principio "nulla poena sine legi poenali" nella determinazione dei concepto fondamentali de Diritto penale", Giustizia Penale, Vol. XXXVII, Roma, 1931, págs. 319 y ss.

71 **L. Arroyo Zapatero**, "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", Revista Española de Derecho Constitucional, Año 3, Núm. 8 Mayo-Agosto, 1983, pág. 11 y ss.

3. Fundamentos del principio de legalidad

De lo afirmado hasta ahora, se infiere que la *ratio essendi* del principio de legalidad es diversa, debiéndose distinguir el fundamento político *stricto sensu* o político constitucional, el político criminal y el tutelar.

a) Fundamento político constitucional

En efecto, ab initio, partiendo de la división de poderes, en un Estado de Derecho solo el Legislativo, como órgano representativo de la voluntad general, tiene la potestad de definir los delitos y asignar a los mismos las consecuencias jurídicas privativas de derechos, siendo el principio de legalidad expresión del de igualdad de los ciudadanos ante la ley; pero, además, esta fundamentación política lleva aparejada la prohibición dirigida a los tribunales de la aplicación analógica de las leyes así como la interpretación extensiva de las misma.

Respecto de la analogía, el Código civil, después de proclamar en el párrafo 1 del artículo 4 que: "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón", puntualiza a continuación que "Las leyes penales… no se aplicarán a supuestos o momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas"; y el artículo 4. 1 del Código penal afirma que "Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas", lo que no es sino consecuencia obligada del principio de legalidad, pues la aplicación analógica atentaría a la irretroactividad de las leyes penales, pues el Juez, al realizar la operación analógica, lo hace indefectiblemente ex post facto, por lo que no pudo ser conocida ni prevista por el reo al que se le sumiría en una total indefensión.

La analogía encierra una creación judicial de normas jurídicas o, en palabras de Quintero Olivares, una sustitución del monopolio legislativo[72], lo que llevaría al ciudadano a quedar inerme ante el poder judicial.

72 **Quintero Olivares**, "Comentarios al Código al artículo 4 del Código penal en Comentarios al Código penal español", Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 79.

Como señala Luzón Cuesta[73], dados los términos del párrafo 1 del artículo de referencia, parece excluirse no solo la analogía *in malam partem*, sino también la *in bonam partem*, no alcanzando, empero, esta proscripción a la llamada analogía legal que es la empleada por el propio legislador.

Cosa distinta es la interpretación analógica o extensiva que difiere de la analogía *estricto sensu* ya que la primera se hace sobre una norma y la segunda en ausencia de ella.

Para Mir Puig[74], la diferencia entre interpretación y analogía es diáfana, pues mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su sentido literal posible, la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal.

Sin embargo, esta dicotomía no siempre es bien entendida, de hecho, tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional a veces las identifican.

Así, el primero ha llegado afirmar que los tipos penales no pueden aplicarse arbitrariamente ni por analogía ni tampoco mediante una interpretación extensiva, rigurosa e inconstitucional, más allá de lo previsto por el propio legislador[75].

Y en igual sentido se ha pronunciado en ocasiones el Tribunal Constitucional al mantener que la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones ("*lex certa*"). Y que esta exigencia tiene implicaciones no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos

73 **J.M. Luzón Cuesta**, "Compendio de Derecho Penal, Parte General", Dykinson, Madrid 2011, pág. 35.
74 **S. Mir Puig,** "Derecho penal, Parte General", 10ª ed., Dykinson, Madrid, 2015, págs. 120.
75 Vid, entre otras, SSTS 10/1996, de 12 de enero, y 657/2013, de 15 de julio.

últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley y, por otro, les está vetada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem*, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan[76].

Ahora bien, partiendo de que las normas penales necesariamente son gravosas (*odiosa sunt restringenda*) y que el Derecho penal es la *ultima ratio* y de ahí su carácter excepcional (*singularia non sunt extenda*), no es menos cierto que a la hora de interpretar la ley el canon extensivo de la literalidad es dable pues contribuye a indagar el sentido razonable de la norma[77].

Por todo ello, esta modalidad de interpretación es admitida siempre que, respetando el marco diseñado por la propia ley, se pretenda atribuir un significado a ésta apoyándose en otras normas que, por utilizar los mismos términos legales, o por presentar una regulación más completa que la que es objeto de interpretación, constituyen referencias legales válidas desde las que se obtiene un razonamiento que permite concluir el abstracto mandato legal[78].

b) Fundamento de política criminal

Solo desde esta perspectiva se entiende el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, así como el de taxatividad o certeza de la misma.

En efecto, por lo que respecta al valor de la irretroactividad *in malam partem* esta trae causa del principio de legalidad, siendo el marco constitucional insuficiente para justificarlo en su totalidad ya que, hipotéticamente, la

76 Vid, entre otras, SSTC 133/1987, de 21 de julio; 34/1996, de 11 de marzo; 64/2001, de 17 de marzo; 283/2006, de 9 de octubre.

77 Jescheck llega a afirmar que, en realidad, bajo este punto de vista no hay una interpretación extensiva sino tan sólo una interpretación correcta. Vid. **H.H Jescheck / T. Weigend**, "Tratado de Derecho Penal. Parte General", Comares, Granada, págs. 164 y ss.

78 **E. Ramón Rivas,** Interpretación extensiva y analógica en el Derecho penal, Revista de Derecho penal y Criminología, 3ª Época, nº 12 (julio de 2014), pág.

retroactividad si deriva de una decisión del legislador, máxime en una sociedad democrática, podría encontrar acomodo dogmático, más en el supuesto de normas desfavorables se transgrediría la función motivadora que las normas deben tener sobre el común de los ciudadanos que deben percibir el mensaje que la norma implica de forma clara al estar contenido en una disposición que ha de ser anterior al hecho al que vaya a aplicarse.

Además, debemos cohonestar con lo hasta ahora manifestado, el requisito de taxatividad o certeza de las normas penales que lleva a que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, predeterminación suficiente de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora[79].

En la elaboración de los tipos penales, partiendo del principio de legalidad, se debe efectuar una clara definición de la conducta incriminada, fijando con precisión sus elementos y acotando su diferencia respecto de otras conductas no punibles o de ilícitos que no merecen una respuesta del ius puniendi del Estado.

La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y puede llevar, aún sin pretenderlo, a situaciones de arbitrariedad que resultan indeseables cuando se trata de establecer la asignación de culpas y exigencia de responsabilidades. Precisamente, para evitar esta consecuencia es necesario que a la hora de enunciar los preceptos penales estos deban hacerse de forma expresa, precisa, taxativa y previa, pues el marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de legalidad contiene una garantía material derivada del mandato de taxatividad o de *lex certa* y que se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer en el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor

79 Vid. SSTC 133/1987, de 21 de julio y 118/1992, de 16 de noviembre.

precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones[80].

En la garantía material de la Ley penal existe una estrecha asociación entre los principios de legalidad y tipicidad y los de libertad y seguridad jurídica, principios todos ellos esenciales al Estado de Derecho, pues si las normas sancionadoras han de ser no sólo *lex scripta* y *lex praevia*, sino también *lex stricta* y *lex certa*, se impone al legislador el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos.

El mandato de taxatividad obliga, por tanto, al legislador a configurar los tipos penales con la mayor claridad posible, debiendo llevar a cabo una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutivas de delito, que cumpla las exigencias del principio de seguridad jurídica, y de este modo permitir predecir, con un grado suficiente de certeza, las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa.

Más, si por la propia naturaleza de las cosas, no se pudiera alcanzar una claridad o precisión absoluta es dable un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos siempre que no aboque a una quiebra del principio de legalidad y en consecuencia genere inseguridad jurídica, pues la incorporación de conceptos cuya delimitación permita un cierto margen de apreciación, si los mismos responden a bienes jurídicamente protegidos y la concreción de estos es dinámica y evolutiva, no suponen vulneración del artículo 25 de la Constitución, exigiendo, empero, una concreción a través de una labor hermenéutica por parte del llamado a aplicar la norma[81].

La formulación de los tipos tampoco puede efectuarse de forma abierta pues, en tal caso, el juez se convertiría en legislador contrariando el principio de separación de poderes, así como el principio de reserva absoluta de ley.

80 STC 97/2009, de 27 de abril.

81 Vid., entre otras, SSTC 219/1989, de 21 de diciembre; 127/1990, de 5 de julio; 111/1993, de 25 de marzo; 116/1993, de 29 de marzo; 53/1994, de 24 de febrero.

Ahora bien, como señala Huerta Tocildo[82], en la actualidad y cada vez con mayor frecuencia, nos encontramos con tipos penales que implican construcciones completamente novedosas y que responden a una nueva delincuencia otrora desconocida y propia de un mundo en donde los avances técnicos han dado paso a una proliferación de tipos relativos a terrenos tan novedosos como la genética, las comunicaciones, la informática o las operaciones de ingeniería económica.

En estos caso, deviene necesario exacerbar el control constitucional de la exigencia de taxatividad a través de un actitud de mayor rigor ante la incorporación de conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas abiertas o elementos normativos de difícil comprensión para los ciudadanos, así como proceder a una interpretación restrictiva y a una motivación reforzada por parte de los tribunales en sus resoluciones, canon reforzado de motivación que lleva a controlar desde la perspectiva constitucional no solo la visibilidad de los juicios efectuados sino, además, su aceptabilidad fijada por una determinada comunidad axiológica.

O dicho en otros términos, en la medida en que está en juego el valor superior de la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior[83].

c) Fundamento tutelar o protección del ciudadano frente al Estado

Como ya hemos señalado, el Estado de Derecho entronca desde una perspectiva histórica con el constitucionalismo cuyo *telos*, sostiene Loewsestein[84], es limitar y controlar el poder político con la creación de instituciones que preserven los derechos de los ciudadanos frente a aquel, siendo el principio de legalidad el corolario de ese objetivo y que implica

82 **Huerta Tocildo**, "Comentarios a la Constitución Española, XL Aniversario", op. cit., pág. 905.
83 Vid., entre otras, SSTC 92/2008, de 21 de julio; 226/2015, de 2 de noviembre; 96/2017, de 17 de julio.
84 **K. Loewestin, "**Teoría de la Constitución", Ariel Derecho, Barcelona, 2018.

previamente la soberanía popular, la división de poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales.

El fundamento tutelar del ciudadano frente al poder del Estado tiende a asegurar la libertad de aquél frente a las intromisiones de éste mediante la vinculación del poder del Estado a la ley abstracta[85], y es este fundamento tutelar el que justifica las intervenciones legales *in bonam partem*, la aplicación retroactiva de las leyes más favorables y la interdicción del *bis in ídem*[86].

Por consiguiente, el principio de legalidad penal presupone la prohibición de todo exceso por parte de los poderes públicos en el ejercicio del ius puniendi, por lo que la doble incriminación por unos mismos hechos supondría la vulneración tanto del art. 9.3 como del 25 de la Constitución española, al quebrantar las exigencias de racionalidad y no arbitrariedad que a todos los poderes impone el primer precepto, así como a los principios de legalidad y tipicidad implícitamente contenidos en el segundo[87].

El principio *non bis in idem* en su vertiente material, "nadie podrá ser condenado dos veces por los mismos hechos y con idéntico fundamento", encuentra acomodo en el artículo 25.1 de la Constitución, y ello lleva a unas consecuencias procesales. Así, cuando los hechos puedan ser constitutivos tanto de un ilícito penal como de un ilícito de índole administrativa, tendrá preeminencia la sanción penal que excluye la administrativa, y solo una vez recaída sentencia absolutoria podrá, en su caso, tras alzarse el procedimiento administrativo recaer sanción administrativa, eso sí, respetando los hechos declarados probados en el proceso penal, necesidad de respetar la cosa juzgada en su doble vertiente positiva y negativa, lo que constituye en suma dos de los

85 Vid. **K. Roxin**, "Derecho penal, Parte General", Tomo I (Traducción de la 2ª ed. alemana y notas por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997, págs. 144 y 145.

86 Sobre el principio "*non bis in ídem*", vid. **J. Muñoz Clares**, "Ne bis in ídem y Derecho penal, Definición, patología y contrarios", Diego Marín, Librero editor, Murcia, 2006; **J.M. Trayter Jiménez**, "Sanción panal-sanción administrativa: el principio non bis in idem en la Jurisprudencia", Poder Judicial, nº 22, 1991; **J. López Barja de Quiroga**, "El principio non bis in idem", Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, Dykinson, Madrid, 2004.

87 Vid. por todas, SSTC, 2/1981, de 30 de enero; 234/1991, de 10 de diciembre; y 188/2005, de 7 de julio.

contenidos esenciales del principio al que aludimos[88]; además, la prohibición de doble sanción solo podrá alegarse una vez que haya recaído sanción en el primer procedimiento, esto es, en el procedimiento penal[89].

Finalmente, solo en el fundamento tutelar del principio de legalidad encuentra engarce otro de los principios básicos del Derecho penal, el de proporcionalidad de las penas.

Este principio, que no suelen recoger las Constituciones y que hunde sus raíces en los Diálogos de Platón[90], aparece por primera vez plasmado en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1795, al proclamar, en su artículo 12, que la ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito. Posteriormente, sería recogido en la Octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, al disponer que no se exigirán fianzas excesivas, no se impondrán multas excesivas, ni se aplicarán castigos crueles e inusitados.

En nuestra Constitución, aún sin formar un canon autónomo, aparece intrínsecamente contenido en su artículo 25.1.

La idea de proporcionalidad, presente en todo el ordenamiento, pero particularmente en el penal, lleva a que las restricciones de los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente sólo encuentren legitimidad si son necesarias y proporcionales en aras a la salvaguarda de otros intereses públicos con los que pueden entrar en conflicto.

La libertad, como valor superior del ordenamiento jurídico, demanda la prohibición de exceso respecto de las injerencias del Estado y, por ende, de un juicio de proporcionalidad.

88 Vid. STC 77/1983, de 3 de octubre.
89 Vid. STC 2005/1994, de 11 de julio.
90 **Platón**, "Diálogos", VIII, Leyes, Editorial Gredos, Madrid, 1999.

En este proceso habrá que hacer un juicio de valor sobre si el bien jurídico protegido por la norma tiene la entidad suficiente para motivar la intervención del *ius puniendi*; comprobar que la respuesta punitiva se atiene a los cánones de idoneidad y necesariedad; y, finalmente, si existe proporción en sentido estricto[91].

Pero, además, el principio de proporcionalidad puede utilizarse como método de interpretación y como control o test de constitucionalidad.

Cuando surge una contradicción entre dos principios constitucionales igualmente válidos, v.gr. entre la libertad de expresión y el derecho al honor, sólo a través de un juicio de ponderación podremos decantarnos por la preeminencia de uno frente al otro y siempre atendiendo al caso concreto[92].

Este juicio de proporcionalidad implica subsumir tanto la finalidad perseguida por la norma como la injerencia que esta comporta en los principios en conflicto.

Por otra parte, el ámbito del principio de proporcionalidad no es tanto el control de constitucionalidad de las leyes como el proceso mismo de creación de las normas, ya que debería ser el crisol necesario para concretar materialmente los derechos fundamentales; ello no empece, como señala Silva Sánchez[93], para que sea el Poder Judicial, a través de su praxis jurisprudencial, el que viene haciendo un patente esfuerzo para incorporar este principio penal dentro de los parámetros de la legalidad más estricta, y ello frente a la creciente pasividad de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, lo que lleva aparejada una deficiente técnica legislativa.

