





REAL ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

**ALGUNAS CONSIDERACIONES  
SOBRE EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD  
Y OTROS PRINCIPIOS BÁSICOS  
DEL DERECHO PENAL**

Discurso leído el día 9 de noviembre de 2017 en la Solemne Sesión de Ingreso  
del Académico de Número

EXCMO. SR.

**DON GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO**

y contestación del

EXCMO. SR.

**DON ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ**

Académico de Número



REAL ACADEMIA GALLEGA DE  
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

A Coruña, 2017

© de la edición: RAGJYL  
© de los textos: sus autores

ISBN:  
Depósito Legal:

Edita y patrocina la edición: Excma. Diputación Provincial de A Coruña  
Imprenta Provincial - A Coruña

## ÍNDICE

I.- DISCURSO.....	.....
II.- CONTESTACIÓN.....	.....
I. Prefacio. ....	.....
II. Trayectoria vital y académica. ....	.....
III. Glosa del Discurso. ....	.....
a. 1. Principio de legalidad. ....	.....
b. 2. Características de la ley enunciada en el principio de legalidad. a) Lex scripta. b) Lex praevia. c) Lex certa. d) Lex stricta. e) El principio de legalidad y las medidas de seguridad. ....	.....
c. 3. Principio del hecho. ....	.....
d. 4. Principio de lesividad y de protección de bienes jurídicos. ....	.....
e. 5. Principio de culpabilidad. ....	.....
IV. A modo de conclusión. ....	.....



I

DISCURSO

del

EXCMO. SR.

DON GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO



Excelentísimos Sres. Académicos

Excelentísimas e Ilustrísimas Autoridades

Sres. Y Sres.:

Antes de comenzar mi discurso, quiero aprovechar la oportunidad, para reiterar a los componentes de esta Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación mi profundo agradecimiento por haberme acogido en su seno y manifestar el honor que supone suceder en la vacante a un jurista tan relevante como don Alejandrino Fernández Barreiro. El tema del discurso de ingreso y del que voy a dar lectura es “Alguna consideraciones sobre el principio de la legalidad y otros principios básicos del Derecho Penal”.

## **I.- Principio de legalidad.**

### **1.- Los orígenes.**

Sin perjuicio de antecedentes más o menos lejanos, la formulación doctrinal del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, en el sentido moderno que hoy se le atribuye, tiene lugar en el siglo XVIII y puede considerarse mérito principal del italiano Beccaria y del alemán Feuerbach. Este último fue quien lo enunció en tales términos latinos.

El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* tuvo desde su aparición un doble significado: técnico-jurídico y político.

Feuerbach lo formuló como pieza clave de su teoría de la pena. Según Feuerbach, la pena debe cumplir una función de **coacción psicológica**, a fin de que los ciudadanos se aparten del delito. Para que la pena pueda desarrollar esta función es preciso que el delito y la pena misma aparezcan descritos en la ley. Para que la coacción psicológica funcione es preciso que exista una ley previa que anuncie al ciudadano, antes de que éste tome su decisión, que si realiza determinado comportamiento será castigado con una determinada pena.

Y naturalmente todavía en la actualidad el principio de legalidad, como no podía ser menos, se sigue vinculando a las funciones de la pena. Incluso hay quien, como sostiene Gómez Benítez, entiende que “en un derecho legitimado formal y materialmente el principio de legalidad sigue siendo ante todo una exigencia de la pretensión político criminal de prevención general del delito”.

Por otra parte, moviéndonos todavía en el plano técnico-jurídico, sabido es de todos que, en los primeros años del siglo XX, Beling dedujo del principio de legalidad la categoría dogmática del tipo y la tipicidad como elemento esencial del delito. El tipo aparece, en definitiva, según afortunada expresión, como el “precipitado técnico” del principio de legalidad. Este principio obliga al legislador a describir con claridad y precisión las acciones que se consideran punibles. Para que una acción se considere tal, no bastará con que lesione de cualquier modo el orden jurídico, con que sea de cualquier manera, antijurídica, sino que será necesario que se corresponda perfectamente con alguno de los comportamientos injustos concretamente descritos en una ley penal.

Con todo, parece excesiva la aseveración de Gómez Benítez de que “el exagerado acento en la función de garantía individual ha hecho olvidar que históricamente el principio de legalidad penal, entendido como exigencia de “*les previa*”, y la consiguiente necesidad de determinación de las normas de prohibición, así como de las penas correspondientes a su infracción, estuvo fundamentado en su utilidad intimidatoria”.

No se puede olvidar, en efecto, que tuvo también desde el principio, y sigue teniendo hoy, pese al paso del Estado liberal de Derecho al Estado social del Derecho, un significado político, que llevó a configurarlo como garantía y aplicarlo como instrumento de lucha contra el *ius incertum*, propio del Antiguo Régimen, como inequívocamente se deduce de la exposición de Beccaria.

Al lado de la pena establecida por la ley (pena legal u ordinaria), en virtud del arbitrio judicial, los jueces podían imponer en atención a las peculiaridades del caso concreto penas de mayor o menor gravedad a las señaladas en la ley (denominadas penas arbitrarias o extraordinarias). Este arbitrio judicial originaba una gran incerteza e inseguridad jurídicas, hasta el punto de que Voltaire pudo afirmar que el sistema penal del Antiguo Régimen parecía planificado para aniquilar a los derechos de los ciudadanos.

Contra este estado de cosas, engendrado por el referido arbitrio judicial, dirigió su pensamiento crítico Beccaria:

“La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social. Ningún magistrado (que es parte de la sociedad) puede justamente infligir penas contra otro miembro de la misma so-

ciudad. Ahora bien: una pena aumentada más allá del límite fijado por las leyes es la pena justa más otra pena; por tanto, un magistrado no puede bajo ningún pretexto de celo o de bien público aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente”.

Es innegable, pues, que el principio de legalidad nació políticamente como garantía de los derechos de los ciudadanos y precisamente como medio para eliminar el arbitrio judicial, que imperaba en el Antiguo Régimen, por supuesto bien distinto del arbitrio judicial propio del Estado de Derecho. Pero en cualquier caso, resulta ya significativa esta relación.

La dimensión política que tuvo el principio de legalidad desde los inicios de su instauración perdura en la actualidad y es la que explica que suela aparecer hoy constitucionalizado.

Es obvio que el principio de legalidad se consagra con rango constitucional por lo que tiene de garantía de las libertades y derechos fundamentales y no por la eficacia que pueda tener como instrumento intimidatorio.

La C.E., como no podía ser menos dada su manifiesta vocación garantista, recoge en su artículo 25, aunque con una fórmula muy poco feliz, el principio de legalidad penal, que el T.C. considera “esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho” (STC 150/1989).

El T.C. (STC 150/1989) lo “vincula, ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado de Derecho sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también al derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica (STC/1982 y 133/1978), así como con la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el artículo 24.2

y 117.1 de la C.E., especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están “sometidos únicamente al imperio de la Ley”.

De tal modo que, según estas declaraciones del T.C., no es posible admitir ningún arbitrio judicial que no quede sometido al principio de legalidad.

## **2.- Consagración legal y constitucional.**

El Código penal consagra el principio de legalidad en sus tres primeros artículos, en el Título Preliminar, “De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal”. Ubicación que revela la importancia que el legislador otorga al principio de legalidad.

**Art. 1.1.:** “No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración”. **Garantía criminal.**

**Art. 2.1.:** “No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración”. **Garantía penal.**

**Art. 3.1:** “No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales. **Garantía jurisdiccional.**

**Art. 3.2:** Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos y que la desarrollan, ni con otras circunstancias 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”.

### **Garantía de ejecución.**

Más allá de esta completa consagración por la legislación ordinaria, consciente de su significado político nuestra vigente Constitución lo recoge en su artículo 25.1: “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”. La referencia a falta ha perdido sentido desde el momento en que la Ley Orgánica 1/2015 suprimió dicha categoría jurídica del CP.

Aunque literalmente el artículo 25.1 CE se refiere únicamente a la denominada garantía criminal, la doctrina del TC no tuvo inconveniente en reconducir al mismo todas las garantías que tradicionalmente se consideraban derivadas del principio de legalidad.

La CE caracteriza al principio de legalidad como derecho fundamental de los ciudadanos (STC 142/1999), protegible en amparo. Se convierte de este modo no sólo en la Carta Magna de los delincuentes, como a veces se le calificó, sino también en la Carta Magna del resto de los ciudadanos a quienes garantiza que, mientras no incidan, en el ámbito de lo punible, previamente definido por la ley, no tendrán ningún problema con la justicia penal.

## **II.- Características de la ley que se menciona en el enunciado del principio de legalidad.**

La ley que se menciona en el enunciado del principio de legalidad ha de ser, como proclama el TC, una *lex scripta, praevia, certa y stricta* (STC 137/1997, de 21 de julio).

Esta enunciación que se ha convertido ya en clásica es fruto de la interpretación jurisprudencial, porque ni el artículo 25 de la CE, ni el 7 del CEDH ni el 49 del CEDF lo expresan de esa forma, sino que se limitan a establecer que nadie puede ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento de su comisión no constituya una in-

fracción penal según el Derecho nacional o internacional (I. Villaverde Menéndez).

### **1.- *Lex scripta.***

Ha de ser una norma escrita, con rango formal de ley.

Exigencia que limita las fuentes de la responsabilidad penal o su agravación, excluyendo del repertorio mencionado en el art. 1.1. del Código civil la costumbre y los principios generales del derecho. **Reserva absoluta de ley.**

El art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que lleva el epígrafe “No hay pena sin ley”, en su apartado 2 dispone: “El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

El TC proclama constantemente la reserva absoluta de ley en sentido formal, que a veces deduce ya, sin más, del art. 25.1 CE, pese a la ambigüedad del término “legislación” empleado.

Coincidiendo de esta suerte con lo que ya había postulado Beccaria, según hemos recordado antes (“sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad”).

A propósito de esta reserva de ley se discuten dos cuestiones:

a) Si la reserva absoluta de ley ha de ser de ley orgánica o simplemente de ley ordinaria.

b) Si conectado con este debate, es admisible o no la regulación de la materia penal a través de Decretos legislativos.

En los primeros momentos de la entrada en vigor de la CE un sector doctrinal, en el que me incluí, **propugnó la reserva absoluta de ley orgánica**, lo que se deduciría del art. 81.1. de la CE, porque toda ley penal afecta a derechos fundamentales, señaladamente al de la libertad.

Desde sus primeras Sentencias el TC descartó esa posición y sostuvo que hay una **reserva absoluta de ley** y una reserva **relativa de ley orgánica**.

Reserva relativa de ley orgánica, que el TC proclama, abstracción hecha de cual sea la naturaleza del bien jurídico protegido a partir del artículo 81.1 CE, siempre que la pena señalada para el correspondiente delito afecte a algún derecho fundamental o libertad pública. Así se viene pronunciando el TC desde las Sentencias 140/1986, de 11 de noviembre, y 160/1986, de 16 de diciembre, que respecto a las penas privativas de libertad fundamentan tal reserva de ley orgánica a partir de la conexión de los artículos 17.1, 25.1, 53.1 y 81.1 de la CE (“Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...”).

Me ocupé de las citadas SSTC 140 y 160/1986, del Pleno del Tribunal, en un extenso comentario publicado en LA LEY (T. 1987-1).

La STC 140/1986, describe en uno de sus Fundamentos de Derecho, el objeto del recurso en los siguientes términos:

“Fundamenta el recurrente su demanda en que el art. 81.1 CE establece que son Leyes Orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueban los EE.AA. y el régimen electoral general y las demás previstas en la CE; no obstante, la L 40/1979 de 10 Dic. que en sus arts. 6 y 7 tipifica y sanciona los delitos monetarios con penas conjuntas de privación de

libertad y multa, es una ley ordinaria en la que se contienen normas atinentes a los derechos fundamentales de libertad y seguridad de la persona que consagra el art. 17 CE. Se trata, por tanto, de una Ley cuya aplicación concreta deviene de forma necesaria un claro supuesto de inconstitucionalidad por no revestir el carácter de Ley Orgánica; y su aplicación concreta al hoy recurrente lleva aparejada la violación de un derecho fundamental tanto a la libertad como a la seguridad, proclamados constitucionalmente”.

En las citadas Sentencias el TC concluye que, si bien no puede hablarse de un “derecho al rango” de ley orgánica, sí cabe decir que el derecho reconocido en el art. 17.1 de la CE “incluye todas las garantías previstas en diversos preceptos constitucionales (el mismo art. 17, los arts. 25.1, 53.1 y 81.1) cuya vulneración supone la del mismo derecho”, de manera que “la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter (s.c. de ley orgánica) viene a constituir una vulneración de las garantías del derecho a la libertad reconocido en el art. 17.1 CE y, por ello, una violación de ese derecho protegible en la vía de amparo”.

De esta manera fundamenta el TC la reserva relativa de ley orgánica para todas las normas penales que señalan penas privativas de libertad o de otros derechos fundamentales.

Para llegar a la anterior conclusión el TCF rechazó previamente las interpretaciones que habían mantenido el Ministerio Fiscal y el Magistrado disidente, Díez Eimil.

El Ministerio Fiscal, al impugnar el recurso de amparo, sostuvo que el art. 17 se refiere, a lo largo de su texto, a momentos de privación de libertad **anteriores a la imposición de una condena** (detención pre-

ventiva, prisión provisional), mientras que las normas establecidas en la ley 40/79 son sancionadoras de conductas punibles y su aplicación al recurrente en amparo supone una condena penal, no una privación de libertad en los términos recogidos en el art. 17 citado de la CE.

El TC rechaza esta argumentación y declara que el art. 17.1, al hacer mención del derecho a la libertad y seguridad, “lo hace en términos generales, sin limitar su alcance a situaciones anteriores a la condena penal y, en consecuencia, sin excluir ninguna privación de libertad –anterior o posterior a la Sentencia condenatoria– de la necesidad de que se lleve a cabo con las garantías previstas en el mismo artículo y apartado, esto es, que se realice ‘en los casos y en la forma prevista en la ley’. Lo que supone que la protección alcanza tanto a las detenciones preventivas y las situaciones de prisión provisional anteriores a la Sentencia, como a la privación de libertad consecuencia de ésta y a la forma en que tal privación se lleva a cabo en la práctica”.

Según el TC, “abona esta conclusión, resultante de la letra del art. 17.1, en el que en apartados distintos del mismo artículo, se regule específicamente la detención preventiva, y se remita a la ley la fijación del plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

Por todo ello, entiende el TC que “la privación de libertad a que se refiere el art. 17.1 se refiere tanto a supuestos de privación anteriores a la condena penal, como a aquellos determinados por la misma, y que se han de llevar a cabo en su virtud”, o dicho en otras palabras, “el mandato del tantas veces citado artículo constitucional comprende también el derecho a no ser privado de libertad por sentencia firme sino en los casos y en la forma previsto en la ley”.

La interpretación del TC resulta inobjetable. La tesis del Ministerio Fiscal, cualquiera que haya sido la finalidad que el derecho en cuestión tuvo en su origen histórico, no encuentra base alguna en el texto del art. 17.1, que no establece ninguna distinción entre privaciones de libertad anteriores y posteriores a una condena penal y contraviene además el criterio de que los preceptos constitucionales deben ser interpretados siempre de la manera más favorable a la garantía y protección de los derechos fundamentales.

Por su parte, el Magistrado disidente dirige sus esfuerzos dialécticos a ofrecer unas interpretaciones de los arts. 17.1 y 81.1 CE que los sitúen fuera del debate.

A su juicio, la “determinación de los ‘casos’ y de la ‘forma’ en que una persona puede ser privada de libertad es propia de las leyes procesales, que son a las que corresponde establecer las garantías formales de los derechos y es totalmente ajena a las leyes penales sustantivas, que se limitan a definir los tipos delictivos y establecer las penas correspondientes a los mismos”. Por tanto –concluye– “si se quiere que el término ‘ley’ empleado por el art. 17.1 sea equivalente, en conexión con el art. 81.1 a ‘ley orgánica’ esto será sólo predicable de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o de cualquier otra procesal que regule “los casos y formas de las detenciones y prisiones; pero no de las leyes penales sustantivas que se limitan a configurar delitos y penas, sin contener regla alguna que incida en el estatuto jurídico de las detenciones y prisiones, ni por tanto en la garantía del derecho que reconoce el art. 17.1 CE”.

No es posible, a mi juicio, compartir este punto de vista. Es precisamente función específica de las leyes penales sustantiva, y no de las procesales, determinar los “casos” en que procede imponer penas pri-

vativas de libertad y señalar la privación de libertad que corresponde a cada “caso”. Eso es lo que da sentido al proceso de tipificación que lleva a cabo la ley penal, consecuencia necesaria del principio de legalidad y garantía imprescindible de los derechos fundamentales del ciudadano. El tipo está ahí para que los ciudadanos y jueces puedan conocer qué “casos” quedan sometidos a conminación penal y qué sanción concreta se establece para cada uno de ellos.

No se puede negar, pues, que cuando las leyes penales sustantivas definen delitos y señalan penas privativas de libertad para los mismos, están determinando “casos” en los que se puede privar legítimamente de libertad. Esa es la primordial tarea de tales leyes, hasta el punto de que cuando las leyes procesales regulan supuestos de privación de libertad lo hacen mediante categoría conceptuales que remiten inevitablemente a las leyes penales sustantivas. Véanse si no los preceptos que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal dedica a la detención (arts. 490 y ss.) y a la prisión provisional (arts. 503 y ss.).

La referencia a la “ley” que figura en el art. 17.1 comprende, tal como entendió la STC 140/1986, las leyes penales sustantivas, y no hay base para contraer dicha referencia únicamente a las leyes procesales reguladoras de las detenciones y prisiones.

En relación con el art. 81.1 CE, el Magistrado discrepante, desde la perspectiva de una interpretación puramente gramatical, sostuvo que dicho precepto constitucional se refiere a las leyes que **desarrollan** los derechos fundamentales y las libertades públicas y no a las que los limitan. En su opinión, el art. 81.1 abarca únicamente a las primeras, que son las que fijan el contenido, forma de ejercicio y garantías procesales,

es decir, las que constituyen, por decirlo así, su estatuto y no se refiere a las normas penales, que son “leyes limitativas”.

Punto de vista que hizo suyo en la doctrina actual Feijó Sánchez, quien partiendo de una perspectiva institucional de los derechos fundamentales, con base principalmente en lo expuesto por Häberle y Hesse en la doctrina alemana, distingue, como una doble actividad del legislador, la “configuración de los derechos fundamentales”, a través de la cual se define el “contenido esencial” del derecho, por un lado, y, por otro, la “limitación” de tales derechos como algo complementario de la configuración. Feijó concluye que la legislación penal no supone un desarrollo de los derechos fundamentales, y que, por tanto, “no existe una reserva de ley orgánica, sino simplemente una reserva de ley ordinaria en virtud de que el Derecho penal al regular el ejercicio de los derechos fundamentales, desempeña una función tuitiva (exterior) y limita en ciertos supuestos su ejercicio”.

Posición a la que ya salió al paso la STC 140/1986, a mi juicio con acierto:

Como acertadamente dicen las citadas SSTC de 1986 “el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la CE consiste precisamente en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas, cuyo respeto, según el art. 10.1 CE, es uno de los fundamentales de orden político y de la paz social”, y “no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí (fundamento jurídico 5º).

Una interpretación teleológica del art. 81.1 confirma plenamente la anterior conclusión. La finalidad de dicho precepto constitucional es

rodear de mayores garantías la regulación legal relativa a los derechos fundamentales. Pues bien, constituiría un escandaloso contrasentido aplicar esa reforzada garantía a las leyes que “desarrollan” tales derechos y no aplicarla a las leyes que los “constrañen”, siendo así que es la “restricción” o “limitación” de los derechos fundamentales la que está más necesitada de control y debe garantizarse siempre al máximo.

Por todo ello, me parece también inobjetable la declaración del TC de que “el Código Penal, y en general las normas penales, estén en él enmarcadas formalmente o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del art. 81.1 CE, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad” y de “ahí que deban tener carácter de orgánicas” (fundamento jurídico 5º).

Esta interpretación me parece más conveniente que la que establece aquella escisión entre “normas de desarrollo” y “normas limitativas”, a la que antes me he referido. Interpretación en la que abundó la STC 254/1988, de 21 de diciembre: “Se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente”.

Sentado esto, el TC concluye que, si bien no puede hablarse de un “derecho de rango” de ley orgánica, sí cabe decir que el derecho reconocido en el art. 17.1 “incluye todas sus garantías previstas en diversos preceptos constitucionales (el mismo art. 17, los arts. 25.1, 53.1 y 81.1) cuya vulneración supone la del mismo derecho”, de manera que “la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin

ese carácter (s.c. ley orgánica) viene a constituir una vulneración de las garantías del derecho a la libertad reconocido en el art. 17.1 CE y, por ello, una violación de ese derecho protegible en la vía de amparo”, tal como había razonado el recurrente en trámite de alegaciones.