91 Vid. por todas, SSTC 111/1993, de 25 de marzo; 55/1996, de 28 de marzo; 161/1997, de 2 de octubre; 234/1997, de 18 de diciembre; y 61/1998, de 17 de marzo.

92 **L. Prieto Sanchís**, "Justicia constitucional y derechos fundamentales", Trotta, Madrid, 2003, págs. 126 y 127.

93 **J.M. Silva Sánchez**, "Nuevas tendencias político criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo, Dogmática penal, Política criminal y criminología en evolución", Universidad de Tenerife, Centro de Estudios Criminológicos, Tenerife, 1997, pág. 318.

4. Garantías del principio de legalidad

a) Garantía criminal: *Nullum crimen sine lege*

Viene consagrada en el artículo 10 del Código penal:

"Son delitos las acciones u omisiones penadas por la ley";

Y en el artículo 9.1 del Código penal militar aprobado por la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre:

"1. Son delitos militares las acciones u omisiones dolosas o imprudentes previstas en el Libro Segundo de este Código.

2. Asimismo son delitos militares cualesquiera otras acciones u omisiones cometidas por un militar y tipificadas en el Código Penal como:

a) Delitos de traición y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluidas las disposiciones comunes, siempre que se perpetren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

b) Delito de rebelión, en caso de conflicto armado internacional"

Además, y en palabras de Vivas Marzal[94], como centinela y guardián del principio de legalidad el artículo 4 del Código penal, en su número 2 proclama que: "En el caso de que un Juez o Tribual, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella

94 STS de 23 de abril de 1985.

y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debería ser objeto de sanción penal".

Y su número 3 reza: "Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo."

En la inteligencia de que todo precepto penal que incida en el «desarrollo» de la libertad contemplada en el artículo 17 CE —como, al decir de una importante parte de la doctrina, del honor o de algún otro de los contenidos que entendemos pacíficamente adscritos al ámbito de las leyes orgánicas— debe revestir tal carácter de legislación orgánica y ello pese a los problemas que esta cuestión ha planteado tanto doctrinal como jurisprudencialmente al interpretar el artículo 81 de nuestra Constitución[95].

A esta afirmación se llega al cohonestar la garantía constitucional de la libertad personal, consagrada en el artículo 17, con el principio de legalidad de artículo 25 y el artículo 81 de nuestro texto constitucional.

b) Garantía penal: *Nulla poena sine lege*

Para Cobo del Rosal y Quintanar Díez[96], no se consagra explícitamente en el artículo 25.1 de la Constitución, aunque no cabe duda de su constitucionalización tras una glosa exhaustiva del precepto.

95 Sobre este tema Vid. **C. Lamarca Pérez**, "Legalidad penal y reserva le ley en la Constitución española", Revista Española de Derecho Constitucional, Año 7, Núm. 20, Mayo-Agosto, 1987. **J. Pemán Gavín**, "Las Leyes Orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del derecho, Estudios sobre la Constitución Española", Tomo I, Civitas, Madrid, 1991; **M. Barceló y Serrmallera**, La Ley orgánica, ámbito y posición en el sistema de fuentes. Atelier, Barcelona 2004.

96 **M. Cobo del Rosal** y **M. Quintanar Díez**, en "Comentarios a la Constitución española de 1978", Alzaga Villamil (Dir.), Tomo III, Cortes Generales, EDERSSA, Madrid, 1996, págs. 133 y 134.

Sí aparece de forma expresa en el artículo 2.1 del Código penal, "No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por la ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad".

Como excepción se establece en su número 2 la retroactividad de la ley penal más favorable, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la norma más favorable, será oído el reo. Además, los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados conforme a ella, salvo que se disponga otra cosa.

c) Garantía jurisdiccional: *Nemo damnetur nisi per legale iudicium*

A diferencia de las anteriores, la garantía jurisdiccional no está recogida en el artículo 25.1 de la Constitución; su engarce constitucional lo encontramos en los artículos 24 y 117.3 de la misma.

En el primero de los preceptos citados se afirma que: "Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia".

Y el segundo dice que: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan".

Ambas normas fundamentales conforman las condiciones cardinales de la Jurisdicción como función soberana del Estado, entendida como potestad conferida con carácter exclusivo a Jueces y Magistrados para resolver, en todo caso, los conflictos intersubjetivos aplicando la ley a través del cauce del proceso, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

El principio del monopolio jurisdiccional de imposición de penas y el derecho de acceso a la jurisdicción o a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial implica la imposibilidad tanto de que por órgano administrativo se pudiera imponer una sanción penal propiamente dicha, como de la existencia de tribunales de excepción, y ello por cuanto que por "juez ordinario", en materia procesal penal, tan solo cabe entender el juez o tribunal integrante de la Jurisdicción Ordinaria o, dicho en otras palabras, constituido en Poder Judicial[97].

Por otra parte, el juez legal no solo ha de ser el ordinario, sino que además ha de estar predeterminado por la ley, y ser independiente, inamovible, responsable y sometido únicamente al imperio de aquella[98].

En sentido jurídico, independencia implica no sometimiento a una jerarquía, más ello no supone que el juez pueda actuar exclusivamente según su libre albedrío, muy por el contrario, debe actuar sometido única y exclusivamente al imperio de la ley o, si se prefiere con mayor precisión, al Derecho, y es precisamente esta característica la que le dota de "legitimación democrática" al quedar vinculado a la Constitución.

Consecuencia de lo anterior es que, como de forma contundente proclama el artículo 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: "Todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados".

Esta "independencia" tiene una vertiente interna (respecto del propio Poder Judicial) y otra externa (respecto de los otros poderes del Estado), y es precisamente ésta última la que de manera recurrente se ve tensionada.

En el Código penal, esta garantía aparece expresamente en su artículo 3.1 al afirmar que: "No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud

97 Vid. por todas, SSTC, 75/1982, de 13 de diciembre; 11/1984, de 28 de noviembre; 66/198, de 23 de mayo; y 177/1996, de 10 de junio.

98 En igual sentido, artículos 14. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6.11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales".

d) Garantía de ejecución

Aparece consagrada en el artículo 3.2 del Código penal al afirmar que: "Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras consecuencias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes".

Además, la Ley Orgánica General Penitenciaria establece en su artículo 2 que: "La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales".

Este precepto supone un ámbito ampliado de lo que se ha venido en llamar "bloque de legalidad penitenciaria", ya que admite en el mismo el desarrollo por vía reglamentaria como parte de esa legalidad del sistema, siempre que se cumplan tres requisitos apuntados por Cervelló: que se respete la reserva de ley para todo aquello que implique a derechos fundamentales, que se trate únicamente de un reglamento ejecutivo y que se cumpla con el principio de jerarquía normativa[99].

Igualmente, el artículo 3.1 del Reglamento Penitenciario (R.D. 190/1996, de 9 de febrero) señala que: "La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley".

Además, la Ley de enjuiciamiento criminal, en su artículo 990 proclama que: "Las penas se ejecutarán en la forma y el tiempo prescritos en el Código penal y en los reglamentos".

99 Vid. **V. Cervelló Donderis**, "Derecho penitenciario", 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

También en el plano internacional aparece consagrado el principio de legalidad en este ámbito.

Así, en las últimas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa 2006[100] se afirma que "las personas privadas de libertad conservan todos los derechos, salvo aquellos que les hayan sido retirados de acuerdo con la ley por su condición de penados a una pena de prisión o sometidos a prisión provisional (Regla 2). Se establece una reserva absoluta de ley; y, además, el principio de legalidad y el correspondiente control de legalidad deberán efectuarse por una autoridad independiente (Regla 9).

En palabras de Cobo del Rosal y Quintanar Díez[101], las consecuencias insoslayables de la garantía en la ejecución son las siguientes: la ejecución no puede gravar en mayor medida los derechos restringidos por la pena o sanción; no pueden arbitrarse criterios, aún por el propio Poder Judicial, contrarios a los que informan la seguridad jurídica y el principio de legalidad; y, no puede la Administración decidir sobre modos de ejecución que desvirtúen el contenido de las penas impuestas por los Tribunales.

Finalmente, sólo en la garantía de ejecución del principio de legalidad se ven comprometidos los tres poderes del Estado, y ello por cuanto al Legislativo compete establecer por ley, tras la tipificación de los delitos, las penas, así como las medidas de seguridad y el cumplimiento de las mismas; al Poder Judicial, corresponde en el ejercicio de la jurisdicción, dictar la condena en la que concretarán las consecuencias jurídicas; y, finalmente, a la Administración Penitenciaria velar por el cumplimiento de las penas con respeto a la Ley[102].

100 Recomendación REC (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas. Adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952ª Reunión de Delegados de Ministros.

101 **Cobo del Rosal y Quintanar Díez**, en "Comentarios a la Constitución española de 1978", cit. pág. 136.

102 En este mismo sentido, vid. **Fernández Arévalo**, "La ley General Penitenciara. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina" (Coor. Bueno Arús), Colex, Madrid, 2019, pág. 30; y **R.M. Mata y Marín**, "El principio de legalidad en el ámbito penitenciario", Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, IV, 2011, pág. 267.

Y es precisamente esta participación de la Administración la que puede suponer un peligro, un cierto debilitamiento del principio de legalidad en la ejecución y también del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución.

Por lo que atañe a la primera cuestión, conforme a las "Teorías de las relaciones especiales de sujeción", la relación entre el interno de un centro penitenciario y la Administración penitenciaria implica una sujeción especial de la que deriva una potestad sancionadora disciplinaria, y que sea el Director del centro o un miembro de la Junta, en quien delegue, el encargado de incoar el expediente y decidir qué pruebas propuestas practican y que, en definitiva, sea la Junta de Régimen la competente para imponer sanciones, pero ello no supone la vulneración de los derechos recogidos en la Constitución[103], por cuanto que esta situación de sujeción especial del interno no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales e impedir que la Justicia se detenga en las puertas de las prisiones[104].

Sin embargo, tras la publicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no es dable calificar la relación jurídico-penitenciaria como de especial sujeción, y ello, por cuanto que según la previsión del art. 127.3 de la misma, se excluye la plena vigencia del principio de legalidad en relación "…al ejercicio por las Administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual"; por lo que al no estar incluidos los internos en esta excepción se les debe aplicar la forma general de vigencia y restricciones del principio de legalidad en materia disciplinaria[105].

En cuanto al principio de igualdad, siendo el concepto de igualdad relativo y racional, y que tiene por base la igual dignidad de los seres humanos, requiere

103 Vid. SSTC 74/1985, de 18 de junio; y 2/1987, de 21 de enero.

104 Vid. SSTC 57/1994, de 28 de febrero; 97/1995, de 20 de junio; y 192/1996, de 25 de noviembre.

105 **Vid. R.M. Mata y Martín**, "El principio de legalidad en el ámbito penitenciario", en Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, IV, 2011, págs. 270 y ss.

de elementos de comparación entre las situaciones, suponiendo un complejo juicio de valor para determinar qué criterios o rasgos se han de tener en cuenta para determinar situaciones justificadas de igualdad y de diferenciación.

Pues bien, por lo que atañe a la ejecución penitenciaria, teniendo algún territorio del Estado transferidas las competencias en materia penitenciaria, resulta alarmante que atendiendo a la cualidad de algunos presos, por lo general del ámbito político y sus aledaños, estos sean tratados de forma dispar a otros internos que se encuentran cumpliendo sus condenas en ese mismo territorio o en el resto de España, gozando de lo que para cualquier mente, aún no avezada en Derecho, se le antoja como un trato privilegiado y contrario al principio del artículo 14 de la Constitución, que se ve de esta manera distorsionado cuando no plenamente quebrado.

Y ello por cuanto que si la Constitución no impide los tratos desiguales, ya que el tratamiento diverso de situaciones distintas puedes incluso venir exigido, en un Estado social y Democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento[106], no es menos cierto que, lo que sí prohíbe es la desigualdad que resulte artificiosa o injustificada por no venir fundada en criterios objetivos y razonables, sino en consideraciones espurias y metajurídicas.

La pena, en estos casos, no cumple su función[107] y sume a la Sociedad en un estado de desconcierto y desconfianza frente al ordenamiento jurídico en particular, y respecto a los poderes del Estado en general; a la par que crea en los ciudadanos, de forma inconsciente, la idea de la necesidad de un endurecimiento de las penas volviendo a criterios retribucionistas en los que el fundamento jurídico de la pena debe hallarse únicamente en el delito cometido, justificándose sólo por el hecho de que a aquellos a quienes se les

106 Vid. STC 34/1981, de 10 de noviembre.

107 Sobre los fines de la pena, Vid. **V. Caruso Fontán**, "¿Qué pueden aportar hoy las teorías sobre los fundamentos y fines de la pena? Reflexiones en torno a la dirección político criminal de nuestro sistema penal". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica, 21-24, 2019.

aplica se la merecen, lo que resulta, en palabras de Moore[108], un bien intrínseco porque el castigo causa un estado de justica; incluso si con ese castigo no se produjeren más efectos, olvidando que la imposición de la pena sólo está plenamente justificada si se aúna su necesidad para la sociedad y la dignidad y la autonomía de la personalidad del delincuente[109].

Pero lo cierto es que hoy en día se produce un distanciamiento entre la opinión pública, muchas veces azuzada por los medios de comunicación, y la Ciencia penal.

108 **M.S. Moore**. Placing Blame: "A Theory of the Criminal Law" (Culpando: una teoría del Derecho penal), Oxford University Press, 1997, págs.153 y ss.

109 Vid. **C. Roxin**, "Sentido y límites de la pena estatal", en Problemas básicos de Derecho penal, Editorial Reus, Madrid, 1976.

III. LA JURISPRUDENCIA

1. Etimología, acepciones y concepto de Jurisprudencia

Etimológicamente, jurisprudencia, del latín *prudentia*[110] *iuris*, significa conocimiento del Derecho.

Para Ulpiano[111], "*Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*" (la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto), y a aquellos que eran autoridades en el discernimiento de lo justo e injusto se les llamaba iuris prudentes[112].

Y ello porque el Derecho es un arte o el resultado de una práctica prudencial y, por tanto, cognoscible en su individualidad y circunstancialidad, en la medida en que exteriorice el fin o bien jurídico, lo justo en concreto (*dikaion*).

La jurisprudencia se concebía en definitiva como "Ciencia del Derecho", en el sentido de técnica o sistema[113].

Modernamente, en palabras de Castán, el término jurisprudencia tiene un distinto y doble sentido. En una acepción amplia significa la doctrina sentada por los Tribunales, cualquiera que sea su clase y categoría, al decidir las cuestiones sometidas a ellos. En una acepción más restringida y propia significa el criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho, mostrado en

110 Traducción del término griego "f*rónesis*", como valoración y conocimiento de lo justo y de lo injusto, con el fin de practicar lo primero y eludir lo segundo. Para **Aristóteles**, la jurisprudencia era la aplicación de la virtud de la prudencia a un objeto concreto, el Derecho, "Ética a Nicómaco", Libro VI, Capítulo V, Alianza editorial, Madrid, 2014.

111 Digesto 1,1,10,2.

112 Vid. **Álvaro D'Ors y Pérez-Peix**, "Derecho privado romano", Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 3.

113 Sobre este tema, **Vid. J.H. Von Kirchamnn**, "La jurisprudencia no es ciencia", trad. cast. y escrito preliminar de A. Truyol Serra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961; **y A. Agúndez Fernández**, "La jurisprudencia: ciencia, técnica y arte del Derecho", en El Poder Judicial, I, Madrid, 19883, págs. 353-379.

las sentencias de éste, por las que se revela el modo uniforme de aplicar el Derecho[114].

Por su parte, De Diego distingue cuatro acepciones del término: a) pericia o conocimiento del Derecho, principalmente desde su aspecto práctico; b) modo de interpretar una regla de Derecho y observarla y aplicarla; c) práctica de los Jueces y Tribunales; d) y, sentencias del Tribunal Supremo de Justicia[115].

Desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos continentales, la jurisprudencia es la interpretación común de las disposiciones jurídicas tal y como la consagran una serie de decisiones jurisdiccionales convergentes.

Sin embargo, tal como apunta Philippe Gérad[116], el fenómeno jurisprudencial resulta en gran medida paradójico.

Por una parte, la jurisprudencia parece por completo integrada en las disposiciones jurídicas cuya significación interpreta, por lo que su función sería meramente declarativa, corriendo el riesgo de ser considerada como accesoria.

Por otra, el conocimiento preciso del Derecho requiere un estudio exhaustivo de la jurisprudencia, lo que lleva a afirmar que la jurisprudencia contribuye a fijar el alcance de las normas jurídicas que deben ser aplicadas.

Además, el concepto de jurisprudencia varía según se trate de sistemas de tradición anglosajona o *common law*, en donde el precedente judicial es la principal fuente del Derecho, y aquellos otros de Derecho continental o romano-germánico, en donde se discute a lo sumo si es tan solo cauce de definición del Derecho o, por el contrario, puede llegar a ser fuente de producción del Derecho.

114 **J. Castán Tobeñas**, "Derecho Civil Español, Común y Foral", Tomo I, Vol. I, Ed. 11ª. Reus S.A., Madrid, 1974, pág. 488.

115 **F. Clemente De Diego**, "La Jurisprudencia como Fuente del Derecho", Comares, Granada, 2016, pág. 35.

116 **P. Gérad**, en el Prólogo a "La Jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental", **M.J. Falcón y Tella**, Marcial Pons, Barcelona, 2010, pág. 10.

El origen de la diferencia entre ambos sistemas hay que buscarlo en el fenómeno de la Recepción del Derecho romano, especialmente de las obras de Justiniano (el Código, el Digesto y las Institutas), operada en los siglos XII y XIII en las Universidades del continente, así como en la labor de los glosadores y posglosadores y posteriormente de los pandectistas y que dieron lugar a la creación de una verdadera Dogmática Jurídica con un alto grado de sistematización y conceptualización.

Por el contrario, esta Recepción no tiene igual trascendencia en el Derecho Inglés, en donde el Derecho romano se circunscribe al ámbito académico de las Universidades, no llegando a influir en la formación del sistema jurídico anglosajón que encuentra su origen en las invasiones normandas del siglo XI y su evolución posterior, y que da lugar a la formación de un cuerpo jurídico ajeno al continental[117].

La principal divergencia radica en que mientras en los sistemas romano-germánicos la ley es la principal fuente del Derecho, en los anglosajones las decisiones de los jueces juegan un importante papel a través del precedente judicial, *case law*, con una trascendencia totalmente distinta a la jurisprudencia continental, ya que existe un Derecho derivado de los pronunciamientos judiciales.

En los primeros, se parte de una concepción racionalista, normativista y formalista, que a partir de fórmulas abstractas universales y empleando el método deductivo llega al caso concreto; mientras que en los sistemas anglosajones se asciende por inducción del caso particular al principio jurídico general, primando el método empírico.

Estas diferencias tan radicales no lo son tanto en la actualidad[118] por cuanto que, a partir del siglo XIX, en el mundo anglosajón ha ido cobrando pujanza

117 Sobre este tema, Vid. **E. Alcaraz Varó**, "El inglés jurídico, Textos y documentos", 6ª ed., Ariel, Barcelona, 2007.

118 Sobre la aproximación entre los sistemas de Derecho codificado y los de *case law*, Vid. **F.M. Calvo Vidal**, "La jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?", Lex Nova, Valladolid, 1992.

como fuente del Derecho penal la ley, dejando de ser predominantemente resultado de la actividad creadora de los Tribunales, aunque ello no empece a que la función interpretativa realizada por el *case law* siga teniendo una enorme trascendencia, tanto por lo que atañe a cuestiones referidas a la Parte General, v.gr. autoría y participación, como en ciertos delitos de la Parte Especial, fundamentalmente los delitos contra la vida e integridad de las personas.

Por su parte en el Derecho continental, sobre todo a partir del último tercio del siglo XX, aun cuando la ley siga siendo la única fuente del Derecho penal, no es menos cierto que la jurisprudencia ha ido adquiriendo un protagonismo y trascendencia desconocida hasta el momento.

Ahora bien, pese a este evidente acercamiento, la jurisprudencia en el continente sigue siendo conceptuada como un mecanismo de control de la uniformidad en la aplicación del Derecho, fundamentalmente a través de la casación, mientras que en los sistemas anglosajones el *cas law* se utiliza como técnica de argumentación jurídica[119].

2. ¿Cuál es el valor de la Jurisprudencia?

El artículo 1.6 del Código civil es claro y terminante ante esta cuestión al afirmar que "la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico…", y si del Derecho penal se trata nuestro ordenamiento aún lo es más.

En efecto, conforme al canon de la inmanencia, al emplear el Código civil el término "complementará" al referirse a la jurisprudencia, y no el de "completará", lleva a negar el carácter de fuente del Derecho a la misma, ya que el ordenamiento jurídico está completo sin la jurisprudencia, aunque se complemente con la actividad judicial cuando se produzca una vulneración del orden jurídico.

119 **L. Moral Soriano,** "El precedente judicial", Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 185.

A mayor abundamiento, al consagrar nuestra Constitución el principio de legalidad en su artículo 9.3, excluye cualquier posibilidad de creación libre del Derecho, y ello, pese a que algún autor afirme que si bien la jurisprudencia no es fuente formal y directa, al menos deba ser considerada como fuente indirecta y complementaria de la ley y, en todo caso, subordinada a ella, en cuanto que no puede o no debe proceder *contra legem*, sino a lo sumo *secundum legem* o *praeter legem*[120]; llegando otros a tildarla de fuente real o institucional a modo de autoridad principal[121].

La propia Ley Orgánica del Poder Judicial respeta la división de poderes como uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, aunque algún autor haya querido ver en su artículo 5 -que establece la interpretación de la ley conforme a los preceptos y principios constitucionales, el seguimiento y respeto de la doctrina constitucional y el recurso de casación por infracción de precepto constitucional- algo más[122].

Lo dicho hasta ahora, no empece a que, en la actualidad, como afirma Álvarez García[123], los Tribunales estén echando un pulso al Estado de Derecho -al legislativo especialmente, pero no sólo- por el dominio del Derecho penal, por la facultad de crear normas penales.

En este mismo sentido se pronuncia Aragón Reyes al afirmar que, hoy en día, el Poder Judicial se ha trasformado en un poder activo y decisorio y que el activismo judicial se desliza hacia un sistema en el que "la democracia de la ley" se encuentra indefectiblemente corregida por lo que él llama "la aristocracia de los jueces"[124], y ello por cuanto que los planteamientos alternativos, que invitan al juez a reajustar las reglas a la luz de los objetivos subyacentes o

120 **E. Lalaguna Domínguez**, "Valor de la jurisprudencia en la elaboración de la Ciencia del Derecho", en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, septiembre-octubre, 468, 1969, págs. 1217 y ss.

121 Vid. **J. Santos Briz,** "El Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior. Valor de la jurisprudencia", en Revista de Derecho Público, julio-diciembre 1981.

122 **M. Calvo Vidal**, "La jurisprudencia ¿Fuente del Derecho, ob. cit., pág. 217 y ss.

123 **F.J. Álvarez García**, "Reflexiones sobre el principio de legalidad", en Cuadernos de Derecho Judicial VII, Consejo General del Poder Judicial, 2006.

124 **M. Aragón Reyes**, "Estudios de Derecho Constitucional", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 172 y ss.

externos, ensanchan el margen de poder efectivo de los jueces en detrimento del legislador[125].

Pero, ¿cómo hemos llegado a esta situación?

La respuesta, lejos de ser sencilla, se nos presenta ardua y compleja, pues se entremezclan tanto razones dogmáticas como de índole ideológica.

Las dos grandes tradiciones jurídico-filosóficas de nuestro tiempo han sido el iusnaturalismo y el positivismo.

El iusnaturalismo es una corriente filosófica que hunde sus raíces en la antigua Grecia[126], pero que se sistematiza en la era moderna a partir de los siglos XVII y XVIII.

Para los iusnaturalistas el Derecho encuentra su razón de ser y su coerción en la propia bondad de su contenido, ya que los derechos naturales existen *per se*, al provenir de la propia naturaleza humana, independientemente de su formulación por el legislador, y por ello, al ser verdaderos, universales, inmutables y cognoscibles, son universalmente válidos y necesarios.

Consecuencia de lo anterior es que el Derecho positivo si no es conforme con el Derecho natural no sería propiamente Derecho, sino mera apariencia de Derecho o, si se prefiere, una corrupción del Derecho.

A lo largo de la historia, el iusnaturalismo fue evolucionando desde el iusnaturalismo teológico, de Santo Tomás[127] y San Agustín, hasta el

125 Vid. **V. Ferreres Comella**, "El imperio de la ley y sus enemigos", Revista Española de Derecho Constitucional, nº 87, 2009, págs. 413 a 426.

126 Baste recordar la disputa entre Sócrates y los Sofistas en orden al distingo entre la *phisis* (aquello que estaba dictado por la naturaleza) y la *thesis* (aquello que era convenido por los hombres), y que llevó al primero a acatar su sentencia de muerte por cicuta, pues como ciudadano se sentía obligado a cumplir la ley de la ciudad a pesar de que, en su caso, fuera injusta.

127 Vid. **F. Carpintero-Benítez**, "Sobre la Ley Natural en Santo Tomás de Aquino", DÍKAION 22-2, 2013, págs. 205 a 246.

iusnaturalismo racionalista de juristas como Grocio y Pufendorf[128], entrando en crisis en los inicios del siglo XIX para revitalizarse en cierto modo tras la II Guerra Mundial.

El principal problema de esta formulación radica, en palabras de Kelsen, en que parte de la falacia lógica consistente en inferir el "deber ser" (lo axiológico) del "ser" (lo ontológico); pues, aun apelando a un orden trascendente, no determina quién establece los contenidos de esos supuestos dictados por la naturaleza o la razón.

Por contra, el positivismo jurídico o iuspositivismo, abstrayéndose de valores que establezcan lo justo o injusto, al rechazar la existencia de un *súmmum bonum*, parte exclusivamente del poder del Estado para dar validez a aquello que fija con rango normativo; en definitiva, detrás de la ley no hay nada más que la voluntad soberana (*autoritas non veritas facit legem*)[129]. El Derecho no es sino un mandato, sus rasgos característicos son el formalismo y el imperativismo.

Solo es Derecho el Derecho positivo. Es una creación humana e histórica que debe caracterizarse según propiedades descriptivas, no valorativas, independientemente de su justicia o injusticia.

La principal crítica al positivismo reside en que su enunciado puede dar origen y justificación a regímenes autoritarios, como así ocurrió en el siglo pasado, aunque esta derivada también puede predicarse del iusnaturalismo.

Es más, autores como Radbruch, que inicialmente partían de concepciones iuspositivistas, tras los horrores del Tercer Reich mudaron a posiciones próximas al iusnaturalismo al admitir la existencia de un "Derecho supralegal" o "naturaleza de las cosas" que prevalece frente a aquellas normas positivas que devienen arbitrarias e injustas[130].

128 **Pufendorf** rompe definitivamente con la tradición escolástica acerca del Derecho Natural, gracias a sus obras "*De iure naturae et Gentium*" (1672) y *De oficio hominis et civis*" (1673).

129 Vid. **T. Hobbes**, Del ciudadano y Leviatán, Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2014.

130 Vid. **G. Radbruch**, "Arbitrariedad legal y derecho supralegal", Olejnik, Buenos Aires, 2019. Aquí el autor

Frente a estos dos grandes sistemas surgieron otros, algunos tan solo variaciones de los expuestos a grandes rasgos.

No es mi propósito analizarlos, siquiera de forma somera, pero si me detendré en dos corrientes que han alcanzado gran predicamento en la praxis del Derecho: el llamado "uso alternativo del Derecho" y el "neoconstitucionalismo".

La corriente llamada "uso alternativo del Derecho"[131] surge en el último cuarto del pasado siglo y es fruto principalmente del pensamiento de juristas italianos[132], situados ideológicamente a la izquierda del espectro político, que se posicionan frente a lo que entienden como realidades totalitarias y la instrumentalización del Derecho por las clases dominantes.

Hunde sus raíces en la perspectiva epistemológica del materialismo histórico y el reconocimiento de la función política del Derecho, al existir un íntimo vínculo entre las relaciones jurídicas y las económicas.

El poder, en palabras de Laso Prieto[133], se mueve hacia zonas inaccesibles al control jurídico y, por ello, los juristas se ven obligados a interrogarse sobre el valor de los instrumentos normativos que utilizan, siendo obligada la utilización de los instrumentos críticos marxistas.

Es más, siendo características del Derecho la generalidad y la ambigüedad, concluye, que las normas son susceptibles de interpretaciones diversas, cuando no contradictorias, que respondan a los criterios ideológicos del operador jurídico que no puede sustraerse de su componente subjetivo, al rechazar la posibilidad de una neutralidad política.

---

enuncia lo que ha venido a denominarse "la fórmula Radbruch", en virtud de la cual se puede negar la validez de las leyes tremendamente injustas; en definitiva, *lex injusta non est lex*.

131 Sobre la Teoría del uso alternativo del Derecho, Vid. **P. Barcellona** y **G. Coturri**, "El Estado y los juristas", Fontanella, Barcelona, 1976.; **E. Díaz García**, "Legalidad-Legitimidad en el Socialismo Democrático", Civitas, Madrid, 1978.

132 Congreso sobre el uso alternativo del Derecho, Catania (Sicilia) de mayo de 1972; Congreso de Técnicas jurídicas y desarrollo de la persona, Bari, 1973; Las jornadas Jurídicas de Bolonia, abril de 1975.

133 **J.M. Laso Prieto**, El Catobletas, Revista Crítica del Presente, núm. 67, Septiembre de 2007, & 23.

Desde esta perspectiva, en mi opinión, el intérprete del Derecho se posiciona por encima de la legalidad, arrogándose facultades que no le competen y que si bien podrían encontrar cierto predicamento "político" en otros momentos históricos, en un Estado de Derecho consolidado debe rechazarse de plano por cuanto que no solo vulnera el principio de legalidad sino que también lleva, irremisiblemente, a la inseguridad jurídica absoluta.

Por lo que atañe al "neoconstitucionalismo", es éste un término utilizado por primera vez en el "XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social" celebrado en Buenos Aires en 1997, aunque su origen hay que buscarlo en el proceso de constitucionalización que tras la II Guerra Mundial se opera en los países europeos y la jurisprudencia emanada de sus respectivos Tribunales Constitucionales.