Doctrina que recoge, a propósito de la huelga, Pablo Mayor:

“En la huelga, como sucede con todos los derechos fundamentales, tanto las normas que regulan un derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio, vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente, si bien la fuerza vinculante de los derechos fundamentales determina que *los límites a los mismos deban interpretarse de modo restrictivo y en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos* (254/88, de 21 de diciembre). En particular, nuestro Código Penal otorga carácter criminal al ejercicio del derecho de huelga en el caso de ‘violencia o intimidación’, por lo que el órgano judicial, y en su caso el TC, *habrán de respetar los límites que deriven de la consideración conjunta del derecho constitucional y de la norma penal*”.

No es cierto, por lo demás, que quienes defendemos una reserva absoluta de L.O. partamos de “una consideración de ésta como jerárquicamente superior a la ordinaria, en contra de lo que es aceptado por la doctrina mayoritaria” (Feijóo). Sabemos que, como enseña García de Enterría, lo decisivo es que la ley es siempre “expresión de la voluntad popular” y no la forma concreta en que esa voluntad popular se exprese. Sabemos que la jerarquía de las normas no es nunca una jerarquía de los procedimientos de producción.

Pero nada de esto supone que la Ley orgánica no implique un plus de garantía respecto a la ordinaria. Como indica acertadamente el T.C. en

su S. 159/86, de 12 de diciembre, “la exigencia de que la norma penal que impone sanciones de privación de libertad esté contenida en una Ley Orgánica, lo que supone un procedimiento específico de elaboración y aprobación, **añade una garantía** —frente al mismo legislador— a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho a la libertad”.

Pero es que, además, y este es un argumento decisivo, la reserva absoluta de ley que se defiende tanto por los partidarios de Ley Orgánica como de Ley Ordinaria, sólo puede conseguirse exigiendo Ley Orgánica, por la sencilla razón de que el art. 82 de la C.E., al regular la delegación legislativa por las Cortes Generales al Gobierno, únicamente exceptúa de tal posibilidad de delegación las normas con rango de Ley Orgánica (82.1: “Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior”), que incluye, como sabemos, las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas (Córdoba). La posibilidad de regular delitos y establecer penas mediante Decretos-Leyes quedaría prohibida en virtud del art. 86.1, pero no así la de hacerlo a través de Decretos-Legislativos (Serrano Alberca).

El TC rechaza los Decretos-leyes, pero admite los Decretos legislativos (disposiciones gubernamentales, con rango de ley, dictadas en virtud de delegación y sujetas a límites estrictos).

La exigencia absoluta de ley orgánica es la única que garantiza que la potestad de definir delitos y establecer penas quede reservada en exclusiva a la autoría del legislador, como quería Beccaria: “debe residir únicamente en el legislador”.

En referencia con las normas penales que comprometen la libertad (o, por extensión, cualquier otro derecho fundamental) el TC concluye en las tan mencionadas Sentencias de 1986 que “si bien no puede hablarse de un ‘derecho al rango’ de ley orgánica, si cabe decir que el derecho reconocido en el art. 17.1 “incluye todas sus garantías previstas en diversos preceptos constitucionales (el mismo art. 17, los arts. 25.1, 53.1 y 81.1) cuya vulneración supone la del mismo derecho”, de manera que “la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter (s.c. ley orgánica) viene a constituir una vulneración de las garantías del derecho a la libertad reconocido en el art. 17.1 CE y, por ello, una violación de ese derecho protegible en la vía de amparo”, tal como había razonado el recurrente en trámite de alegaciones.

Pero el TC entiende que esa conclusión no conlleva una reserva absoluta de ley orgánica, porque existen normas penales que no afectan a la libertad ni a otros derechos fundamentales como serían, por ejemplo, aquellas que protegen intereses patrimoniales y establecen para protegerles penas pecuniarias.

Como hemos recordado antes, el recurrente en amparo fue condenado conforme a la Ley Ordinaria 40/1979, de 10 de diciembre, que sancionaba los delitos monetarios con penas conjuntas de arresto mayor y multa. El TC estima parcialmente el recurso y anula las Sentencias impugnadas exclusivamente en cuanto impusieron la pena privativa de libertad, pero no la imposición de la multa, impuesta imperativamente asociada al correspondiente arresto sustitutorio.

El TC entiende que la vulneración del art. 17.1 CE “se concreta en la imposición de la pena de arresto mayor” y no puede extenderse al resto

del contenido de las sentencias impugnadas, “pues las demás penas impuestas o no suponen una restricción por sí mismas de ese derecho, o, si pueden suponer subsidiariamente una privación de libertad (como es el caso de la multa), ello se debe a la aplicación de otras normas cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada y que quedan, en consecuencia, fuera del ámbito en que se plantea el presente recurso”.

Y esta es la doctrina que viene manteniendo el TC desde la primera Sentencia de 1986 citada hasta la actualidad. Doctrina que encuentra su punto débil en la consideración que implica del arresto sustitutorio, cuestión que el TC orilló al indicar que si las multas pueden suponer subsidiariamente una privación de libertad, ello se debe a la aplicación de otras normas cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada en el recurso.

En el fallo de las Sentencias condenatorias que dieron lugar al recurso de amparo que resolvió la STC 140/1986, la imposición de la pena de multa va imperativamente asociada a un “arresto sustitutorio de 90 días”, fallo que, como no podía ser de otra manera, se dicta en virtud de la Ley 40/1979, que es la causa determinante de que al recurrente se le hubiese impuesto el citado arresto sustitutorio. Sin ella, nunca hubiese podido ser condenado a tal arresto que los hechos realizados. Por lo demás, para saber si una norma afecta, o no, a derechos fundamentales no vale aislarla arbitrariamente desentendiéndola de los efectos que, una vez insertada en el sistema, genera en virtud de la obligada conexión con otras. Todo lo cual hace inadmisibile, a mi juicio, la argumentación del TC relativa al arresto sustitutorio, que encuentra asimismo otra razón en contra en lo dispuesto en el art. 25.3 de la CE: “La Administración no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”. Prohibición que entraña

el reconocimiento de que también la imposición de sanciones que implican subsidiariamente privación de libertad, afectan a ésta y, por eso, se prohíbe a la Administración civil que pueda imponerlas.

A propósito del arresto sustitutorio se produjo en los últimos tiempos una importante modificación, descrita con todo acierto por Susana Huerta:

“A la vista de estos criterios, se hace patente que la jurisprudencia constitucional no ha asumido aquella postura doctrinal que reclamaba una reserva de ley orgánica para toda la materia penal, ni su presupuesto de origen, a cuyo tenor la exigencia de reserva absoluta de ley en ese ámbito no está contenida en el artículo 25.1, sino en el 81.1 CE. Asimismo se observa que el TC no participa de la opinión mantenida por un importante sector doctrinal (Jareño Leal) en el sentido de que el arresto sustitutorio por impago de una pena de multa tiene naturaleza de pena privativa de libertad” (como yo mismo sostuve a la vista de las primeras Sentencias del TC).

Y anticipa con enorme oportunidad Susana Huerta que de haber acogido el TC la opinión de que el arresto sustitutorio tiene naturaleza de pena privativa de libertad, “tendría que haber declarado la extensión de la reserva de ley orgánica también a las normas penales que establecen penas pecuniarias”. Y añade: “Es de esperar, sin embargo, una expresa revisión de esta doctrina a la vista de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha declarado expresamente que el mencionado arresto sustitutorio tiene naturaleza de medida privativa de libertad arcaica establecida exclusivamente en beneficio del Tesoro Público (STEDH de 2 de julio de 2002, asunto Görkan c. Francia) y de

que el propio Tribunal Constitucional ha admitido recientemente que tiene naturaleza de pena privativa de libertad (STC 234/2007).

La STC 234/2007, de 5 de noviembre, dictada bajo ponencia de M. Aragón Reyes, declara:

“El art. 17.1 CE ha concretado la garantía de la libertad personal, en lo que ahora importa, imponiendo que la privación o restricción de la libertad no se lleve a cabo sino ‘en los casos y en la forma previstos en la Ley’. Ello significa que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa, como pena privativa de libertad que es (arts. 35 y 53 CP.), ha de ser impuesta conforme a la Ley penal vigente a la fecha de perpetrarse los hechos delictivos (*nulla poena sine previa lege*), y ‘en virtud de Sentencia dictada por un Tribunal competente’ [apartado 1 a) del art. 5 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (RCL 1979, 2421): STC 19/1988, de 16 de febrero, F. 4]. De suerte que la imposición de la responsabilidad personal subsidiaria sin atenerse a lo dispuesto en la Ley, supone –además de una vulneración del derecho a la legalidad penal– la lesión del derecho a la libertad personal, como ya lo señalara, de forma incidental, la STC 256/1988, de 21 de diciembre (RTC 1988/256), F. 7.

Esto es justamente lo que acontece en el presente supuesto, en el que la Audiencia Nacional ha establecido, al ejecutar la Sentencia condenatoria, una responsabilidad personal subsidiaria que no aparece contemplada en dicha Sentencia y además lo ha hecho aplicando retroactivamente una norma penal desfavorable, imponiendo de esta forma al recurrente una pena privativa de libertad de nueve meses de duración carente de fundamento legal, con violación, en consecuencia, del de-

recho a la libertad personal, del que nadie puede ser privado, según establece el art. 17.1 CE, sino ‘en los casos y en la forma previstos en la Ley’ “.

## 2.- *Lex praevia.*

La ley no podría cumplir la función que tiene asignada el principio de legalidad si no fuese una ley anterior a la comisión del hecho al que se aplica. La tipicidad no supone sólo determinación, sino predeterminación.

De “imperiosa exigencia de predeterminación normativa” habla la STC 42/1987, de 7 de abril.

Ninguna seguridad jurídica habría si la norma aplicable no fuera anterior a la comisión del hecho. El ciudadano debe tener la posibilidad de saber cuando decide emprender su acción si la comisión de la misma va a acarrearle, o no, consecuencias penales.

El principio de legalidad impide que alguien pueda verse sorprendido *a posteriori* con una ley que considera el hecho, que en el momento de la comisión no lo era, como delictivo y lo castiga con una pena no prevista en aquel momento.

Es necesario –como señaló López de Oñate en su espléndido libro “La certeza del Derecho”– que “cada cual sepa, una vez concebida la acción, no cuál será su resultado histórico, lo que sería tanto como conocer lo absoluto, sino por lo menos cómo será calificada la acción”.

Lo que ha permitido –como indica López de Oñate– que algunos hayan definido al Derecho como un **sistema de garantías de la acción.**

Los ciudadanos tienen derecho a programar sus comportamientos sin temor a verse sorprendidos *a posteriori* por condenas no previstas legalmente con anterioridad.