La Constitución emerge como norma jurídica suprema y de aplicación directa, dirigida fundamentalmente a los Tribunales y particularmente al Constitucional, y ello por cuanto que en ella se recogen los derechos fundamentales en un conjunto de normas preceptivas y no meramente programáticas[134].

A ello hay que cohonestar la influencia que en el Derecho interno tienen los pronunciamientos de las Cortes supranacionales en materia de Derechos Humanos.

En esencia, el neoconstitucionalismo, superando el iuspositivismo[135], trata de infundir nuevamente un contenido moral al Derecho vinculándolo a los derechos humanos y ello, desde diversas perspectivas teóricas.

134 Sobre las condiciones para determinar la constitucionalización de un determinado sistema jurídico, Vid. **R. Guastini**, "La constitucionalización del ordenamiento italiano" en Estudios de teoría constitucional, IIJ-UNAM, Fontamara, México, 2001.

135 Para **Ch. Perelman**, los juicios de Núremberg certificaron el fin del positivismo. "Tratado de argumentación. La nueva retórica". Biblioteca Románica Hispánica, Gredos, Barcelona, 1994.

Se conceptúan los derechos humanos como "valores", aunque no se concreta qué deba entenderse por tales, y los principios constitucionales se insertan dentro de un sistema axiológico, pues el Derecho está formado por principios fundamentales que tienen su fuente en una moral objetiva expresada en la Constitución, atribuyendo, de esta suerte, al poder constituyente originario una cualidad distinta y superior a la de otros poderes normativos[136].

Se opera una transformación radical en la conceptuación de los Poderes del Estado, llegando a alcanzar el Judicial una preeminencia respecto de los demás.

Tan es así, que se ha llegado a afirmar que, si el siglo XIX fue el siglo del Poder Legislativo y el siglo XX el del Ejecutivo, el siglo XXI es el del Poder Judicial.

El papel de los jueces en el mundo del Derecho, superada la idea de la Ilustración en la que el juez era la boca de la ley, va más allá de la norma positiva, debiendo aunar la ley con la realidad social, y para ello se ha de valer de una metodología exegética que lleve a la aplicación más acorde con el ideal de justicia cuya búsqueda es, en definitiva, el fin del ordenamiento jurídico[137].

Todo ello rezuma un cierto elitismo epistemológico y ético judicial que parte de una consideración errónea y seráfica de la realidad pues, en esa interpretación creativa y dinámica de los preceptos constitucionales y de los Tratados internacionales relativos a los derechos humanos encomendada a los Tribunales, es dable vulnerar el principio de legalidad, cuando no incurrir en manifiesta arbitrariedad, produciéndose la paradoja, incluso la extravagancia, de que, mientras en nuestros días se produce un progresivo control de los poderes públicos, la discrecionalidad del judicial va en aumento[138].

136 **E. Aldunate Lizana**, "Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo", Revista de Derecho, Vol. XXIII, nº 1, Valdivia, julio 2010.

137 Sobre el "neoconstitucionalismo", Vid. **G. Zagrebelsky**, "El derecho dúctil. La Ley, derechos, justicia", Trad. de Marina Gascón, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2003.

138 Vid. **A. Santiago**, "Sistema jurídico, Teoría del Derecho y rol de los jueces: las novedades del Neoconstitucionalismo", Díkaion, año 22, núm. 17, Diciembre 2008.

La afirmación anterior trae causa de la pregunta esencial que constituye en nudo gordiano del neoconstitucionalismo: a la hora de justificar la decisión judicial, ¿el juez debe partir de su moral individual, con independencia de que se atenga a la moral positiva o, por el contrario, debe estar a resultas del discurso racional que se plasma en una moral crítica?

En efecto, dos son los riesgos a que aboca esta concepción: en primer lugar la aparición de los llamados "jueces estrella" que, olvidando su irrelevancia como sujeto empírico y su importancia como órgano jurídico de argumentación, deciden el Derecho a partir de su propia ideología, al margen de la norma positiva y con la pretendida justificación en valores acordes con el interés del momento, a lo que habría que unir la complacencia, cuando no el aliento y complicidad, de determinados medios de comunicación[139]; y, en segundo lugar, el hecho de que esa exégesis, que no deja de ser subjetiva, lleve a desvirtuar los valores pretendidamente invocados en aras de una justicia que se dice material y a la que acaban manchando.

Frente a estas teorías, -si el avezado lector aún no lo ha colegido-, he de proclamarme irremisiblemente legalista, pues partiendo de la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, éste constituye el armazón que garantiza nuestros derechos colectivos e individuales y su trasgresión, bienintencionada o no, nos lleva indefectiblemente a la arbitrariedad y a la inseguridad jurídica, retrotrayéndonos a estadios de la historia que creíamos superados.

En un Estado de Derecho no solo son necesarios "principios", además estos demandan "reglas", porque los presupuestos axiológicos requieren cauces por los que fluir.

139 En este sentido son lapidarias las palabras del juez norteamericano **F. Frankfurter** en 1956 "Si los jueces quieren ser predicadores, deberían dedicarse al púlpito; si pretenden ser primariamente configuradores de una política, el Parlamento es su lugar. Los jueces obstinados son los menos defendibles entre todos los que atacan al imperio del Derecho". Igualmente, **E. Couture** afirma que "del despotismo de los otros poderes del Estado queda siempre el recurso ante el Poder Judicial; en tanto que del despotismo del Poder Judicial no queda recurso alguno", en "Estudios de Derecho Procesal Civil". Tomo I, 2ª ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 92.

La Constitución, cualquier constitución, sin ese entramado normativo es como una catedral gótica sin arbotantes, y sin ellos, o prescindiendo de ellos, toda la bóveda colapsaría[140].

Ciertamente, la Constitución recoge los derechos y libertades fundamentales, nuestros derechos y libertades, pero estos se estructuran y desarrollan a través de las leyes elaboradas por las Cortes Generales que representan al pueblo español (artículo 66.1), único titular de la soberanía nacional de la que emanan los poderes del Estado (artículo 1.2); pues bien, si por mor de una interpretación, a veces forzada, invocando el carácter vinculante del texto constitucional, se tuerce el sentido de la ley, tanto el principio de legalidad como la seguridad jurídica, cuando no la propia democracia, quedan en entredicho.

Todo ello me lleva a la cuestión de la interpretación de la ley.

No voy a generalizar sobre los distintos criterios interpretativos elaborados en su día por Savigny –y plenamente vigentes-, ni en la dicotomía entre la *mens legis* y la *mens legislatoris*, ni siquiera en las diversas modalidades interpretativas –*secundum legem*, *praeter legem* y *contra legem*-, pero si quiero poner de relieve que a la hora de enfrentarnos a la tarea exegética, qué duda cabe que es el canon de la inmanencia o gramatical el primero al que debe acudir el intérprete, y es precisamente esa literalidad la que en ocasiones queda seriamente comprometida.

Como ejemplo de ello quiero traer a colación la atenuante de dilaciones indebidas[141], hoy recogida expresamente en nuestro Código penal en el artículo 21 nº 6 e introducida por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio.

140 Según Laporta, las Constituciones son adornos inútiles, si no existe un entramado de leyes que configuren el esqueleto del ordenamiento jurídico, afirmando que es hora de que abandonemos la explicable obsesión por la Constitución que nos ha presidido durante estos años y pasemos a ocuparnos de las leyes. **F. Laporta**, "El imperio de la ley", Trotta, Madrid, 2007, pág. 14.

141 Sobre esta atenuante, Vid. **A. Majón-Cabeza Olmeda**, "La atenuante analógica de dilaciones indebidas. Analogía e interpretación. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, Fábula Libros, Madrid, 2006.

Hasta esa fecha era desconocida en nuestro texto punitivo de 1995, empero, ello no fue óbice para que en la práctica jurisprudencial estuviera plenamente consolidada, y ello a través de la atenuante analógica.

En efecto, el Código penal, como última circunstancia de atenuación de la responsabilidad penal, recogía y recoge "cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores", y quiero hacer hincapié en las dos últimas palabras de la oración, "las anteriores" ; en definitiva, la atenuante analógica solo es dable cuando la circunstancia *ex novo* presenta una similitud o referencia con las que expresamente se enunciaban previamente (eximentes incompletas, grave adicción a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas.., arrebato, obcecación o estado pasional, confesión del culpable, y reparación del daño).

Pues bien, la pregunta -y no pretendo que sea retórica- es: ¿qué similitud presentaba respecto de las anteriores la de dilaciones indebidas?

Nunca lo entendí, probablemente por ser un arcano más allá de mis mermadas capacidades intelectivas, y eso que sesudos juristas[142] no solo la asumieron sino que, con razonamientos inescrutables, la fundamentaron y, en definitiva, devino como un axioma en la práctica diaria del que con la toga sobre los hombros trata de hacer justicia, y utilizo el término "axioma" conforme a su definición por la RAE, esto es, "proposición o enunciado tan evidente que se considera que no requiere demostración".

A fuer de evidenciar mis miserias, tal apotegma me pareció desde su aparición una quiebra burda e insoportable del principio de legalidad y he de confesar que, con humildad intelectual, leí lo que sobre dicha circunstancia se escribía.

142 **P. Otero González,** en "La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995", Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 35 y ss., viene a afirmar que para algunos autores las atenuantes están desvinculadas del delito, son factores de medición de la pena y participan de la misma naturaleza de las eximentes incompletas, por lo que tanto unas como otras participan de la misma naturaleza adscrita a la teoría de la pena sobre consideraciones de política criminal, o de pura utilidad social, discrepando, empero, la autora de tal posicionamiento.

Se invocaba el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 ("Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída...dentro de un plazo razonable"), y las sentencias que al respecto habían pronunciado tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[143] como nuestro Tribunal Constitucional a partir del artículo 24.2 de nuestra Constitución ("Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia").

Entonces, ¿dónde se encontraba su análoga relación con las anteriores circunstancias atenuantes descritas en el precepto?, y ¿le era dable al operador jurídico prescindir del sentido literal del precepto y acudir *per saltum* a tratados internacionales o a la propia Constitución?

Ciertamente, la interpretación era a todas luces *contra legem* y la contorsión del principio de legalidad era fruto de un cierto activismo judicial amparado en el neoconstitucionalismo.

Se invocaba para ello el artículo 10.2 de nuestra *norma normarum* ("Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"), pero aun así se vulneraba la literalidad del precepto punitivo.

143 Sobre esta materia, Vid. **J. Hernández García**, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a un proceso penal equitativo" Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH, Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, y **E. García-Maltrás de Blas**: "Dilaciones indebidas y duración de los procesos en el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: del tiempo razonable al tiempo óptimo y previsible", Revista electrónica http:www.indret.com, Abril de 2007.

La primera sentencia, al menos que yo tenga constancia, en la que se plasma esta circunstancia por analogía, es la dictada por la Audiencia Provincial de Bilbao de fecha 22 de febrero de 1989, de la que fue ponente el magistrado Juan Antonio Belloch Julbe. En ella se admite la inejecución de la pena impuesta al acusado que, en el momento de la comisión de los hechos, un robo con fuerza, padecía drogadicción y cuya autoría reconocía *ab initio*, más que, por una defectuosa actuación de la Administración de Justicia, fue enjuiciado y condenado tardíamente, incluso en ese lapso temporal se había sometido a tratamiento de desintoxicación; pues bien, frente a la literalidad de la ley, se hizo prevalecer el derecho al proceso sin dilaciones indebidas.

La siguiente cuestión viene de suyo: ¿por qué no se acudió por el Tribunal o por el Fiscal al expediente del indulto invocando la vetusta y aún vigente ley de 18 de junio de 1870, concretamente su artículo 20? y, por otra parte, si hubo un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, ¿se exigió responsabilidades disciplinarias o, incluso, penales, a sus responsables (artículos 405 y siguientes y 411 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial)?, ¿no hubiera sido posible reclamar al Estado una indemnización por una inacción de uno de sus poderes (artículos 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)?.

Espero que el amable lector se responda estas cuestiones.

El Tribunal Constitucional llegó a afirmar que la dilación indebida del proceso no puede traducirse en la inejecución de la sentencia con la que éste haya finalizado ni tampoco... la responsabilidad criminal ha de quedar alterada por la vía de aplicación de atenuantes o eximentes por el hecho de eventuales dilaciones. Constatada judicialmente la comisión de un hecho delictivo y declarada la consiguiente responsabilidad criminal de su autor, el mayor o menor retraso en la conclusión del proceso no afecta en modo alguno a ninguno de los extremos en los que la condena se ha fundamentado, ni perjudica a la realidad de la comisión del delito ni a las circunstancias determinantes de la responsabilidad criminal. Dada la desconexión entre las dilaciones indebidas y

la realidad del ilícito y de la responsabilidad, no cabe pues extraer de aquéllas unas consecuencias sobre ésta, ni, desde luego, hacer derivar de las dilaciones la inejecución de la sentencia condenatoria dictada. Si el órgano judicial estima que su ejecución puede producir efectos indeseados de cualquier género, el ordenamiento prevé a estos fines mecanismos como el del indulto, apropiado, como se ha dicho antes, para, sin desvirtuar su obligación constitucional de ejecutar lo juzgado y sin desnaturalizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, obtener de una manera jurídicamente correcta el fin de la ejecución de la condena[144].

Por su parte el Tribunal Supremo, a través de los Acuerdos de Pleno de la Sala Penal, a los que posteriormente dedicaré una reflexión personal, se pronunció sobre la posibilidad de aplicar las dilaciones indebidas como atenuante analógica antes de su incorporación expresa al Código penal.

Así, el Acuerdo de 2 de octubre de 1992 estableció que las dilaciones indebidas sirven de fundamento para solicitar la concesión de un indulto y la indemnización correspondiente por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, pero no prosperó la opinión minoritaria en ese momento de considerarla una atenuante analógica.

Con la entrada en vigor del Código penal de 1995, siendo ya Ministro de Justicia el propio Juan Antonio Belloch Julbe, en el nuevo artículo 21 referido a las circunstancia atenuantes de la responsabilidad criminal no se regulaba de forma expresa la de dilaciones indebidas.

Así, y siguiendo el razonamiento anterior, el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1997 mantuvo su negativa a admitirla como atenuante analógica.

Empero, en el Acuerdo de 25 de enero de 1999, el Tribunal Supremo cambió el criterio mayoritario hasta entonces admitiéndose, finalmente, como

144 STC 10/1997, de 14 de enero.

circunstancia analógica la de dilaciones indebidas, siendo tres los argumentos que llevaron al Pleno a tal escenario: en primer lugar, que en caso contrario se vulneraría el principio se separación de poderes, ya que el indulto es competencia del Ministerio de Justicia y debe ser el órgano de enjuiciamiento el que restablezca, en su caso, el derecho fundamental lesionado; en segundo lugar, que, de no ser así, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva; y, finalmente, que siendo la concesión del indulto una potestad discrecional del ejecutivo, quebraría el principio elemental de la seguridad jurídica.

Todos estos argumentos me parecen encomiables desde una perspectiva dialéctica, más, ¿salvaban el escollo del principio de legalidad?

De nuevo ruego al lector, si aún lo tengo, que se pronuncie interiormente. Yo, por mi parte, creo que se vulneraba flagrantemente y con la aquiescencia, cuando no complacencia, del resto de los operadores jurídicos, independientemente de la bondad perseguida.

Ítem más, si vamos al Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, concretamente en el II, leemos: "En materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. Se exige para su apreciación que el retraso en la tramitación tenga carácter extraordinario, que no guarde proporción con la complejidad de la causa y que no sea atribuible a la conducta del propio imputado. De esta manera se recogen los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía".

Dicha oración es suficientemente clarificadora: solo a partir de ese momento la circunstancia de dilaciones indebidas adquiere "carta de naturaleza legal" (se cumplimenta y salvaguarda el principio de legalidad) y por tanto, hasta entonces, era una construcción jurisprudencial y que suponía en mi opinión una manifestación de "libre creación del Derecho" contraria al principio de legalidad, convirtiéndola en una clausula general de individualización de la pena.

Una segunda cuestión conflictiva, también suscitada por el Tribunal Supremo a la hora de interpretar la ley, gira en torno a lo que en definitiva vino a denominarse "la Doctrina Parot"[145], referida a la retroactividad de cambios jurisprudenciales desfavorables para el reo.

Como el lector recordará, Henri Parot fue un miembro de ETA integrado en el llamado comando itinerante "Argala" y que, detenido en 1990, fue juzgado por 82 asesinatos y condenado en 26 sentencias a penas que sumaban casi 4.800 años, huelga decir que conforme el Texto Refundido de 1973 vigente a la comisión de los hechos y que, a diferencia del Código penal de 1995, contemplaba la redención de penas por el trabajo (artículo 100) y que implicaba la refundición de todas las codenas impuestas en una pena *ex novo* (acumulación jurídica) que no podía superar el límite de 30 años (artículo 70 regla 2ª) [146].

Limitación que fue asumida por el Código penal de 1995 en su redacción originaria, artículo 76, y que llevaba al absurdo de que en caso de crímenes múltiples el reo resultaba insultantemente favorecido, al menos desde la perspectiva de las víctimas y, ¿por qué no decirlo?, para la propia sociedad que no entendía que sentenciados a cientos de años, por mor de la acumulación jurídica, resultaban con un efectivo cumplimiento tan limitado, aunque esta realidad se encontrara presente, y de forma pacífica, en nuestra legislación y doctrina desde nuestro texto punitivo de 1870, hasta que varió tras la reforma operada en el Código hoy vigente por la Ley orgánica 7/2003, de 30 de junio, intitulada, para que no cupiera duda alguna, *urbi et orbi*, "de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas".

Pero, ¿a qué se debe este cambio en nuestra más que centenaria tradición legislativa?

145 Sobre este tema, Vid. la magnífica monografía de **J. Muñoz Clares**, "Doctrina Parot. El Estado y sus enemigos", Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2014.

146 Sobre la aplicación de la regla 2ª del artículo 70, posteriormente artículo 76, Vid. **E. Cuello Calón**, "Derecho Penal" Tomo I, 13ª ed., Bosch, Barcelona, 1960, pág. 640.

La respuesta la encontramos en el renacimiento de la retribución como fin primordial de la pena y la doctrina de la "lucha contra la impunidad", que tiende a dar satisfacción a la víctima y a introducirla como coprotagonista en el drama del proceso penal[147].

Si tras la II Guerra Mundial la fundamentación deontológica de la pena había perdido virtualidad, cobrando pujanza la prevención general negativa y la resocialización[148], en el nuevo milenio se produce una regresión que entronca con la teoría de la retribución moral de Kant para el que, partiendo del libre albedrío del ser humano, cuando éste decide actuar en contra del Derecho, se convierte en culpable y digno de una pena[149].

Esta evolución se ve palmariamente en autores que, como Jakobs, partiendo de la pena como mecanismo simbólico de influencia en los miembros de la sociedad, se desliza hacia posturas retribucionistas, siendo la pena un medio para confirmar la identidad normativa de la sociedad, para, finalmente, llegar a una teoría que alejándose de toda abstracción toma contacto con la realidad social, buscando la inocuización del delincuente, su neutralización como sujeto peligroso, entroncando con el positivismo criminológico, surgiendo así el llamado "Derecho penal del enemigo"[150] que se construye a partir del concepto de prevención general positiva.

En este mismo sentido se manifiesta Pawlik, al vincular la teoría del Estado y la teoría de la pena con el concepto de libertad supeditado al Derecho.

Quien lesiona un bien jurídico lesiona el ordenamiento estatal que se restablece merced a la imposición de una pena, y he aquí la legitimación de

147 Y esto sucede no solo en los Derechos internos, sino también en el Derecho Penal Internacional; sobre este tema, Vid. **A. Gil Gil**, "Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena", en Indret, octubre de 2016 http://www.indret.com/pdf/1254.pdf, pág. 3.

148 Vid. **C. Roxin**, "Sentido y límites de la pena estatal", en Problemas básicos de Derecho penal, Madrid, 1976.

149 **I. Kant**, "La metafísica de las costumbres", traducción y notas de Adela Cortina y Jesús Canal Sancho, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 168.

150 Vid. **G. Jakobs y M. Cancio Meliá**, "Derecho penal del enemigo", Civitas, Madrid, 2006.

esta, en definitiva, la retribución del hecho injusto y el restablecimiento del orden jurídico conculcado[151].

Pues bien, nuestra sociedad no ha sido ajena a esta evolución (involución, quizás) y el *ius puniendi* y su aplicación se han visto arrastrados a esta nueva realidad, siendo una de las causas del continuo endurecimiento de las penas y su ejecución.

Y es precisamente en este contexto donde surge la "Doctrina Parot".

Tras ser condenado por la Audiencia Nacional, la representación jurídica de Henri Parot solicitó la aplicación del artículo 70 regla 2ª del Texto Refundido de 1973, en definitiva, la acumulación jurídica de todas las penas impuestas, en la inteligencia de que el Tribunal sentenciador encargado de efectuarla seguiría la estela inveterada hasta ese momento; y ello por cuanto que convergían todos los requisitos exigidos legalmente y, en concreto, que todas las causas hubieran podido ser juzgadas en un mismo procedimiento.

Sin embargo, la Audiencia, en su Auto de 26 de abril de 2005, acudió a un ardid jurídico consistente en diseccionar temporalmente la trayectoria criminal del reo, fragmentándola en dos etapas bien delimitadas con la consecuencia de que, en definitiva, la limitación de los 30 años debería aplicarse a cada una de las dos penas *ex novo* surgidas de esa imaginativa solución.

Lógicamente, consecuencia de tal decisión era que el reo permanecería en prisión hasta el cumplimiento sucesivo de ambas penas (en román paladino, 60 años que, tras las redenciones de penas por el trabajo, implicaban el cumplimiento efectivo de 40 de prisión, frente a los 20 previstos).

Tal decisión llevó al interesado a recurrir en casación por infracción de ley conforme al artículo 849.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal, invocando

151 Vid. **M. Pawlik**, "Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades", Atelier, Barcelona, 2016.

la vulneración de los preceptos constitucionales 9.3 (legalidad y seguridad jurídica), 14 (igualdad) y 25.2 (legalidad penal), encontrando, ahora sí, la adhesión del Ministerio Fiscal[152], dándole finalmente la razón el Tribunal Supremo en su sentencia 197/2006 de 28 de febrero, que anulaba la artificiosa fragmentación de la trayectoria criminal del recurrente, al carecer de cualquier fundamento y no tener anclaje en la ley (artículo 70.2ª del Código penal, Texto Refundido de 1973), ni en la jurisprudencia del mismo Tribunal.

Sin embargo, el Alto Tribunal, después de proclamar que la reinserción social no es una finalidad absoluta de las penas privativas de libertad, sino una orientación armonizable con otras finalidades de la pena, añade que no cabe renunciar sin más a la prevención general, dentro de los límites compatibles con el principio de proporcionalidad, ni tampoco a la prevención especial frente al propio sujeto que exterioriza una comprobada tendencia al delito.

A partir de aquí concluye, apartándose del criterio jurisprudencial mantenido hasta ese momento, que el límite de 30 años aplicable al recurrente no es una nueva pena, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario, y mantiene que el recurrente deberá cumplir las penas que se le impusieron de forma sucesiva, computándosele los beneficios penitenciarios respecto de cada una de ellas individualmente, con un máximo de ejecución de 30 años.

Esta sentencia fue objeto de un voto particular firmado por tres magistrados[153], y que simplemente reconducía la cuestión al criterio jurisprudencial anterior; es decir, que una vez producida la acumulación jurídica el resultado era una nueva pena de la misma naturaleza y que los beneficios penitenciarios deberían aplicársele a ella, independientemente de que el cumplimiento efectivo resultara escandalosamente breve.

152 El Fiscal de la Audiencia Nacional, por el contrario, se acomodó al criterio de la Sala en orden al fraccionamiento de la trayectoria delictiva del reo.

153 Los Excmos. Sres. Marín Pallín, Giménez García y Andrés Ibáñez.

Henri Parot recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional y, tras cuatro años desde su interposición, su demanda fue finalmente inadmitida por una cuestión meramente formal, al no haber interpuesto el hasta ese momento preceptivo recurso extraordinario de nulidad de actuaciones.

La novedosa y sorprendente decisión sentó plaza en nuestros tribunales, por lo que algunos de los que se vieron por ella perjudicados recurrieron ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en concreto Inés del Río Prada, también miembro de la banda terrorista ETA, perteneciente al "comando Madrid", y que había sido condenada por la Justicia española a más de 3.800 años por su participación en veinticuatro asesinatos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó sentencia en fecha 10 de julio de 2012, en la que, por unanimidad, condenaba al Reino de España por la aplicación retroactiva de un cambio jurisprudencial relativo a la acumulación jurídica de las penas, por las mismas razones contenidas en el voto particular discrepante de la sentencia del Tribunal Supremo respecto de Henri Parot y cuyos razonamientos asume.

El Gobierno español recurrió ante la Gran Sala, y esta dictó sentencia el 21 de octubre de 2013.

En síntesis, la resolución venía a proclamar que la "Doctrina Parot no era sino una forma espuria de aplicar retroactivamente, y a través de un cambio de criterio jurisprudencial, las modificaciones introducidas en el Código penal por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, quebrantando, en consecuencia, el principio de legalidad, artículo 7, y el de libertad, artículo 5.1, ambos del Convenio Europeo de Derechos Humanos[154].

El Tribunal considera que la aplicación a la demandante de la nueva jurisprudencia retrasó de manera efectiva la fecha de su puesta en libertad, por lo que cumplió un periodo de prisión superior a aquél que habría cumplido de

154 BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999.

acuerdo con la legislación en vigor en el momento de su condena, tomando en cuenta las reducciones de condena, por lo que estableció la urgente necesidad de poner punto final a las infracciones del Convenio y el único remedio posible era la puesta en libertad de la demandante en el plazo más breve.

Y esto no solo ha sucedido en el ámbito de la jurisdicción penal, también en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dicta sentencia de 26 de mayo de 2020 en la demanda nº 48297/15, Gil Sanjuán versus España.

En síntesis, la demandante presentó en 2010 un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional sobre un deslinde efectuado en base a la Ley de costas de 1988, sobre un terreno en la playa, fallando en su contra el Tribunal. A continuación, y no habiéndose aquietado, presentó un escrito de preparación como requisito previo a la interposición del recurso de casación ante el Tribunal Supremo, tal como prevé la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. El Tribunal Supremo en octubre de 2011 informó a la demandante de los posibles motivos de inadmisibilidad en el escrito de preparación al no hacer referencia a los motivos del recurso ni a las normas legales o jurisprudenciales correspondientes que supuestamente se habían infringido, concediéndole 10 días para subsanarlo. Aunque la demandante se ratificó en su correcta presentación, el Tribunal Supremo declaró el recurso inadmisible por defectuosa preparación con referencia a la Ley 29/1998, antes citada, alegando que se requiere una mayor concreción de las específicas normas y jurisprudencia que se consideran infringidas cuando se recurren resoluciones que provienen de Tribunales contencioso-administrativos, así como en los recursos presentados contra sentencias dictadas por la Audiencia Nacional. En abril de 2011, la demandante presentó un incidente de nulidad, alegando la vulneración de su derecho a un juicio justo, ya que en su opinión el Tribunal Supremo había aplicado con carácter retroactivo una nueva interpretación de un requisito de procedimiento. El Tribunal Supremo desestimó dicho incidente de nulidad. En

2015 el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo interpuesto por la demandante, si bien contó con dos votos particulares favorables a su estimación.

Basándose en el artículo 6. 1 (derecho a un proceso equitativo), la demandante interpuso demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando, en su opinión, la aplicación retroactiva de una nueva interpretación por el Tribunal Supremo de los requisitos procesales para interponer un recurso de casación sobre cuestiones de derecho, y que no tuvo la oportunidad de subsanar las posibles deficiencias. En su sentencia el TEDH condena a España por considerar vulnerado el art. 6.1 del Convenio, como consecuencia de la interpretación excesivamente formalista del Tribunal Supremo al inadmitir el recurso de casación, aplicando de forma retroactiva los nuevos criterios de admisibilidad derivados de la interpretación de la nueva normativa procesal reguladora del derecho de casación. De igual modo, el Tribunal Europeo considera que los términos de la ley no abonaban la interpretación del Supremo de forma absolutamente predecible.

3. Los Acuerdos o Plenos no jurisdiccionales de la Sala Penal del Tribunal Supremo

El artículo 123 de la Constitución española proclama que: "El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales".

Una de sus funciones más importantes, derivada del artículo 1.6 del Código civil, es la de unificación de doctrina, y ello en dos planos: en el descendente, aunando los criterios interpretativos para que sirvan de guía a los Tribunales inferiores, y en el horizontal, al tratar que todas las Secciones de cada Sala mantengan idéntica respuesta jurídica ante iguales situaciones.

Como ya he analizado anteriormente, esta labor, empero, no convierte a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en "Fuente del Derecho".

En palabras de De Castro, el Poder Judicial y la jurisprudencia se sitúan en lo que denomina "Pretendidas Fuentes del Derecho", frente a las "Fuentes de Derecho reconocidas".

Y considera que la sentencia es la más clara muestra de la realización social del Derecho, siendo un caso típico de transformación de lo abstracto a lo real, pues partiendo de la Ley su decisión crea una nueva realidad (concreción jurídica) [155].

Ahora bien, no se puede negar el importante valor de la Jurisprudencia que, sin ser Fuente del Derecho, tiene un trascendente papel en la aplicación de las normas, pues a su través se interpretan las normas y se unifican criterios que sirven de guía a los Tribunales inferiores.

Y es en este contexto donde surgen los Acuerdos Plenarios no Jurisdiccionales del Tribunal Supremo.

Su engarce legal hay que buscarlo en el artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece:

"1. Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales, especialmente en los casos en que los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala o Tribunal sostuvieren en sus resoluciones diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales. A esos efectos, el Presidente de la Sala o Tribunal respectivo, por sí o a petición mayoritaria de sus miembros, convocará Pleno jurisdiccional para que conozca de uno o varios de dichos asuntos al objeto de unificar el criterio.

155 **F. De Castro y Bravo**, "Derecho civil de España", Civitas, Madrid, 1984, pág. 333 y ss.

2. Formarán parte de este Pleno todos los Magistrados de la Sala correspondiente que por reparto conozcan de la materia en la que la discrepancia se hubiera puesto de manifiesto.