Como asegura el TEDH en la Sentencia de la Gran Sala 73/2013, de 21 de octubre: “Los delitos y las penas correspondientes deben estar claramente definidos por la ley. Este requisito se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente, y si es necesario con la ayuda de la interpretación de los tribunales y tras haber solicitado asesoramiento letrado adecuado, qué acciones y omisiones le acarrearán responsabilidad y a qué pena se enfrenta por ese motivo”.

La irretroactividad de la ley penal se deduce del valor seguridad jurídica (art. 9 CE), insisto en el enunciado del art. 25 CE, más allá de la prohibición de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables que proclama el art. 9.3 de la CE. El fundamento de la irretroactividad de la ley penal se identifica con el fundamento mismo del principio de legalidad.

Fundamento que no se quebranta, en cambio, cuando la que se aplica es una ley más favorable que la que estaba en vigor en el momento de la comisión del hecho. Retroactividad de la ley penal más favorable, que acoge con gran amplitud al apartado 2 del art. 2 del CP. “No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiere recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena”. La eficacia retroactiva de la ley más favorable traspassa la santidad de la casa juzgada (existencia de sentencia firme) y el beneficio alcanza al condenado aunque se encuentre ya cumpliendo la condena.

Cuando se defiende la estricta prohibición de retroactividad se piensa en la retroactividad en **perjuicio del reo**. La rigurosa aplicación de la prohibición de retroactividad encuentra sus fronteras “allí donde, en lugar de cumplirse el fin perseguido –protección del autor frente a las penas sobrevinidas– se produciría un perjuicio para el mismo” (Maurach).

Aunque a veces se invocan razones humanitarias (*pietatis causa*), la retroactividad de la ley más benigna posee un fundamento de justicia. La modificación de la ley es signo de un **cambio valorativo** operado en el ordenamiento jurídico. Por la supresión o atenuación de la conminación penal, manifiesta el legislador una **revisión** de su primitiva concepción. Mantener a ultranza la irretroactividad equivaldría a condenar al autor de acuerdo con una concepción más severa que el propio ordenamiento repudió y la ley ya no profesa. Se vulneraría, en definitiva, la justicia material.

La posible extensión de la prohibición de retroactividad a los cambios de interpretación jurisprudencial fue objeto de consideración por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito de la llamada **doctrina Parot**, conocido terrorista condenado por múltiples atentados y asesinatos.

La doctrina Parot, que consagra la STS 197/2006 de 28 de febrero, cambió el criterio jurisprudencial que se venía siguiendo de manera constante para el cómputo de los beneficios penitenciarios, bajo la vigencia del derogado CP. de 1973 y se siguió manteniendo después de la entrada en vigor del de 1995 (SSTS 1003, de 15 de septiembre y 1223/2005, de 14 de octubre). El TS entendió hasta la citada Sentencia de 2006, sin excepción alguna, que la acumulación de penas en casos

de múltiples condenas, con el límite legalmente establecido, constituía una pena “resultante y autónoma”, a la que se remitían los beneficios previstos en la ley.

La STS 197/2006 rompe con tal entendimiento: “Una interpretación conjunta de las reglas primera y segunda del mencionado art. 70 del Código Penal, texto refundido de 1973, nos lleva a considerar que el límite de treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni, por consiguiente, **en otra resultante de todas las anteriores**, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario... Aquí nada se refunde para compendiar todo en uno, sino para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación. Consiguientemente, las varias penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan, y con todos los beneficios a los que tenga derecho. Por tanto, en la extinción de las penas que sucesivamente cumpla aquél, se podrán aplicar los beneficios de la redención de penas por el trabajo (que preveía el CP. de 1973 vigente en el momento de los hechos). De tal modo, que la forma de cumplimiento de la condena total será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo”.

Los efectos de este cambio de doctrina los resume acertadamente Teresa Rodríguez Montañés en los siguientes términos:

“La nueva doctrina introduce un nuevo criterio de cómputo de las redenciones, desfavorable para el reo, que se aplica retroactivamente, y que, *de facto*, significa el cumplimiento efectivo del máximo de treinta

años de prisión cuando la suma de las condenas es superior a cuarenta y cinco años y la pérdida de todo efecto útil de las redenciones ya obtenidas en la práctica totalidad de los casos a los que se aplica. En definitiva, y por vía interpretativa jurisprudencial, se excluye el beneficio –sin base legal alguna, pues el art. 100 no excluía de su ámbito de aplicación ningún tipo de delito ni de delincuente– a todos los condenados que se encuentren en esa situación.

Y esa ‘interpretación’ se realiza en un momento en que la norma interpretada había sido ya derogada, habiéndose suprimido la redención de penas por el trabajo en el CP. de 1995, que establece en el art. 78 el que se ha venido a denominar ‘cumplimiento efectivo de las penas’. Como señala Vives Antón, ‘cabe preguntarse si los jueces [...] pueden adoptar una norma interpretativa que la ley no hubiera podido hacer suya sin incurrir en inconstitucionalidad’. En efecto, nadie discute que si una ley hubiera establecido semejante previsión, no hubiera podido aplicarse retroactivamente sin infringir la prohibición de retroactividad desfavorable consagrada en la Constitución. ‘Como según la Constitución española –continúa Tomás Vives– los jueces están sometidos al imperio de la ley, parece difícil entender que puedan regular materias de modo que a la ley le estarían constitucionalmente vedadas’.

Por otra parte, y a consecuencia de ello, se defraudan las expectativas de los condenados de obtener la libertad en un determinado momento (normalmente hay muchos años de diferencia, hasta once, entre uno y otro cómputo), fundadas en una interpretación y aplicación jurisprudencial inequívoca y unánime y en actos igualmente inequívocos de la Administración penitenciaria, reflejados en las liquidaciones provisionales de condena periódicamente elaboradas y, en muchos casos, incluso en la propuesta de licenciamiento definitivo elevada al órgano

judicial encargado de la ejecución. En definitiva, se cambian las ‘reglas de juego’ en el cómputo de la pena cumplida, prolongando la estancia en prisión de quienes ya tenían cumplida su pena de acuerdo con las reglas aplicadas hasta ese momento en la ejecución de sus condenas”.

El nuevo criterio sentado por la STS 197/2006 fue objeto de consideración por el Pleno del TC en su Sentencia 39/2012, de 29 de marzo, que a juicio de la citada Rodríguez Montañés dio a la cuestión suscitada una respuesta que califica de “evasiva”.

Rechazó la existencia de una vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por tratarse de una cuestión relativa a la ejecución de la pena privativa de libertad, y no a su definición legal, remitiéndose en este punto a la jurisprudencia del TEDH, que no descarta, en cambio, que el giro de interpretación pueda afectar al derecho a la libertad.

Los Magistrados Adela Asúa Batarrita y Pablo Pérez Tremps, en sus respectivos votos particulares a la STC 39/2012, echan de menos que no se haya considerado con mayor profundidad la posible vulneración de la legalidad penal y de la libertad.

“Mi discrepancia –dice Adela Asúa– se refiere a la insuficiente fundamentación que ofrece la Sentencia para rechazar la alegación sobre la vulneración del derecho a la legalidad penal ex art. 25.1 CE, queja que a mi juicio debiera haberse estimado en base a los argumentos que mantuve en la deliberación en el Pleno. En la conculcación de la legalidad penal se condensa la afectación nuclear a la seguridad jurídica y a garantía reforzada de certeza en la interpretación y aplicación de las leyes penales, que en este caso deriva en la lesión del derecho a la libertad personal (art. 17 CE)”.

Por su parte, Pérez Tremps observa: “Mi discrepancia con la mayoría del Pleno se fundamenta, sin embargo, en que se ha renunciado a hacer una previa valoración en que se verificara si, en el concreto contexto normativo que encuadra estos asuntos y teniendo en cuenta sus singularidades, la aplicación de este nuevo criterio jurisprudencial había producido la vulneración aducida del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE). En mi opinión, desde una lectura y análisis de este derecho fundamental comprensiva de su carácter de garantía esencial del ciudadano y de su valor primordial del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), creo que debiera haberse concluido que dicha aplicación, por las razones que paso a exponer, sí vulneró el derecho fundamental a la libertad personal del recurrente”.

La doctrina Parot fue finalmente objeto de enjuiciamiento por el TEDH, no a demanda del propio Parot, que no pudo hacerlo por defecto de agotamiento de la jurisdicción nacional, pero sí a petición de la ciudadana española Inés del Río Prada, que se encontraba en la misma situación que Henri Parot.

El TEDH se ocupó de la referida doctrina en las Sentencias 2012/66, de 10 de julio de la Sección 3ª y 2013/73, de 21 de octubre de la Gran Sala, que confirma la primera.

La Gran Sala entendió que “la doctrina Parot no puede considerarse como una medida que afecte exclusivamente a la ejecución de la pena impuesta a la demandante, como afirma el Gobierno. En efecto esta medida dictada por el Juez que había condenado a la interesada también lleva a una redefinición del alcance de la ‘pena’ impuesta. Como consecuencia de la “doctrina Parot” la pena máxima impuesta de treinta años de cárcel ha perdido su carácter de pena autónoma sobre la cual

se debían calcular las redenciones de pena por trabajo para convertirse en una pena de treinta años de cárcel que, en realidad, no eran susceptibles de ninguna redención de pena de este tipo... “Este Derecho”, en el sentido material que tiene este término en el Convenio y que incluye también el derecho no escrito o jurisprudencial, había sido aplicado de manera constante por las autoridades penitenciarias o judiciales a lo largo de numerosos años, hasta el giro jurisprudencial efectuado por la “doctrina Parot”... El giro litigioso no se apoya en una interpretación de la ley penal, que se limita a seguir una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia. A la vista de cuanto precede, el Tribunal estima que en el momento en que se han dictado las condenas de la demandante y en el que la misma ha recibido la notificación de la resolución de la acumulación y límite máximo, nada indicaba la existencia de una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia que fuera en el sentido de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006. La demandante no podía por tanto esperar el giro efectuado por el Tribunal Supremo ni, en consecuencia, que la Audiencia Nacional computara las redenciones de pena concedidas, no sobre la pena máxima de treinta años, sino sucesivamente sobre cada una de las penas dictadas. Como ha constatado el Tribunal anteriormente (aps. 109 y 111), este giro jurisprudencial ha tenido como efecto la modificación, de forma desfavorable para la demandante, del alcance de la pena impuesta”.

Demandante que ha visto que su privación de libertad con el nuevo cómputo, aplicado retroactivamente, se prolongaba casi nueve años más.