3. En todo caso, quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan, si bien deberán motivar las razones por las que se aparten del criterio acordado."[156]

La redacción actual de este artículo se debe a la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1085, de 1 de julio, del Poder Judicial, en cuya Exposición de Motivos se hace constar que: "Los ciudadanos siguen percibiendo como un síntoma de falta de seguridad jurídica la existencia de resoluciones diversas sobre una misma materia. Por ello, en el texto se ahonda en la necesidad de evitar resoluciones contradictorias entre Secciones de un mismo órgano judicial que conducen a una falta de predictibilidad de los pronunciamientos judiciales, lo que, en último término, se proyecta sobre el grado de seguridad jurídica de nuestro ordenamiento. Para ello, se introducen modificaciones en la regulación de los Plenos Jurisdiccionales para unificación de criterio previendo, por un lado, que formen parte de éstos los Magistrados que conozcan de la materia sobre la que existe la discrepancia y, por otro, que las Secciones deban motivar las razones por las que se apartan del criterio acordado en uno de estos Plenos".

Pero, ¿cuándo adquieren los Plenos No Jurisdiccionales de Tribunal Supremo verdadera carta de naturaleza en la práctica?

A este respecto, Íñigo Corroza y Ruiz de Erenchun hablan de un creciente proceso de institucionalización en el que distinguen tres etapas.

156 En su redacción originaria decía:

"1. Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales. Las reuniones se convocarán por el Presidente de la Sala, por si, a petición mayoritaria de los Magistrados, así como en los demás casos que establezca la Ley. Serán presididos por el Presidente de Sala.

2. En todo caso quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan".

La primera se caracteriza por una ausencia total de tales acuerdos, y que comprende el periodo de 1985 a 1991; una segunda, a partir de ese año y hasta el año 2000, en el que se adoptan Acuerdos pero no se les brinda publicidad; y, finalmente, una tercera en la que se les dota de publicidad extra muros, publicándose en la página web del Consejo General del Poder Judicial[157].

Otra cuestión es dilucidar la naturaleza jurídica de estos acuerdos, a lo que solo se puede responder tras un análisis comparativo.

Siguiendo a los autores anteriores, obviamente, no son ley al no emanar del Poder Legislativo, no revestir la forma de ley, ni tener los mismos efectos que ésta, y ello pese a que hay voces discrepantes, como De Vicente Martínez,[158] que sostienen que en la actualidad asistimos a una cierta tendencia a la desformalización, a un debilitamiento del principio de legalidad provocado por la frecuente utilización de leyes indeterminadas que dejan, como ya vimos en su momento, en manos del juez la solución final.

No suponen creación de Derecho, se limitan a interpretar la ley o, como señala Larenz, a desarrollar el Derecho[159], pues interpretación de la ley y desarrollo del Derecho no son sino distintos grados del mismo proceso de pensamiento, utilizando el mismo método de subsunción que para elaborar una sentencia.

Tampoco son un criterio interpretativo *ex novo*, distinto a los contenidos en el artículo 3.1 del Código civil, pero qué duda cabe, que a través de ellos el Tribunal conforma una línea a seguir en la interpretación de las cuestiones sobre las que versan.

157 **E. Íñigo Corroza** y **E. Ruiz de Erenchun Arteche**, "Los Acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: Naturaleza y contenido (1991-2007)", Atelier, Barcelona, 2007, págs. 95 y ss.

158 **R. De Vicente Martínez**, "Sobre el difícil arte de legislar en materia penal", La Ley, nº 6150, 2004, págs. 1614 y 1615.

159 **K. Larenz**, "Metodología de la ciencia del Derecho", Ariel, Barcelona, 1994, pág. 359.

No son jurisprudencia, ya que el Tribunal no los emite en el ejercicio de la jurisdicción, de ahí su denominación como "Plenos no jurisdiccionales"; es más, no se pronuncian en relación a un caso concreto, sino con carácter general para una cuestión común que pueda resultar controvertida y sobre la que se pretenda posicionar de futuro.

Su única misión es contribuir a la unificación de criterios y, en consecuencia, responder a las exigencias de igualdad, seguridad jurídica en la aplicación de la ley y unidad jurisdiccional, y ello, en palabras de Saavedra Ruiz, tanto desde el punto de vista interno evitando contradicciones en el propio Tribunal Supremo, como externo, en relación con el resto de los Tribunales penales que integran nuestra organización judicial[160].

Ahora bien, estos Acuerdos han suscitado la crítica de un sector doctrinal. Así Queralt[161] los considera una anomalía; García-Pablos[162] ve en ellos el peligro de que esta fórmula extrajurisdiccional y consensuada lleve a un modelo dirigista, piramidal y abreviado de creación de doctrina consolidada en detrimento de la evolución natural y espontánea y el dinamismo de la jurisprudencia; De la Oliva[163], por su parte, habla de una tendencia a una "hibridación confusa", pues de admitirse su carácter vinculante se abandonaría nuestro sistema actual para emparentar con el sistema jurídico anglosajón; finalmente, y de forma más acerada, Muñoz Clares[164], tras discutir sobre su naturaleza jurídica, se pronuncia sobre su carácter ilegal, y hace hincapié en que los mismos carecen de motivación, suponiendo un peligro tanto para el principio de legalidad como para la seguridad jurídica, al situarse el Tribunal Supremo por encima de la propia ley.

160 **J. Saavedra Ruiz**, "Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo", Ponencia presentada en el Curso "Jurisprudencia penal (2005-2007): análisis crítico", Plan estatal de Formación del Consejo General del Poder Judicial, 2007.

161 **J.J. Queralt Jiménez**, "El Derecho a la legalidad penal y los acuerdos no jurisdiccionales". Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Edisofer, Madrid, 2008, pág. 622.

162 **A. García-Pablos de Molina**, "Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial y los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo", en Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pág. 805 y ss.

163 **A. De la Oliva Santos**, "Gobierno del Poder Judicial y valor de la jurisprudencia: un intento de dos cambios sustanciales" en Tribunales de Justicia, Revista española de Derecho Procesal, nº 10, octubre 2002, pág. 7.

164 **J. Muñoz Clares**, "Los llamados acuerdos de pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo", Revista General de Derecho Penal, nº 16, 2011, págs. 1 a 16.

De forma más moderada, Martínez Francisco[165], tras destacar la utilidad práctica de los mismos, sobre todo en los casos de inexistencia de jurisprudencia previa, apunta que no bastan por si mismos para modificar nuestro sistema de fuentes, pues para ello sería preciso modificar el artículo 117 de la Constitución que somete al Juez al imperio de la Ley.

Y es precisamente este valladar constitucional el que, en mi opinión, hace inviable la pretensión de que los mismos tengan carácter vinculante, de ahí que no se haya producido la modificación que en su día se pretendió del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que añadía el siguiente párrafo: "Los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes y reglamentos de acuerdo con la interpretación uniforme y reiterada que de los mismos haya realizado el Tribunal Supremo".

Además iría en contra del artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que proclama que:

"1. En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial.

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".

165 **N. Martínez Francisco**, "Los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo", Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 165 y 166.

Y asimismo, vulneraría el artículo 13 de la misma Ley Orgánica, que establece el siguiente mandato:

"Todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados"[166].

Surge, entonces, la siguiente cuestión: ¿cuál es el verdadero alcance de estos Acuerdos de Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo?, o dicho en otros términos, ¿tienen efectivamente fuerza vinculante o, por el contrario, suponen tan solo la plasmación de un criterio orientativo?, y de tenerla, ¿intramuros del propio Tribunal o, también, extramuros?

A este respecto se observa una evolución en el seno del propio Tribunal Supremo.

El primer pronunciamiento contrario a su fuerza vinculante lo encontramos en la STS 443/ 1997, de 22 de marzo[167] en la que, tras destacarse que nada tienen que ver con la previsión del artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se mantiene que, pese a su importancia *ad intra*, carecen de todo valor jurisprudencial directo.

Y en este mismo sentido se pronuncia la propia Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 8 de mayo de 1997 al decir que:

"Las reuniones de la Junta General autorizadas por el artículo 246 de la Ley Orgánica del Poder Judicial constituyen un buen procedimiento para alcanzar la necesaria unificación de doctrina en la aplicación del ordenamiento jurídico. Podrán suscitarse las cuestiones penales sustantivas o también cuestiones

166 Paralelamente, se pretendía también modificar este artículo 13 para adecuarlo a la nueva redacción que se quería dar al artículo 5, añadiendo en un segundo párrafo que: "La independencia de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales se ejercerá dentro de los límites de su vinculación al ordenamiento jurídico y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 5 de esta Ley".

167 A propósito de un Acuerdo de 17 de mayo de 1994.

procesales que surjan como consecuencia de cambios legislativos o que no hayan sido resueltas de modo consolidado por la Sala o respecto a las que hayan surgido criterios distintos a los hasta ahora existentes. Tales cuestiones podrán plantearse con motivo de la deliberación de un determinado asunto, debiendo en tal caso decidir la Sala o sección deliberante la procedencia de suspender el fallo hasta el debate por el Pleno de la doctrina que deba adoptarse. En cuanto a la vinculación de los Magistrados de la Sala a los acuerdos adoptados sobre unificación de doctrina en las Juntas Generales del artículo 264 de la LOPJ se llega a la conclusión de que, aunque no siendo jurídicamente vinculantes, los acuerdos deben ser respetados, en aras del bien que debe prevalecer, que es la estabilidad y uniformidad de la doctrina jurisprudencial."

Criterio que vuelve a aparecer en la STS 954/2000, de 28 de junio, a propósito del Acuerdo de la sala general de 26 de mayo de 2004, al señalar que: "Estos acuerdos plenarios no son jurisdiccionales ni crean jurisprudencia pero constituyen su normal y lógico antecedente y sus criterios interpretativos se van convirtiendo, sucesivamente, en doctrina jurisprudencial."

Y también en la STS 1224/2004, de 15 de diciembre, que resuelve un recurso de casación en el que el recurrente alegaba vulneración de la tutela judicial efectiva al haberse infringido el Acuerdo del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001 y en la que literalmente se dice, respecto del Acuerdo invocado, que: no es "un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la Ley Penal", como exige el cauce del art. 849.1º LECrim y que tales acuerdos "no pasan de ser reuniones o juntas de los Magistrados de la sala para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales, en conformidad con lo que se dispone en el art. 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, acuerdos que no son jurídicamente vinculantes, por lo que difícilmente puede alegarse su infracción como vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva…"

Sin embargo, el Tribunal Supremo da un "giro copernicano", a lo que hasta el momento había mantenido de forma inveterada, con el Acuerdo del

Pleno no Jurisdiccional de 18 de julio de 2006[168], en el que, a propósito de la Independencia judicial, juez natural y proceso debido, literalmente se dice que: "Los acuerdos de la Sala General (Pleno no jurisdiccional) son vinculantes", y ello, como no podía ser de otro modo dada la naturaleza de estos Acuerdo, sin motivación alguna y contraviniendo los preceptos antes aludidos, tanto de la Constitución como de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Este acuerdo ha sido duramente criticado por la doctrina, censura a la que me sumo como ya he indicado anteriormente, bastando citar a Majón-Cabeza que, con un brillante juego de palabras, afirma que al no tener fuerza para obligar, no pueden obligar a obligar[169].

Ello, empero, no ha impedido que los órganos jurisdiccionales de rango inferior hayan efectuado un cierto "seguidismo" de lo acordado en tales Plenos no Jurisdiccionales, siendo utilizados como si de doctrina jurisprudencial se tratara, y ello pese a adolecer de cualquier motivación o razonamiento jurídico (y a veces contradictorios con otros anteriores), siendo asumidos como axiomas o apotegmas incontestables, se esté de acuerdo o no con los mismos, abandonando la técnica de argumentación jurídica por una más fácil de automatización jurídica basada en pretendidos argumentos de autoridad.

Pero es más, el Tribunal Supremo, lejos de reflexionar sobre el tema, insiste de forma contumaz en el carácter vinculante de los Acuerdos y los sitúa incluso por encima de la doctrina constitucional, así en STS de 24 de julio de 2006 se declara de forma expresa esta prevalencia.

La misma, tuvo dos votos particulares no discrepantes; el primero, del Excmo. Sr. Maza Martín que, ahondando en la naturaleza jurídica de estos Acuerdos, los sitúa por encima de la Ley y de la propia Constitución; y el

168 El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 18 de julio de 2006 responde al indisimulado pulso sostenido por la Sala 2ª del Tribunal Supremo con el Tribunal Constitucional a raíz de la STC 63/2005, de 14 de marzo, sobre el momento en que ha de entenderse interrumpido el plazo de prescripción.

169 **A. Majón-Cabeza Olmeda**, "Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 10-02 (2008), http://criminet.ugr.es/recpc , pág. 18.

segundo, del Excmo. Sr. Bacigalupo, que sostiene que son de obligada aplicación por tratarse de derecho consuetudinario (sic), basado en una práctica de más de tres lustros.

Perdóneme el lector que, si llegados a este punto, me atreva a citar a Cicerón "*Quousque tandem abutere, Catilina, patientia nostra*"[170].

¿Cómo que están por encima de la ley y de la Constitución?, y ¿desde cuándo se puede invocar en Derecho penal la costumbre?

La cuestión no es baladí, máxime tras la STS, Sala Segunda, 2338/2001, de 11 de diciembre[171], de la que se deriva que una resolución judicial puede ser calificada de injusta a los efectos del delito de prevaricación cuando se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo[172].

¿Acaso ha muerto el principio de legalidad y la independencia judicial?, ¿no le es dable al juez el discrepar razonadamente de una jurisprudencia anterior?, ¿es que las resoluciones judiciales discutibles no pueden ser, en su caso, enmendadas por el sistema de recursos previstos en el ordenamiento punitivo?

Conteste el lector a estas preguntas y reformúleselas cambiando el término "jurisprudencia" por el de "Acuerdos de Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo".

---

170 Cicerón, primera oración de la Primera Catilinaria.

171 Dicha Sentencia trae causa de un Auto de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de junio de 1998, que acepta la alegación de prescripción considerando que la simple interposición de la querella no basta para interrumpir el plazo prescriptivo, pues es necesario que el proceso se dirija contra el culpable mediante su declaración como imputado. Esta resolución dio lugar a una querella del Ministerio Fiscal contra los tres magistrados que conformaban la Sala, continuando la causa, empero, tan solo respecto del magistrado ponente y archivándose respecto a los demás miembros. Tras ser condenado por el Tribunal Superior de Cataluña, en sentencia de 22 de noviembre de 1999, por prevaricación dolosa, el interesado interpuso recurso de casación, pronunciándose nuestro Alto Tribunal en sentido contrario al entender que el condenado se había apartado de la Jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, y que como el juez es un técnico en Derecho, no es asumible que desconociera el carácter injusto de la resolución.

172 Sobre la crítica al contenido de esta Sentencia, Vid. **G. Benlloch Petit**, "¿Prevarica el Juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo? Comentario crítico a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001 (Caso Santiago Raposo)", en Revista de Derecho penal y Criminología, nº 11, Madrid, 2003.

El panorama que se nos presenta es desolador.

Hay autores que de forma lacónica llegan a la conclusión de que deberemos acomodarnos a esta anomalía que, de persistir, deberá ser erradicada por la ley; otros, de forma más enérgica, señalan que bastaría con que se respetaran las leyes ya existentes, tanto la Constitución como la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Y es en esta última solución en la que me posiciono, ya que nuestro sistema de fuentes no puede ni debe ser alterado por la irrupción de la anomalía citada, rayana en la extravagancia jurídica.

Máxime cuando , en ocasiones, el propio Tribunal Supremo va en contra de sus propios actos, así, por ejemplo, si en el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 23 de enero de 2018, apartado 2º, en relación con la violencia de género declaraba que "no queda excluido de la posibilidad de acogerse a la dispensa del artículo 416 de la Ley de enjuiciamiento criminal quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición", en la STS 389/2020, de 10 de julio, dictada por el Pleno, eso sí, con cuatro votos particulares, viene a sostener la posición contraria.

¿Dónde queda la estabilidad y la claridad de la jurisprudencia tan necesarias para la seguridad jurídica?

De nuevo ruego al lector que exprese su parecer.

IV. EPÍLOGO

Baltasar Gracián, en su obra "Oráculo manual y arte de prudencia", recoge una serie de aforismos entre los que se encuentra "lo bueno breve dos veces bueno; y aún lo malo, si poco, no tan malo".

Por ello, lamento sinceramente no haber cumplimentado ninguno de estos dos enunciados, lo que me lleva a pensar que esta Academia, conformada por ilustres personalidades del mundo del Derecho, al admitirme en su seno, o ha errado o muestra una generosidad que sinceramente agradezco.

No soy un estudioso del Derecho, pues aún me considero un simple estudiante, eso sí, entrado en años, más ello no empece el que haya tratado de trasmitirles, quizás deslavazadamente, el *iter* a través del cual se ha ido conformando el principio de legalidad tal como hoy lo entendemos.

Ha sido un camino largo y proceloso, no exento de peligros, por ello el viajero deberá estar en todo momento alerta, pues es la garantía de nuestros derechos y libertades.

Estos riesgos no solo vienen del exterior, también los descubrimos en la propia génesis de la ley.

En efecto, si hay una definición de ley que se me haya quedado grabada desde mi época como alumno de la Facultad de Derecho es la de nuestro más destacado representante de la escolástica del S. XVI, Francisco Suárez, que la enuncia como "precepto común, justo, estable y suficientemente promulgado"[173]

Pues bien, el Código penal vigente data de 1995, y en sus veinticinco años de presencia ha sido objeto, a fecha de hoy, de treinta y dos modificaciones, y ya se anuncia un nuevo "paquete legislativo" referido a los delitos contra

173 Vid. **S. Rábade Romeo**, "Francisco Suárez (1548-1617)", Ediciones del Orto, Madrid, 1997, pág. 46.

la libertad e indemnidad sexuales, sedición, eutanasia y enaltecimiento del franquismo …, por ahora.

¿A qué debemos este furor legislativo?, ¿tan deficiente es, desde el punto de vista técnico, nuestro texto punitivo?

La segunda cuestión ya fue resuelta por el propio Ministro de Justicia, Sr. Belloch que, antes de la votación final del Proyecto de Ley por el pleno del Congreso de Diputados, manifestó a los representantes del pueblo español que "no se trataba de hacer una norma perfecta sino útil"; y, a mayor abundamiento, tras reiterar lo dicho en un artículo que publica en siete periódicos de ámbito nacional el día 9 de noviembre de 1995, añadió que "…tampoco ha de magnificarse (el Código) en el sentido de creer que es un texto perfecto, intangible o inmune a los cambios. Como toda obra humana, el Código es una obra perfeccionable que se limita a formular un conjunto de propuestas para afrontar con decisión los problemas penales que afronta España de aquí al futuro".

Cuán lejos queda nuestro actual Código de aquellos textos otrora elaborados con mayor mesura y precisión técnica, máxime, y con ello pretendo dar satisfacción a la primera pregunta, cuando el legislador actual, apartándose de la definición de Suárez, al elaborar las leyes penales busca obtener réditos políticos a corto plazo, y para ello nada más sencillo que dar satisfacción al "tam- tam" de la opinión pública, olvidando lo fácil que resulta su manipulación y lo vulgar, en el sentido orteguiano, del resultado obtenido.

Y concluyo, si este discurso se intitula "*Quo vadis*", referido al principio de legalidad, mi respuesta no es otra que "*vade mecum*", ven conmigo.

Dixi

Tibi gratias ago pro patientia vestra.

Complevit illud Die Iacobus Apostol. Anno Domini 2020, "el del coronavirus"

V. BIBLIOGRAFÍA

Agúndez Fernández, A., "La jurisprudencia: ciencia, técnica y arte del Derecho", en El Poder Judicial, I, Madrid, 1983.

Alcalá Zamora, N., "Los defectos de la Constitución de 1931", Imprenta de R. Espinosa, Madrid, 1936.

Alcaraz Varó, E., "El inglés jurídico, Textos y documentos", 6ª ed., Ariel, Barcelona, 2007.

Aldunate Lizana, E, "Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo", Revista de Derecho, Vol. XXIII, nº 1, Valdivia, julio 2010.

Antón Oneca, J., "Historia del Código penal de 1822", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1965.

Antón Oneca, J., "El Código penal de 1870", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1970.

Antón Oneca, J., "Los antecedentes del nuevo Código penal", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Reus, Madrid, 1929.

Aragón Reyes, A., "Estudios de Derecho Constitucional", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

Aristóteles, "Ética a Nicómaco", Alianza editorial, Madrid, 2014.

Arroyo Zapatero, L., "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", Revista Española de Derecho Constitucional, Año 3, Núm. 8 Mayo-Agosto, 1983.

Artola Gallego, M.,"La España de Fernando VII", en Historia de España de Menéndez Pidal (Dir.), XXVI, Madrid 1968.

Barcellona, P. y **Coturri, G.**, "El Estado y los juristas", Fontanella, Barcelona, 1976.

Barceló y Serrmallera, M., "La Ley orgánica, ámbito y posición en el sistema de fuentes". Atelier, Barcelona 2004.

Beccaria, "Tratado de los Delitos y las Penas", Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Ministerio de Cultura, Biblioteca Nacional, Madrid 1993.

Beling, E., "Il significato del principio "nulla poena sine legi poenali" nella determinazione dei concepto fondamentali de Diritto penale", Giustizia Penale, Vol. XXXVII, Roma, 1931.

Benlloch Petit, G., "¿Prevarica el Juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo? Comentario crítico a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001 (Caso Santiago Raposo)", en Revista de Derecho penal y Criminología, nº 11, Madrid, 2003.

Blackstone, W, "Comentarios sobre las leyes de Inglaterra".

Camargo Hernández, C. "Introducción al estudio del Derecho penal", Bosch, Barcelona, 1964.

Carpintero-Benítez. F., "Sobre la Ley Natural en Santo Tomás de Aquino", DÍKAION 22-2, 2013.

Caruso Fontán, V., "¿Qué pueden aportar hoy las teorías sobre los fundamentos y fines de la pena? Reflexiones en torno a la dirección político criminal de nuestro sistema penal". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica, 21-24, 2019.

Castán Tobeñas, J., "Derecho Civil Español, Común y Foral", Tomo I, Vol. I, Ed. 11ª. Reus S.A., Madrid, 1974.

Cervelló Donderis, V., "Derecho penitenciario", 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Clemente De Diego, F., "La Jurisprudencia como Fuente del Derecho", Comares, Granada, 2016.

Cobo del Rosal, M. y **Quintanar Díez, M.**, en "Comentarios a la Constitución española de 1978", Alzaga Villamil (Dir.), Tomo III, Cortes Generales, EDERSSA, Madrid, 1996.

Couture, E., "Estudios de Derecho Procesal Civil". Tomo I, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 92.

Cuello Calón, E., "Derecho Penal" Tomo I, 13ª ed., Bosch, Barcelona, 1960.

De Agapito Serrano, R., "Libertad y división de poderes. El contenido esencial del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu", Tecnos, Madrid, 1989.

De Castro y Bravo, F., "Derecho civil de España", Civitas, Madrid, 1984.

De Esteban, J. (comp.)," Constituciones españolas y extranjeras", Vol. II 2ª edición, Taurus, Madrid, 1979.

De la Oliva Santos, A., "Gobierno del Poder Judicial y valor de la jurisprudencia: un intento de dos cambios sustanciales" en Tribunales de Justicia, Revista española de Derecho Procesal, nº 10, octubre 2002.

De Ruig Ibáñez, V., "La constitución que precisa España", Imprenta Juan Pueyo, Madrid, 1929.

De Vicente Martínez, R., "Sobre el difícil arte de legislar en materia penal", La Ley, nº 6150, 2004.

De Vicente Martínez, R., "El principio de legalidad penal", Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Díaz García, L., "Estado de Derecho y sociedad democrática". Taurus, Madrid, 1988.

Díaz García, E., "Legalidad-Legitimidad en el Socialismo Democrático", Civitas, Madrid, 1978.

D'Ors y Pérez-Peix, A., "Derecho privado romano", Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973.

Duguit, L., "La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

Falcón y Tella, M.J., "La Jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental", Marcial Pons, Barcelona, 2010.

Fernández Arévalo, "La ley General Penitenciara. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina" (Coord. Bueno Arús), Colex, Madrid, 2019.

Ferreres Comella, V., "El imperio de la ley y sus enemigos", Revista Española de Derecho Constitucional, nº 87, 2009.

Fuentes Aragonés, J.F., "El fin del Antiguo Régimen (1808-1868)". Política y sociedad. Síntesis, Madrid, 2007.

Gacto Fernández, E., "Manual básico de Historia del Derecho", Dykinson, Madrid 2013.

García-Gallo, A., "Manual de historia del Derecho español, El origen y la evolución del Derecho", Tomo I, Artes Gráficas y Ediciones, S.A., 6ª ed., Madrid, 1975.

García Canales, M., "El problema constitucional de la Dictadura", Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

García Pelayo, M., "Derecho constitucional comparado", Manuales de la Revista de Occidente, 8ª edición. Madrid, 1967.

García-Maltrás de Blas, E. "Dilaciones indebidas y duración de los procesos en el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: del tiempo razonable al tiempo óptimo y previsible", Revista electrónica http: www.indret.com, Abril de 2007.

García-Pablos de Molina, A., "Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial y los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo", en Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

Garrorena Morales, A., "El Estado español como Estado social y democrático de Derecho", Tecnos, Madrid, 1984.

Gil Gil, A., "Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena", Revista electrónica http://www.indret.com/pdf/1254, Octubre 2016.

Gómez de la Serna, P. y **Montalbán, J.M.,** "Elementos del Derecho Civil y Penal de España, Tomo III", 8ª edición, Librería de Sánchez, calle Carretas nº 21, Madrid, 1869.

Groethuisen, B., "Philosofie de la Revolution Française pécedé de Montesquieu", Gallimard, Paris, 1982.

Guastini, R., "La constitucionalización del ordenamiento italiano" en Estudios de teoría constitucional, IIJ-UNAM, Fontamara, México, 2001.

Hernández García, J., "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a un proceso penal equitativo" Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH, Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.

Hobbes. T., Del ciudadano y Leviatán, Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2014.

Huerta Tocildo, S., "Comentarios a la Constitución Española, XL Aniversario", BOE, Madrid 2018.

Iñesta Pastor, E., "El Código penal español de 1848", Tirant lo Blanch, Valencia 2011.

Íñigo Corroza, E. y **Ruiz de Erenchun Arteche, E.**, "Los Acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: Naturaleza y contenido (1991-2007)", Atelier, Barcelona, 2007

Jakobs, G. y **Cancio Meliá, M.**, "Derecho penal del enemigo", Civitas, Madrid, 2006.

Jaramillo García, A., "Novísimo Código penal comentado y cotejado con el de 1870", Imprenta Silvestre Ferreira, Salamanca, 1928.

Jescheck, H.H., "Tratado de Derecho penal, Parte General I", trad. de M. Olmenedo Cardenet, 5ª ed., Comares, Granada, 2002.

Jiménez de Asúa, L., "Tratado de Derecho penal", Tomo II, 3ª ed., Losada, Buenos Aires, 1964.

Jutglar, A., "La sociedad española contemporánea", Guadiana, Biblioteca Universitaria, Madrid, 1973.

Kant, I., "La metafísica de las costumbres", traducción y notas de Adela Cortina y Jesús Canal Sancho, Tecnos, Madrid, 1989.

Kelsen, H., "De la esencia y valor de la democracia", ed. de J.L. Requejo Pagés, KRK Pensamiento, Oviedo, 2006.

Lalaguna Domínguez, E., "Valor de la jurisprudencia en la elaboración de la Ciencia del Derecho", en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, septiembre-octubre, 468, 1969.

Lamarca Pérez, C., "Legalidad penal y reserva le ley en la Constitución española", Revista Española de Derecho Constitucional, Año 7, Núm. 20, Mayo-Agosto, 1987.

Landrove Díaz, G., "Introducción al Derecho penal español", Tecnos, Madrid 2004.

Laporta, L., "El imperio de la ley", Trotta, Madrid, 2007.

Lardizábal, M., "Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma", Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2001.

Larenz, K., "Metodología de la ciencia del Derecho", Ariel, Barcelona, 1994.

Laso Prieto, J.M., El Catobletas, Revista Crítica del Presente, núm. 67, Septiembre de 2007.

Locke, J., "Ensayo sobre el Gobierno Civil", Ed. Orbis, Barcelona, 1983.

Loewestin, K., "Teoría de la Constitución", Ariel Derecho, Barcelona, 2018.

López Barja de Quiroga, J., "El principio non bis in idem", Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, Dykinson, Madrid, 2004.

Luzón Cuesta, J.M., "Compendio de Derecho Penal, Parte General", Dykinson, Madrid 2011.

Majón-Cabeza Olmeda, A., "La atenuante analógica de dilaciones indebidas. Analogía e interpretación. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, Fábula Libros, Madrid, 2006.

Majón-Cabeza Olmeda, A., "Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 10-02 (2008), http://criminet.ugr.es/recpc

Martínez Francisco, N., "Los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo", Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Mata y Marín, R.M., "El principio de legalidad en el ámbito penitenciario", Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, IV, 2011.

Mezguer, E., "Tratado de Derecho penal, Tomo I" (trad. de J.A. Rodríguez Muñoz), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.

Mir Puig, S., "Derecho penal, Parte General", 10ª ed., Dykinson, Madrid, 2015.

Montesquieu, "El Espíritu de las Leyes", Editorial Universitaria, Universidad de Puerto Rico, Rio Piedras, 1964.

Moore, M.S., Placing Blame: "A Theory of the Criminal Law" (Culpando: una teoría del Derecho penal), Oxford University Press, 1997.

Morodo, R., "La proyección constitucional de la Dictadura: Asamblea Nacional Consultiva", Boletín Informativo de Ciencia Política, agosto-diciembre de 1973.

Muñoz Clares, J., "Ne bis in ídem y Derecho penal, Definición, patología y contrarios", Diego Marín, Librero editor, Murcia, 2006.

Muñoz Clares, J., "Los llamados acuerdos de pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo", Revista General de Derecho Penal, nº 16, 2011.

Muñoz Clares, J., "Doctrina Parot. El Estado y sus enemigos", Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2014.

Muñoz Machado, S., "Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, Tomo II", Ministerio de la Presidencia, BOE, 4ª ed. Madrid 2015.

Ortega y Gasset, J., "La rebelión de las masas", Espasa Calpe, Colección Austral, Madrid, 1972.

Otero González, P., "La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995", Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Pawlik, M., "Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades", Atelier, Barcelona, 2016.