No era difícil predecir cuál iba a ser la resolución del TEDH y aunque desde las instancias oficiales se criticó, la doctrina penal más autorizada la consideró, con razón, plenamente ajustada a Derecho.

### 3.- *Lex certa.*

Como ya señaló Beling, una ley penal que declarase “quien comete una acción antijurídica y culpable será castigado con una de las penas previstas en la ley, según el criterio del Juez”, respondería indudablemente al significado formal del axioma *nullum crimen, nulla poena sine lege*, pero de ningún modo respetaría el contenido material del principio de legalidad.

Una cláusula legal de tal índole no haría, sino legitimar formalmente la incerteza jurídica.

El principio de legalidad impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado.

El TC habla al respecto de un **mandato de determinación o taxatividad**: el legislador debe dictar normas “**precisas, claras e inteligibles**” (STC 137/1997).

Mandato no siempre fácil de cumplir.

¿Cómo lograr la previsión –se preguntaba el gran procesalista italiano Carnelutti– en una norma abstracta y general de la infinita riqueza y variedad de las concretas situaciones reales a las cuales, en última instancia, debe aplicarse aquella norma?

Expresaba de esta forma Carnelutti la permanente tensión entre seguridad y justicia.

De este modo una primera dificultad deriva ya de la naturaleza abstracta y general que ha de revestir la norma.

El propio TC ha reconocido que las normas penales son siempre, en alguna medida, indeterminadas. En la STC 120/1996 se afirma que las fronteras que demarca la norma sancionadora son “ineludiblemente bo-

rrosas “por razones, ya, del carácter abstracto de la norma y de la propia vaguedad y versatilidad del lenguaje”. Versatilidad que “el propio legislador puede potenciar para facilitar la adaptación de la norma a la realidad” (STC 53/1994).

Aparte de esta indeterminación congénita, la principal fuente de indeterminación está representada por:

A) La directa utilización de conceptos indeterminados.

La Jurisprudencia constitucional reconoce que una redacción completa y acabada de los tipos penales es imposible.

El mandato de determinación “no supone que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos” (STC 111/1993), ni que el tipo no pueda incorporar “conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación” (STC 62/1982).

El TC se refiere a un límite y a dos condiciones:

**a) Límite:** la arbitrariedad.

Contradican el artículo 25.1 CE “los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el sentido estricto de la palabra, de los Jueces y Tribunales” (STC 89/1993).

**b) Primera condición.**

Necesidad para la adecuada protección que se persigue.

El recurso del legislador a las cláusulas abiertas no puede ser indiscriminado, “ya que sólo resulta constitucionalmente admisible cuando exista una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitu-

cional, y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos” (STC 151/1997).

Un buen ejemplo lo ofrece la regulación del delito de injurias. “Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves”. El código renuncia, con buen criterio, a la descripción de un repertorio casuístico de ofensas, imposible de cerrar, e introduce en el tipo de las injurias graves un elemento normativo con valoración social. Como todo elemento normativo, remite a una valoración del Juez, que éste ha de formular, a su vez, conforme a valoraciones sociales. El Juez deberá comprobar si la acción ejecutada o expresión proferida son portadoras de un contenido ofensivo que, en el entorno social en que se producen, se estima grave.

**c) Segunda condición.**

**La determinabilidad.**

La indeterminación tolerable es la indeterminación necesaria y determinable.

**Consecuencias.**

**a) Procesales.**

**Exigencia de motivación reforzada.**

(STC 51/2005), de 14 de marzo, en caso de tipos con: “cláusulas normativas abiertas y por ello necesitadas de valoración o complementación judicial”.

STC 151/1997: “El déficit de la ley sólo es compatible con las exigencias del principio de legalidad si el Juez lo colma”.

## **b) Sustantivas.**

El TC ha sugerido la posibilidad de que repercuta dicho uso en la determinación de la pena a través de una reducción de la antijuricidad de la conducta o culpabilidad del autor.

STC 62/1982: la validez constitucional del empleo de conceptos indeterminados con la correspondiente “incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, debe tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena por el Tribunal”.

B.- La segunda fuente de indeterminación son las remisiones del tipo a otros cuerpos normativos para establecer directamente el contenido del precepto o para precisar alguno de sus contornos.

Se trata de las llamadas “Normas penales en blanco” (STC 62/1982).

Ejemplo, el delito contra el medio ambiente previsto en el art. 325 CP: “Será castigado... el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque, etc”.

Técnica que genera dos riesgos:

1) Dificulta al conocimiento de la norma.

2) La remisión puede suponer una Delegación de la exclusiva competencia del Parlamento (deslegalización en especial a favor de la Administración).

El tipo penal debe recoger en todo caso el núcleo esencial de la prohibición.

La remisión puede ir referida a normas autonómicas, lo que puede originar desigualdades.

El TC dio por buena la remisión de un Tribunal catalán en una sentencia sobre contrabando de una especie protegida de tortugas, a la vista de la estructura territorial del Estado y de que el complemento autonómico constituía un elemento inesencial del injusto penal.

#### 4.- *Lex stricta*.

La ley, en cuanto fundamento o agrava la responsabilidad penal, no se puede aplicar más que a los casos expresamente previstos en ella (CP. art. 4.1).

Tan contundente declaración, unido a lo que se deduce de la elaboración parlamentaria del mismo, podía hacer pensar que no resulta admisible la analogía *in bonam parte*, la que no contradice el principio de legalidad.

Más bien parece un inequívoco mandato dirigido a los jueces, que debe interpretarse en relación con los apartados 2 y 3 del mismo artículo.

La *analogia legis* (extraída de la propia ley) o la *analogia iuris* (extraída del ordenamiento jurídico), quedan prohibidas, en la medida en que suponen creación de Derecho (integración de ley, para casos no previstos).

El principio de legalidad impide que el Juez se convierta en legislador (TC 133/1987).

Las interpretaciones analógicas y extensivas contradicen el contenido del principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 de la CE.

Aunque conceptualmente se distinguen analogía e interpretación extensiva, el TC las equipara en su interdicción, porque también esta última rebasa al tenor literal de la norma (STC 196/2013).

STC 137/1997, de 21 de julio: “Sólo puede hablarse de una ampliación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas”.

STC 8 marzo 2002: la analogía sólo será admisible cuando la ley la prevea expresamente y resulte favorable para el reo (atenuante de análoga significación, art. 21. 7ª del CP.).

El sometimiento del Juez a la ley no le convierte en un mero autómatas que debe limitarse a una subsunción mecánica del hecho en la norma: premisa mayor la ley, premisa menor el hecho, conclusión el fallo.

El proceso interpretativo, operación intelectual por la que se busca y descubre el sentido objetivo de la norma con la finalidad de aplicarla a los casos concretos de la vida real, comporta siempre una dosis de creación.

Fenómeno no exclusivo de la interpretación jurídica.

Durante mi estancia en la Universidad de Roma tuve la suerte de poder asistir al seminario que dirigía Emilio Betti, que celebraba sesión la mañana de los sábados, sobre la Interpretación, no sólo la jurídica,

sino sobre todas las interpretaciones. Por el seminario pasaron todos los grandes juristas italianos, empezando por los eminentes Profesores de la propia Universidad de Roma, entre ellos mi maestro Giacomo Delitala, que aún sigue considerado hoy como el gran renovador del Derecho penal italiano del siglo XX. Y no sólo juristas, grandes Directores de orquesta, de teatro, entrenadores de futbol y en general quienes tenían a su cargo la dirección de grupos.

Los melómanos son especialmente sensibles a la aportación creadora de la interpretación. Para ellos no suena igual la interpretación de una misma partitura sinfónica interpretada por uno u otro Director de Orquesta.

Se cuenta la anécdota de un gran compositor de música clásica –lamento no recordar el nombre– que en una ocasión en la que asistió a la interpretación de una de sus grandes sinfonías permaneció todo el rato con los ojos cerrados y como adormilado, por lo que al final algunos críticos lo preguntaron si la actitud que había mantenido se debía a que la interpretación no le había gustado. Su respuesta fue: “Todo lo contrario. Estaba disfrutando de sonoridades que nunca antes había percibido”.

Destacados pensadores (Beccaria) y legisladores ilustrados (Ordenanza bávara de 19 de octubre de 1813), con el propósito de garantizar al máximo la certeza jurídica, incurrieron en la vana arrogancia de prohibir la interpretación de la ley penal.

Se cuenta que cuando Napoleón tuvo noticia de los primeros comentarios del Código Civil exclamó: ¡Mi Código está perdido!

Esa aportación creadora viene a integrarse en la propia ley y cuando proviene de un Tribunal superior, se convierte en la práctica en la norma que van a aplicar los Tribunales inferiores.

La aplicación de la ley a la realidad es producto de un complejo proceso de concreción, como lúcidamente expuso Córdoba:

En virtud de una serie de elementos en importante medida no resultantes de la ley, sino introducidos por el propio juzgador, es referida la misma desde su formulación abstracta a los particulares casos concretos, formándose así, progresivamente, a partir del texto legal y con el concurso de doctrina y jurisprudencia, la normativa que en constante evolución rige la conducta del hombre en sociedad (Córdoba).

Hay que decir que, en todo caso, esa inevitable aportación creadora del Juez, queda sometida al control de razonabilidad, empezando por el respeto al tenor literal de la norma, pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras (proposición normativa) y con palabras es conocido por sus destinatarios (STC 129/2008).

“Por imperativo del principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 CE, el criterio que los órganos judiciales han de seguir inicialmente en materia de interpretación de las normas penales es el denominado literal o gramatical, método consistente en averiguar el significado de los vocablos o frases con que se expresan las prohibiciones y los mandatos de actuación que en ellas se contienen (*vid.*, en este sentido, recientemente, la STC 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4). La importancia de este sistema de indagación del sentido literal posible de la proposición normativa radica en su función de valladar o límite máximo de toda interpretación constitucionalmente legítima, ya que en ningún caso podrá otorgarse tal calificativo a la que exceda del mismo. Sin embargo, las miserias de este método nos son bien conocidas, dado que los tipos penales no siempre aparecen redactados en forma clara y unívoca, sino que, con demasiada frecuencia, se acude para su formu-

lación a conceptos oscuros e indeterminados, a elementos normativos de difícil aprehensión, a términos sólo aparentemente anclados en el lenguaje vulgar o a voces procedentes de un lenguaje técnico-científico de imposible comprensión para los no “iniciados”; por no hablar de la existencia cierta de deficiencias sintácticas o de puntuación en los textos legales que, en no pocas ocasiones, entorpecen la captación de su verdadero sentido. Se hace, por ello, necesario recurrir en tales supuestos a otros criterios o métodos de interpretación, entre los que destaca el llamado **teleológico** o de averiguación del fin de protección de la norma en cuestión, pues, cuando no se sabe exactamente qué es lo que la ley dice, ayuda mucho saber qué es lo que ha querido decir. De ello se infiere que el método literal raramente puede aspirar a ser empleado en solitario, lo que no obsta para que se erija en barrera infranqueable de los restantes criterios de interpretación que no podrán conducir a resultados opuestos a los deducibles de lo expresado literalmente en el texto legal ni ir más allá de lo que sus propios términos manifiestan” (Susana Huerta).

La interpretación de las normas penales, con vistas a su aplicación a casos concretos, corresponde en principio a los Jueces o Tribunales de esa jurisdicción. El respeto a esa exclusividad hizo que el TC se mostrase reacio a controlar esa interpretación jurisprudencial. El vuelco de esa línea se produce a partir de la STC 137/1997, que declaró:

– “La interdicción de interpretaciones analógicas y extensivas *in malam partem* integra, junto a la exigencia de la tipificación de los ilícitos y las sanciones mediante *lex praevia, scripta, certa et stricta*, el contenido del principio de legalidad penal y el del correspondiente derecho fundamental del art. 25.1 CE.

– No toda interpretación y aplicación incorrecta, inoportuna o inadecuada de un tipo sancionador comporta una vulneración del principio de legalidad ni la del derecho fundamental que ex art. 21 CE lo tiene por contenido.

– Desde el punto de vista del enjuiciamiento constitucional cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente. Nuestro control queda, pues, delimitado en cuanto a la finalidad por el objetivo de evitar que las resoluciones judiciales impidan a los ciudadanos “programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente (STC 133/1987)”.

– No sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios”.

A partir de la STC 137/1997 son ya muchas las que se pronunciaron en el mismo sentido (entre otras, SSTC 229/2003, 120/2005, y 283/2006).

No corresponde en ningún caso al TC decidir cuál de las diversas posibles interpretaciones de una norma penal es la más correcta, oportuna o adecuada (Susana Huerta).

### **5.- El principio de legalidad y las medidas de seguridad.**

Para llevar a cabo la función preventiva que le compete, el Derecho Penal no cuenta sólo con las finalidades preventivas que la pena puede cumplir. Es preciso completar el sistema con medidas específicamente preventivas, desprovistas de carácter retributivo y cuya finalidad es la de evitar que el sujeto cometa en el futuro nuevos delitos. Su presupuesto no es un hecho concreto ya cometido, sino un **estado** en que se encuentra el sujeto que, por razones subjetivas y/o ambientales, permiten pronosticar que probablemente cometerá nuevos delitos en el futuro. Como dispone el artículo 95.2ª del CP., la aplicación de las medidas de seguridad requiere que “del hecho (s.c. delictivo cometido) y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.

Aunque el CP. extiende el principio de legalidad a las normas que establecen medidas de seguridad (artículos 2.1 y 3.1 y 2), las diferencias sustanciales que median entre penas y medidas de seguridad obligan a reconocer que el mandato de determinación no puede ser tan exigente con las normas que establecen medidas como lo es con las que describen los presupuestos, el contenido y la duración de las penas (Lascuraín). Por su parte, el TC ha declarado que “la relativa indeterminación del tipo de medida que debe adaptarse en cada caso o la relativa indeterminación de su duración responde al hecho de que ambas se

establecen en función de un dato aleatorio como es la evolución de la enfermedad y peligrosidad social del enajenado, y no de un dato cierto y previamente conocido como pueda ser la duración de la pena que le hubiera correspondido de haber configurado las medidas de seguridad como respuesta a la culpabilidad del sujeto responsable de la acción delictiva (STC 24/1993, de 21 de enero).

El CP., consciente de que esa consustancial indeterminación, que entrañan las medidas de seguridad, puede afectar a derechos fundamentales, como sucede, obviamente, cuando se trata de la imposición de medidas privativas de libertad (art. 96), establece diversas disposiciones tendentes a garantizar la seguridad jurídica.

En tanto el presupuesto de las medidas es un **estado** y no un hecho concreto que se produce en un momento determinado, una consideración puramente lógica conduciría a la conclusión de que la medida debería durar tanto como dure ese **estado**, es decir, las medidas deberían ser de **duración indeterminada**. Para conjurar el posible quebranto de la seguridad jurídica, el CP. en los respectivos supuestos previstos en los artículos 101, 102, 103 y 104 dispone que la medida de internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la correspondiente pena privativa de libertad. Por la misma razón, al ser la peligrosidad un **estado**, una contemplación puramente lógica lleva a la conclusión de que la imposición de una nueva medida mientras dure ese estado no debería estimarse como una aplicación retroactiva. El CP. admite, como no podía ser menos, la posibilidad de sustituir la medida inicialmente impuesta por otra, que puede ser más adecuada a la vista de la evolución del sujeto o de los avances científicos o tecnológicos. Pero, en todo caso, exige que la nueva medida figure **prevista** para el supuesto de que se trate. Artículo 97.b: Durante la ejecución de la sentencia el Juez o

Tribunal podrá “sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate”.

La mayor dificultad de cumplir el mandato de determinación cuando se trata de formular tipos de peligrosidad, la compensa el CP. con la exigencia de que para la aplicación de las medidas de seguridad ha de concurrir siempre la circunstancia de que “el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito”. De este modo se introduce en el ámbito de las medidas de seguridad la certeza que comportan los tipos de delito, al tiempo que se destierran del sistema penal las detestables medidas de seguridad predelictivas.

## **II.- Principio del hecho.**

**El sustrato del delito ha de ser siempre un hecho, un comportamiento concreto y exteriorizado.**

**Art. 10 CP:** “Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley.”

De él deriva una doble eficacia excluyente:

### **a) Impide considerar delito las actitudes puramente internas.**

El pensamiento no delinque. Axioma que proviene ya del Derecho romano. Texto de Ulpiano en el Digesto (48.19.18).

En nuestra moderna sociedad la impenetrabilidad va más allá del pensamiento. Comprende según Jakobs además un espacio o esfera privada (morada, contactos sociales consensuados, etc.). Jakobs asegura que el control de esa esfera destruiría a la persona como persona civil.

En el polo opuesto a esta opinión de Jakobs se coloca la Reforma del CP. de 2015, que prevé la posibilidad de colocar dispositivos de escucha y grabación en el interior del domicilio, incluidos “los espacios destinados al ejercicio de la privacidad” y el legislador se queda tan satisfecho con exigir que en estos casos “la resolución habilitante habrá de extender su motivación a la procedencia del acceso a dichos espacios” (art. 588 quarter a).

Dicha posibilidad entraña, a mi juicio, un sacrificio inadmisibles del derecho fundamental a la intimidad.

**b) Impide, por otra parte, concebir al delito como un modo de ser de la persona.**

A la persona se le castiga por lo que hace y no por lo que es, sin perjuicio de que características personales puedan ser tenidas en cuenta, p. ej., para determinar la medida de la pena, y que el conocimiento y voluntad del autor condicionen la existencia de dolo o imprudencia.

El penalista alemán Dahm propugnó, bajo el régimen nacionalista-socialista, la sustitución del Derecho penal del hecho por un Derecho penal de autor. El Derecho penal debe alcanzar a la persona en cuanto es y no por lo que hace. No tiene sentido hablar de hurto o de asesinato, sino de ladrón o asesino.

Entre otros muy graves problemas, tal punto de vista, suscitaría cuestiones de legalidad, por la mayor dificultad de tipificar personalidades que hechos. Y además llevada a sus últimas consecuencias tal concepción se prestaría a las mayores arbitrariedades, p. ej., absolver a quien mata al opositor al régimen totalitario alegando que no reviste las características de asesino.

Como dice Cancio Meliá, “el Derecho Penal de autor no necesita, en conclusión, en puridad de una definición del delito (del hecho), sino del autor, y responde a una orientación exacerbada de la prevención especial como teoría de la pena: **aquella que puede denominarse prevención especial negativa o de inocuización (en la terminología estadounidense: incapacitación)**, con base en la cual las intenciones del autor lo hacen especialmente peligroso. Dicho de otro modo, el Derecho Penal de autor niega el punto de partida básico de que el ordenamiento sólo debe penar el daño social producido.”

“Lo que queda excluido en virtud del principio del hecho es –advierte Cancio– que lo externo sólo sea un subterfugio para identificar la actitud interna que caracteriza al sujeto que se quiere castigar no por lo que ha hecho, sino por lo que es. Ésta es la orientación esencial de lo que se ha denominado en los últimos años «Derecho Penal» del enemigo: este concepto, desarrollado por Jakobs, caracteriza determinados fenómenos del Derecho Penal de la actualidad (sobre todo, en el Derecho Penal antiterrorista, de las organizaciones criminales o respecto de determinadas infracciones sexuales) como un Derecho de excepción, separado del Derecho Penal «normal» (del ciudadano), en el que se reacciona frente a determinados autores (enemigos) con reglas especiales (aumentando las penas, adelantando la intervención del ordenamiento penal, limitando los derechos procesales) en atención a sus intenciones especialmente peligrosas. La manifestación más intensa de esta orientación de la legislación penal occidental de la actualidad se encuentra probablemente en los EE.UU., en algunos de cuyos Estados existen las llamadas reglas de *three strikes and you're out* (tomando el término de las reglas de béisbol: a la tercera falta, exclusión del juego), que pueden determinar que a la comisión de tres infracciones penales, aunque éstas

no sean graves, el autor sea condenado a pena de reclusión de por vida sin posibilidad de liberación.”

El principio que comentamos exige para que exista tentativa un comienzo de ejecución, en virtud del cual el autor haya rebasado la fase de ideación y haya exteriorizado su voluntad con actos que entrañan un inicio de ejecución del delito. Art. 16.1. del CP.:

“Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.”

Exigencia que conlleva la impunidad de los actos que son todavía mera preparación.

El vigente CP. castiga con carácter excepcional, sólo en los casos expresamente previstos por la Ley, los actos preparatorios para delinquir: **Conspiración, proposición y provocación**, en los que ya existe una exteriorización de la voluntad de delinquir y la implicación de terceras personas, tal como se deduce de los respectivas definiciones que ofrecen los arts. 17 y 18 del CP.

Desviaciones del principio:

– Delitos de preparación.

Que castigan actos previos a la ofensa al bien jurídico (puesta en peligro o lesión). P. ej.,: preparación para integrarse en una organización criminal.