Peces-Barba, G., "Historia de los derechos fundamentales, Tomo II, Siglo XVII, Vol. I", Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, 2001.

Pemán Gavín, J., "Las Leyes Orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del derecho, Estudios sobre la Constitución Española", Tomo I, Civitas, Madrid, 1991.

Perelman, Ch., "Tratado de argumentación. La nueva retórica". Biblioteca Románica Hispánica, Gredos, Barcelona, 1994.

Pérez Bueno, F., "Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional", Sesión de 27 de marzo de 1928.

Platón, "Diálogos", VIII, Leyes, Editorial Gredos, Madrid, 1999.

Plutarco, "Consejos a los políticos para gobernar bien", Biblioteca de Ensayo Siruela, Madrid, 2009.

Prieto Sanchís, L., "Justicia constitucional y derechos fundamentales", Trotta, Madrid, 2003.

Pufendorf, S., "*De iure naturae et Gentium*" (1672) y *De oficio hominis et civis*" (1673).

Queralt Jiménez, J.J., "El Derecho a la legalidad penal y los acuerdos no jurisdiccionales". Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Edisofer, Madrid, 2008.

Quintero Olivares, G., "Comentarios al artículo 4 del Código penal" en "Comentarios al Código penal español", Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2011.

Rábade Romeo, S., "Francisco Suárez (1548-1617)", Ediciones del Orto, Madrid, 1997.

Radbruch. G., "Arbitrariedad legal y Derecho supralegal", Olejnik, Buenos Aires, 2019.

Ramón Rivas, E., Interpretación extensiva y analógica en el Derecho penal, Revista de Derecho penal y Criminología, 3ª Época, nº 12, 2014.

Rodríguez Devesa, J.M., "Derecho penal español, Parte General", 3ª ed., Madrid, 1973.

Rousseau, J.J., "Contrato social", Selecciones Austral, Espasa Calpe S.A., Madrid, 1975.

Roxin, C., "Derecho penal. Parte General, Tomo I", Civitas, Madrid, 1997.

Roxin, C., "Sentido y límites de la pena estatal", en Problemas básicos de Derecho penal, Madrid, 1976.

Ruiz Antón, L.F., "El principio de irretroactividad de la ley penal en la Doctrina y la Jurisprudencia", Ponencia presentada en las Primeras Jornadas de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, Cáceres, 1989.

Ruiz Robledo, A., "El principio de legalidad penal en la historia constitucional española", Revista de Derecho Político, núm. 42, 1997.

Ruiz Robledo, A., "El derecho fundamental a la legalidad punitiva", Tirant lo Blanch, Alternativa, Valencia 2003.

Saavedra Ruiz, J., "Acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo", Ponencia presentada en el Curso "Jurisprudencia penal (2005-2007): análisis crítico, Plan estatal de Formación del Consejo General del Poder Judicial, 2007.

Santiago, A., "Sistema jurídico, Teoría del Derecho y rol de los jueces: las novedades del Neoconstitucionalismo", Díkaion, año 22, núm. 17, Diciembre 2008.

Santos Briz, J., "El Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior. Valor de la jurisprudencia", en Revista de Derecho Público, julio-diciembre 1981.

Silva Sánchez, J.M., "Nuevas tendencias político criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo, Dogmática penal, Política criminal y criminología en evolución", Universidad de Tenerife, Centro de Estudios Criminológicos, Tenerife, 1997.

Tomás y Valiente, F., "El Derecho penal en la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)", Editorial Tecnos, Madrid, 1969.

Tomás y Valiente, F., "Manual de Historia del Derecho Español", Tecnos, 4ª edición, Madrid, 2001.

Trayter Jiménez, J.M., "Sanción panal-sanción administrativa: el principio non bis in idem en la Jurisprudencia", Poder Judicial, núm. 22, 1991.

Vizmanos, T.M. De, y **Álvarez Martínez C.**, "Comentarios al nuevo Código penal", Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid 1848.

Von Feuerbach, P.A., "*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*", 1821.

Von Ihering, R., "La lucha por el derecho", Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1921.

Von Kirchamnn, J.H., "La jurisprudencia no es ciencia", trad. cast. y escrito preliminar de A. Truyol Serra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.

Welzel, H., "Derecho penal alemán", Trad. de J. Bustos y J. Yáñez), Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

Zagrebelsky, G., "El derecho dúctil. La Ley, derechos, justicia", Trad. de Marina Gascón, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2003.

CONTESTACIÓN AL DISCURSO DE INGRESO DEL EXCMO. SR. D. JOSÉ FRANCISCO SÁNCHEZ LUCERGA POR EL EXCMO. SR. D. FRANCISCO MARTÍNEZ-ESCRIBANO GÓMEZ

Excmo. Sr. Presidente,
Excmos. Señores y Señoras Académicos,
Señoras, Señores,
Familia y amigos del nuevo académico.

Celebramos hoy el Acto solemne de recepción, como Académico de número de Don Jose Francisco Sánchez Lucerga, al que (y soy objetivo, aunque no pretendo serlo), calificaría de jurista completo, ya que su quehacer abarca todos los ámbitos del derecho: doctrinal, docente, investigador, ejercicio en Tribunales...

Siento una enorme alegría y le estaré siempre agradecido por el hecho de haberme designado para contestar su discurso de ingreso, sin más ni menos méritos para ello que el del enorme afecto y la amistad que nos profesamos.

Dice el ECLESIASTICO (6:14) que encontrar un amigo fiel es como dar con un tesoro, y continua diciendo después, (9:10) que amigos nuevos como vino nuevo deja que se añeje y entonces lo beberás.

En mi caso se cumple la primera premisa, y desde luego hemos bebido juntos vino añejo.

Conozco a Jose Francisco desde los años 1974 – 1975, en el que juntos cursamos los estudios de COU, nos sometimos a la Pruebas de Selectividad Universitaria, (algunos incluso con corbata y chaqueta) y posteriormente, estudiamos la carrera de Derecho, entonces Licenciatura, en la vieja y entrañable Facultad de La Merced. Tuvimos la inmensa suerte de contar con Catedráticos que fueron Académicos de esta Real Academia, y que ya no están entre nosotros, como Don Juan Roca Juan, Don Mariano Lopez Alarcón, Don Antonio Reverte Navarro… y otros que lo son en la actualidad, Don Alfredo Montoya Melgar, Don Juan Roca Guillamón, Don Fernando Jiménez Conde…

Luego, nuestras vidas profesionales se separaron. El Nuevo Académico eligió la carrera Fiscal y la Docencia y quien les habla, el ejercicio profesional de la Abogacía. Pero en mi humilde currículum, siempre figura como uno de los mayores méritos, mi amistad con él y con su mujer María -su mejor mitad-, como decía Miguel Delibes.

Nos une también el amor por la Abogacía, ser hijos y hermanos de grandes Abogados, profesando el recipiendario un enorme respeto y admiración, como nos consta, por nuestra antigua profesión de vocero.

Decía que Jose Francisco es un Jurista completo y añado un hombre cabal. Une a grandes conocimientos jurídicos el ejercicio práctico del derecho que le acerca a la realidad y le ancla a ella. Ha elegido que las vertientes de su vida formen un trípode con su mujer, María y su familia por una parte, de otra sus amigos, y como último apoyo, el Derecho.

El nuevo Académico, está ejerciendo actualmente como Teniente Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, es Doctor en Derecho y Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad de Murcia con fecha de nombramiento 30 de Noviembre de 1993.

Ha desempeñado sus servicios en distintos destinos, Fiscalías de la Audiencia Provincial de Jaén, Murcia, Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Fiscal de Protección de Menores, Delegado de Extranjería, Coordinador de Vigilancia Penitenciaria, Vicepresidente y Presidente de la Comisión de Justicia Gratuita; son innumerables, sus participaciones en cursos, ponencias, docencias impartidas… que no relato íntegramente porque creo que el mandato de contestar al discurso no me autoriza para tenerles largo tiempo mencionándolos todos.

También diré que entre otras distinciones, está en posesión de varias Cruces de Mérito de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, Cruz Distinguida de Primera Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort y, ostenta la

Medalla de Oro del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, teniendo entre otros muchos méritos para ello, el de ser como él mismo ha dicho, la persona que más Juras de Letrados ha presenciado con extraordinarias intervenciones, dado que une a sus cualidades, las de ser un magnifico orador, que hace las delicias de cuantos asistimos y que pone en serios aprietos a quienes intervenimos después.

En suma, su enorme bagaje jurídico, su inquietud por conocer, su vocación por enseñar y su disponibilidad personal para ayudar a quienes nos acercamos a él pidiendo consejo, le configuran como una referencia que sin duda enriquecerá a la Academia.

****

El discurso comienza con una pregunta, Quo Vadis? y por ello, me atrevo a incluir en mi intervención una contestación a la misma en la que se incluye parte del principio de legalidad, y parte de la figura del Ministerio Fiscal. Se trata de una cita de un autor muy querido también por D. Jose Francisco, Marco Tulio Cicerón, cuando en su segunda Catilinaria, párrafo 2, decía:

> *"… Pero si alguien en la ciudad se remueve, si de alguien no digo un hecho, sino el más mínimo amago o tentativa contra la Republica, es por mi advertido, ese experimentará que en esta ciudad, hay unos Cónsules vigilantes, hay Magistrados excelsos, hay un Senado incoercible, hay armas, hay una cárcel que nuestros padres quisieron vengadora de evidentes crímenes impíos".*

No voy ni siquiera pretender que mi contestación al discurso lo sea en el sentido estricto que el Diccionario de la Real Academia Española atribuye a dicho término: decir o escribir algo para resolver lo que se pregunta o para atender a una comunicación. Diré simplemente que en el discurso se acumula de forma muy amena, a la vez que intachablemente doctrinal y jurídica referencias históricas a su origen y evolución, relato y contraposición de posturas doctrinales y aun legales enfrentadas; análisis acerca de los fundamentos del principio de legalidad.

Debemos resaltar en este punto que el principio de legalidad, que goza de una formulación constitucional y es consustancial al Estado de Derecho, tiene una serie de consecuencias de enorme trascendencia, que han de ser también mencionadas siquiera sea nominalmente,

▪Lex scripta (reserva de Ley).
▪Lex stricta (vinculación del Juez a la Ley).
▪Lex praevia (irretroactividad de la Ley Penal desfavorable).
▪Lex certa (mandato de determinación).

Así, el principio de legalidad y sus consecuencias suponen que los derechos individuales del ciudadano quedan absolutamente garantizados contra cualquier intervención arbitraria, que los poderes públicos pudiesen acometer.

Menciona también el discurso, el papel de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y otros, sobre el principio de legalidad y recoge las diferentes opiniones e interpretaciones que nuestros Tribunales realizan acerca del mismo.

Particularmente ilustrativas resultan las aportaciones que realiza el recipiendario sobre la atenuante de dilaciones indebidas y la disección que realiza sobre la Doctrina Parot.

Las reflexiones con la que finaliza prácticamente la disertación sobre los Acuerdos o Plenos no jurisdiccionales de la Sala Penal del Tribunal Supremo con apelaciones constantes al criterio del lector, no son sino una prueba más del carácter fiscal en su sentido inquisidor que alumbra el trabajo que nos presenta; ejemplo a mi modo de ver, de cómo deberían ser todas las aportaciones científicas, impregnadas de esa pátina de crítica imprescindible para el estudio y desarrollo de la ciencia jurídica en este caso.

En suma, el discurso es una obra plena, redonda; se ocupa y preocupa de y por una cuestión tan fundamental como el principio de legalidad, esencial en un estado social, democrático y de derecho tal y como proclama nuestra Constitución.

****

Quisiera hacer una pequeña reflexión sobre el principio de la legalidad referido a las actuaciones del Ministerio Fiscal y del Abogado, que sin duda, pueden ser a veces dos caras de la misma moneda. Decía Galo Ponte en su carta a la primera promoción del Ministerio Fiscal:

> *"De esta forma defenderá siempre el interés general para tratar de hacer realidad la utopía del bien común, aun cuando esté convencido de que nunca veremos realizada esa imagen ideal, como un hacer caballeroso de quieres hicieron pública profesión de fe al ingresar en la Caballerosa Orden del Ministerio Fiscal".*

El Estatuto de Ministerio Fiscal (Ley 50/81 de 30 de Diciembre de 1981), en su artículo primero, contempla que este tiene por misión promover, la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés publico tutelado por la ley de oficio, o a petición de los interesados así como velar por la independencia de los tribunales, y procurar ante estos la satisfacción del interés social.

El artículo segundo dispone que ejerce su misión conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, sobre los que no entraremos evidentemente, pero sobre todo y en cuanto a lo que nos interesa, con sujeción en todo caso a los de legalidad e imparcialidad.

Queda claro por tanto que el principio de legalidad, está marcado en el imafronte de su quehacer diario y es perfectamente entendible la preocupación de nuestro nuevo académico manifestada en su expresión "quo vadis", por su respeto a ultranza del mismo.

El Abogado se encuentra desde mi punto de vista más representado en la respuesta que a esa pregunta realiza mi querido amigo al final de su discurso "VADE MECUM" (ven conmigo). Y ello, no porque su respeto por el principio de la legalidad deba ser menor, ni mucho menos, sino porque lo afronta de forma distinta, ya que los intereses que defiende, son más concretos y específicos, los de nuestros clientes.

Me gustaría resaltar de nuestro Estatuto General de la Abogacía (RD 658/01 de 22 de junio de 2001), vigente en la actualidad, pero quizá ya trasnochado, las obligaciones que nos impone en su artículo 30, en cuanto a que "el deber fundamental del Abogado como participe de la función publica de la Administración de Justicia, es cooperar con ella, asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados". En ningún caso sigue diciendo este artículo, "la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo al que la abogacía se haya vinculada".

La aplicación práctica del Derecho, conlleva coincidir a veces con el Ministerio Fiscal en un ejercicio de rigor jurídico, pero en otras ocasiones, defendemos los intereses concretos del ciudadano con el mismo rigor jurídico, pero en clara contraposición a la actuación del Ministerio Público, en base a una interpretación normativa discrepante, y que intentamos sea acorde con el interés particular que debemos defender; y de ahí la grandeza del Derecho.

****

Finalmente, permítanme hacer una referencia a las Academias como instituciones surgidas, en pleno auge de la Ilustración a finales del siglo XVIII y que aspiran al servicio de la sociedad poniendo a disposición de esta, las ciencias, el saber y la investigación y promoviendo y difundiendo el conocimiento y la reflexión de tales actividades.

Parece que en la sociedad actual atravesamos una crisis global que yo definiría en primer lugar como crisis ética, anteponiendo este valor a otros

como los de pensamiento, económico,… En este punto, las Academias y la nuestra de Legislación y Jurisprudencia entre ellas, deben ser un referente, ejerciendo una autoridad moral que sirva a nuestra sociedad para avanzar en aspectos fundamentales de su devenir.

En este contexto, permitidme, Señor Presidente, ser el primero en dar la bienvenida a nuestra filas al Excelentísimo Señor, Sanchez Lucerga, que supone una magnífica incorporación para nuestra Academia.

Querido Jose Francisco, resumo el sentir de todos los componentes de esta Institución al decirte que es una enorme satisfacción tenerte entre nosotros y compartir contigo el futuro de la misma.

Bienvenido y enhorabuena.


CM
FUNDACIÓN
CAJAMURCIA


Región
de Murcia