– Delitos de manifestación, que como la denominación indica, consisten en la exteriorización de ideas u opiniones y que, por ello mismo, pueden suscitar problemas de de deslinde con el derecho a la libertad

de expresión, como evidencia la STC 235/2007 de 7 de noviembre, que declaró inconstitucional la expresión “nieguen o”, que figuraba en el primer inciso del anterior art. 607.2 CP. y que hacía posible la incriminación de la negación del holocausto. La STC 235/2007 estimó que “la negación del genocidio solamente puede ser delictiva como forma de incitación al odio o a la hostilidad”, como establece ahora, después de la Reforma de 2015, el art. 510 CP.

### III.- Principio de lesividad y de protección de bienes jurídicos.

El Proyecto Alternativo alemán de 1966 recogía este principio en los siguientes términos: “Las penas y las medidas de seguridad tienen como finalidad la protección de bienes jurídicos y la reintegración del autor en la comunidad jurídica”.

Se suele enunciar este principio como principio de **exclusiva** protección de bienes jurídicos, pero yo prefiero prescindir del adjetivo exclusiva por dos razones:

– Porque el concepto mismo de bien jurídico está siendo sometido a una profunda revisión crítica.

– Porque incluso quienes defienden el principio, entre los que me incluyo, no dejan de reconocer que pueden existir delitos sin bienes jurídicos entendidos en sentido tradicional.

A propósito de la cuestión de si determinados sentimientos colectivos, como el escándalo público, pueden constituir también un interés digno de protección penal, entiende Gimbernat que sí siempre que sean legítimos –y sólo lo son si no están en contradicción con un derecho que le asista al autor– y advierte que “la correcta fundamentación de que di-

versas conductas sexuales castigadas en los Códigos Penales debían ser despenalizadas porque el sentimiento de escándalo que podían originar en un sector más o menos de la sociedad no podía ser considerado un bien jurídico, ha originado la confusión de que, igualmente, había que negar esa cualidad de bien jurídico. Pero esa conclusión es equivocada. Aquel sentimiento de escándalo no era un bien jurídico, no porque fuera un sentimiento, sino porque era un sentimiento ilegítimo.”

Roxin define los bienes jurídicos como realidades (vida humana, que le vienen dada al legislador) o fines (creados por él, p. ej., impuestos), que son necesarios para una vida social libre y segura.

La crisis no afecta tanto al concepto metodológico (finalidad de la ley, *ratio legis*) como al concepto crítico, criterio político-criminal y legitimador de la punibilidad.

Como recuerda Cancio, “el concepto de bien jurídico tiene dos vertientes: por un lado, cumple funciones estrictamente dogmáticas, inmanentes al sistema, de criterio rector de las infracciones existentes, al constituirse en guía de la construcción sistemática y de la interpretación de los concretos preceptos penales: el concepto teleológico o hermenéutico de bien jurídico. En el ámbito de los principios, de la Política Criminal, no se trata de interpretar intrasistemáticamente el Derecho Penal positivo en atención a su alcance, sino de examinar desde fuera cuáles son los requisitos mínimos para que un comportamiento pueda ser constitutivo de delito. La exigencia de exclusiva protección de bienes jurídicos es, por lo tanto, un criterio de legitimación dirigido al legislador y que sirve para examinar el Derecho tal y como es a partir de cómo debería ser: concepto crítico de bien jurídico.”

Sin desconocer la autoridad de quienes propugnan prescindir de la referida función crítica del bien jurídico (Hirsch, Stratenwerth, Jakobs), me adhiero a la opinión de Roxin, que sostiene que el principio del bien jurídico “cumple sobre todo una función de directriz político-criminal, como arsenal de instrucciones para la elaboración de un Derecho penal propio del Estado de Derecho democrático liberal”.

Un sector doctrinal alemán sostuvo, en tiempos del nacional-socialismo, que el Derecho Penal no debía reprimir tanto los ataques en sí a ciertos bienes jurídicos, como las manifestaciones de una voluntad infiel del individuo frente a los deberes para con el pueblo.

Schaffstein denunció en 1936 que la configuración del delito como lesión de bienes jurídicos era – literalmente– “un característico producto de la ideología del Estado del liberalismo clásico”.

De donde se deduce que no debe ser tan malo mantener esa concepción.

De entre quienes entienden que el principio de protección de bienes jurídicos no está en condiciones de cumplir la función que antaño se le atribuyó, no me resisto a decir dos palabras sobre el pensamiento de Jakobs, porque el pensamiento de Jakobs nunca deja indiferente a nadie.

Y para ello voy a seguir a Roxin.

El Derecho penal según Jakobs no tiene como fin la protección de bienes jurídicos, sino impedir la pérdida de vigencia de la norma.

“Desde esta perspectiva, la ejecución de la pena supone siempre el cumplimiento de su fin. Se confirma la constitución de la sociedad”.

“Se trata –dice literalmente Roxin– de una teoría de la sociedad cuyo parecido con la teoría de la pena de Hegel (la pena como “negación de la negación del Derecho”) salta a la vista”.

“Sin embargo –añade Roxin– no comparto este enfoque. En mi opinión el sistema social no debe ser observado en su propio beneficio, sino en beneficio de las personas que viven en tal sociedad”.

Esta idea me parece clave.

Proteger la vigencia de la norma me parece fundamental, pero el sistema penal no puede detenerse en la protección del propio sistema. No puede limitarse a ser autorreferente.

De manera que la conclusión de Jakobs obliga a la ulterior pregunta de a quién beneficia la norma cuya vigencia se protege. Por ahí reaparece la protección de bienes jurídicos y la figura del sujeto pasivo del delito o víctima que no aparece todavía si detenemos el análisis en la vigencia de la norma.

#### **IV El principio de culpabilidad.**

El principio no hay pena sin culpabilidad, según declara el Tribunal Constitucional, lo consagra la Constitución española como un “principio estructural básico del Derecho Penal” (S. del Pleno del TC 59/2009, de 14 de marzo, con abundante cita de otras anteriores).

Como indica Molina Fernández, “seguramente muchos penalistas, estarían dispuestos a afirmar que el principio de culpabilidad es el principio esencial del Derecho penal moderno.”

En cuanto se pronuncia el enunciado del principio, como acabamos de hacer, resulta obligado advertir que la culpabilidad que se menciona

aquí no se identifica con la categoría dogmática culpabilidad elemento del delito.

El término culpabilidad se utiliza aquí en un sentido amplio, para reflejar la necesidad de que la pena se imponga sólo al sujeto a quien puede responsabilizarse del delito (M. Pérez Manzano).

Esto explica que el mismo Tribunal Constitucional que proclama al principio de culpabilidad como principio estructural básico, se niegue de modo contundente a admitir que la Constitución haya optado por una concreta concepción dogmática de la culpabilidad. Así, entre otras, STC 150/1991, de 4 de julio: “La CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico de Derecho penal de manera que no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos. Pero la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, como es el de la ‘normalidad de la motivación’.”

El principio de culpabilidad comporta “que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal. La pena sólo puede “imponerse” al sujeto responsable del ilícito penal”; no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal “de autor” que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos; y no cabe la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender al elemento subjetivo de la culpa” (STC del Pleno 59/2008, ya citada.)

El principio de culpabilidad supone que vulnera la dignidad del hombre su castigo por algo que no ha hecho, por su simple manera de ser, por comportamientos que no puede dominar, por la infracción de normas que ni conocía ni podía conocer, por conductas cuya alternativa resulta inexigible.

Como acabamos de recordar, la jurisprudencia constitucional asegura con firmeza que nuestra Constitución consagra el principio de culpabilidad, pero como no se trata de una recepción expresa, sino inferida de otros valores, principios y derechos, se discute acerca de cuál es su concreta ubicación constitucional.

El propio Tribunal Constitucional elude un pronunciamiento claro al respecto, aunque en algunas resoluciones parece encontrar el asiento en el artículo 24.2 CE, en la proclamación del derecho a la presunción de inocencia.

Así, en la STC 19/1988 señala que “no es necesario ahora entrar a determinar en qué medida el principio **nullum crimen sine culpa** puede ser deducido de los dictados constitucionales, ni cuál fuera en tal caso, su basamento normativo propio.” En la STC 247/1993 niega su ubicación en el artículo 17.1 junto al derecho a la libertad, y en SSTC 44/1987,150/1989,3/1992 encuentra su acomodo en el marco del derecho a la presunción de inocencia.

Las dos primeras hablan de “los derechos reconocidos en el artículo 24.2 de la Constitución, tanto el principio de culpabilidad que inspira el Derecho penal constitucional, como la garantía de la presunción de inocencia”. La STC 69/1993, por su parte, señala que el reverso del principio de presunción de inocencia “es la culpabilidad”.

La localización del principio de culpabilidad en el marco del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 abre la vulneración del mismo al recurso de amparo. La apertura de este cauce tiene una gran trascendencia para posibilitar la demanda de protección constitucional a la persona afectada, cosa que no sucedería si el Tribunal Constitucional identificara la vulneración del principio de culpabilidad con la del libre desarrollo de la personalidad –a imitación de su homólogo alemán–, con la de la dignidad de la persona o con la del valor “justicia”.

C. Roxin deriva la idea de la culpabilidad de la dignidad del hombre proclamada por la Ley Fundamental alemana. La ya citada STC del Pleno 150/1991, con cita de la 65/1986, comparte ese mismo punto de vista al hablar de “la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella.” Mir Puig, ha señalado, en línea similar, que *“todos los principios derivados de la idea general de culpabilidad se fundan en buena parte en la dignidad humana”*. Bacigalupo considera que *“el principio de culpabilidad no ha sido recogido en forma expresa en la Constitución española ni se encuentra tampoco en las declaraciones de derechos suscriptas por España que, de acuerdo con el artículo 10.2 C.E., deben respetarse en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (...). Sin embargo, éste podría derivarse (...) del principio del Estado de Derecho (art. 1.1 C.E.) e incluso de la protección de la dignidad de la persona humana contenida en el artículo 10.1 C.E.”*. Esta solución tiene para el autor poco valor práctico, pues “la forma más característica de lesionar el principio de culpabilidad o sus consecuencias está constituida por las sentencias judiciales y éstas son sólo atacables por medio del amparo constitucional (art. 41.1 LOTC)

que - como se sabe - sólo se refiere a los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución. De ahí, concluye Bacigalupo, que pueda intentarse fundamentar el reconocimiento de las consecuencias derivadas del principio de culpabilidad en diversos preceptos: en el 25.1 y en el 9.3 (principio de legalidad: “posibilidad de saber qué se hace y de conocer el reproche social expresado en la punibilidad”), en el 17 (posibilidad de haber evitado la comisión del delito) y en el 15 (proporcionalidad de la pena concretamente aplicada al autor por el hecho cometido). Vives Antón indica que tal vez podría inferirse el principio de culpabilidad del término “culpable” del artículo 24.2 C.E y Arroyo Zapatero considera que la consagración constitucional del principio hay que encontrarla en la presunción de inocencia de dicho artículo.

Sin embargo, al Tribunal Constitucional, más allá de su proclamación como principio, ante la falta de expresividad al respecto del texto constitucional, no ha procedido a definirlo ni a catalogar sus consecuencias. Incluso, consciente de los límites de su jurisdicción, ha eludido expresamente toda mediación o manifestación referente a la polémica doctrinal relativa a los presupuestos filosóficos, a la localización y a las consecuencias que en el sistema de la teoría jurídica del delito tiene la culpabilidad.

Con ello, naturalmente, no terminan los pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional en relación con el principio de culpabilidad. El que no se haya visto como necesaria la definición del principio y la catalogación de sus consecuencias no comporta que el Tribunal Constitucional no haya ido enunciando algunas manifestaciones del principio en el marco de su tarea y al hilo de cuestiones tan relevantes como la constitucionalidad de la reincidencia, el arresto sustitutorio, la respon-

sabilidad administrativa de las personas jurídicas y la responsabilidad del representante de otro.

A) La primera de estas manifestaciones es el postulado de la personalidad de las penas. No se puede castigar a nadie por un hecho ajeno. La responsabilidad penal derivada de un determinado delito sólo puede recaer en quien ha sido declarado culpable del mismo como autor o como partícipe. Con claridad lo recuerda la STC 146/1994: *“Entre los principios informadores del orden penal se encuentra el principio de personalidad de la pena, protegido por el art. 25.1 de la Norma fundamental (STC 254/1988, fundamento jurídico 5.), también formulado por este Tribunal como principio de la personalidad de la pena o sanción (STC 219/1988, fundamento jurídico 3.), denominación suficientemente reveladora de su aplicabilidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador”*.

La sentencia que se acaba de citar se refería al inciso final del apartado 4 del art. 31 de la Ley 44/1978, que *“establecía la obligación solidaria de (todos) los miembros de la unidad familiar frente a la Hacienda; la dicción literal de este precepto permite que la Administración se dirija para el cobro de la deuda tributaria, incluidas las sanciones, no sólo al miembro o miembros de la unidad familiar que resulten responsables de los hechos que hayan generado la sanción, sino también a otros miembros que no hayan cometido ni colaborado en la realización de las infracciones y vulnera, por ello, el aludido principio de personalidad de la pena o sanción protegida por el art. 25.1 de la Constitución, incurriendo así en vicio de inconstitucionalidad”*.

El mismo postulado ha sido proclamado por el Tribunal Constitucional en dos sentencias separadas por casi diez años, la 131/1987 y la 92/1997. En la primera de ellas la recurrente se quejaba de que se había

cerrado un local de su propiedad por la condena impuesta a un arrendatario anterior por delitos relativos a la prostitución. En la segunda, la queja de la recurrente se refería al comiso de dos vehículos de su propiedad en virtud de un delito de contrabando de tabaco por el que ella no había resultado ni siquiera imputada.

A ambas recurrentes les concede el Tribunal la razón y el amparo por vulneración de los principios de culpabilidad y de legalidad. La vulneración de este último viene de la mano de la recepción legal del primero. Si se sanciona a alguien por un hecho de otro se lesiona su dignidad y se infringe el principio de culpabilidad, pero como nuestro ordenamiento vincula la pena al autor o al partícipe aquella sanción contravendrá también el ordenamiento penal, lesionará la seguridad jurídica del así sancionado y quebrará también el principio de legalidad.

Así, la STC 131/1987 concluye que *“no cabe la adopción de pena o de medida de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal”*, por lo que *“en el caso que nos ocupa, la extensión de la condena penal a la recurrente, que no fue parte en el proceso seguido contra la arrendataria y encargados del ‘Club Carabelas’, ni fue condenada por delito alguno, viola el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales, que se contiene en el principio de legalidad, y supone desconocimiento del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la C.E.”*. En paralelo, la STC 92/1997 concluye que *“de la configuración del comiso como una sanción penal accesoria, en el ordenamiento penal citado, se derivaba, debido a las exigencias del principio de culpabilidad, entre otras consecuencias, la de que sólo podría imponerse al sujeto responsable del ilícito penal y, por ello, exclusivamente respecto a los instrumentos de su propiedad”*; por ello, *“al disponer la sentencia*

*impugnada el comiso de los vehículos propiedad de la recurrente, le impuso, de facto, una pena sin previa acusación, sin sometimiento al principio de contradicción y, además, sin que quedara acreditada ni fuera declarada en la Sentencia su participación penal en los hechos enjuiciados, presupuesto necesario, según la legislación penal entonces vigente, para el comiso de los instrumentos del delito”.*

En la STC 254/1988 se otorgó asimismo el amparo a unos trabajadores que habían sido condenados como autores de un delito de coacciones a otros trabajadores para que se sumaran a una huelga a pesar de que sólo constaba su participación en la misma, pero no que fueran ellos quienes intimidaron a los coaccionados: *“El ejercicio abusivo del derecho de huelga no puede identificarse con la participación en grupos de huelguistas, y tampoco la mera representación de los mismos es, de acuerdo con la Ley, motivo suficiente para ser responsabilizado por el delito de coacciones cometido por otros. Tales interpretaciones no tienen en cuenta que el derecho de huelga, reconocido en el art. 28 C.E., implica el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin, sin que quepa admitir que el art. 496 del Código Penal hace responsables a quienes encabezan tales acciones de los excesos punibles que puedan cometer otras personas de un grupo. Un entendimiento de esta especie del art. 496 CP. no sólo superaría los límites legales previstos en el art. 28 C.E., sino que chocaría abiertamente con el principio de personalidad de la pena, que, como ha declarado este Tribunal, está protegido también por el art. 25.1 de la Norma fundamental”.*

B) El principio de culpabilidad supone para el Derecho Penal, y para el Derecho sancionador en general, un sistema de responsabilidad subjetiva, con la correlativa interdicción de que baste para el castigo la

mera atribución objetiva de un resultado a la conducta de una persona. Así lo afirma, respecto al ordenamiento administrativo sancionador en materia tributaria, la STC 76/1990, que respondía al cuestionamiento constitucional de la Ley General Tributaria: *“No existe un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones tributarias ni nada ha cambiado al respecto la Ley 10/1985. Por el contrario, y con independencia del mayor o menor acierto técnico de su redacción, en el nuevo artículo 77.1 sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente”*. Con excesiva timidez infiere de ello la sentencia que *“el error de Derecho - singularmente el error invencible - podrá producir los efectos de exención o atenuación que le son propios en un sistema de responsabilidad subjetiva”*.

Desde el mismo prisma, ahora en sede de amparo, se ha opuesto el Tribunal Constitucional —en STC 253/1993— a una lectura objetivista del artículo 15 bis del Código Penal de 1973, correspondiente al artículo 31 del vigente. El recurrente, vocal de la Sociedad Protectora de Animales y Plantas, había sido sancionado con una multa de cinco mil pesetas como autor de una falta de coacciones por *“obstaculizar habitualmente las corridas de toros”* que organizaba el Ayuntamiento de Benidorm *“mediante la colocación, en los carteles anunciadores de las mismas, de otros impresos en los que se incitaba al público a no asistir a los festejos taurinos”*. Como la sanción al recurrente tiene *“la sola base de simples conjeturas originadas por su condición objetiva de único miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Protectora de Animales y Plantas de Alicante que compareció ante el Juzgado”*, el

Tribunal Constitucional le otorgó el amparo impetrado, pues la incorporación del artículo 15 bis al Código Penal “*no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto (...). Del citado precepto no cabe inferir que no hayan de quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos. Así lo declaramos, por lo demás, en un supuesto semejante (STC 150/1989), donde estimamos vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por haberse impuesto al gerente de una empresa una condena por falta de imprudencia con resultado de daños, sin que en ningún momento hubiese quedado acreditado que la producción de los mismos fuera consecuencia, directa o indirecta, de la omisión por el condenado de la debida diligencia para impedirlos o de una actuación imprudente por su parte, ni se hubiese hecho razonamiento alguno encaminado a fundar la convicción alcanzada por los órganos judiciales respecto de su participación en los mismos*”.

C) El principio de culpabilidad implica que sólo se puede responder por hechos y no por caracteres personales o por formas de ser supuestamente peligrosos para los bienes que se pretende defender. Así lo afirmó la STC 150/1991, a la hora de afrontar la constitucionalidad de la circunstancia agravante de reincidencia: “*no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste*

*en la comisión de los hechos*”. De tal reproche se libraría la agravante cuestionada porque no es forzoso el entendimiento de que su fundamento se encuentra en la mayor peligrosidad del delincuente.

4. La ubicación del principio de culpabilidad en el artículo 24.2 C.E. y, en concreto, su caracterización como derivación del derecho a la presunción de inocencia responde, como veíamos anteriormente, a razones de proximidad y a la intención de someter el principio a la defensa que supone el recurso de amparo. Esta cercanía formal y conceptual ha fomentado una perniciosa confusión de ambos postulados.

El principio de presunción de inocencia - o, si se prefiere, el principio de presunción de inocencia en su vertiente procesal - vela por que los hechos que se le atribuyen al acusado estén correctamente probados y por que se exprese - se motive - esa comprobación. El principio de culpabilidad - o, si se prefiere, el principio de presunción de inocencia en su vertiente material - hace referencia a la exigencia de una doble relación subjetiva. De un lado está la que une al autor con su comportamiento que, sin afán ahora de precisión, puede definirse como dolo o imprudencia en condiciones de imputabilidad personal y de exigibilidad de una conducta alternativa adecuada a Derecho. De otro lado está la que identifica al autor de los hechos considerados como penalmente lesivos con el destinatario de la pena. Dicho todo ello formulariamente: sólo cabe penar a quien sea reprochablemente autor o partícipe de un hecho antijurídico.

Al igual que sucede con el principio de legalidad, el principio de culpabilidad puede ya lesionarse mediatamente a través de la lesión del principio de presunción de inocencia. En efecto, si la esencia del principio de legalidad es la de que el comportamiento realizado sea

subsumible en un tipo penal, ello faltará no sólo cuando lo que se dice realizado no encaje en las conductas descritas en el tipo, sino también, mediatamente, y a ello lo denominamos con propiedad lesión del derecho a la presunción de inocencia, cuando el sujeto no haya realizado el comportamiento que se le atribuye. Algo parecido, decía, sucede con el principio de culpabilidad. Su lesión puede provenir de que se ignore el aspecto subjetivo del comportamiento —vulneración del principio de culpabilidad— o de que se en infundadamente por probados los datos de hecho de los que se infiere dicha relación subjetiva (vulneración previa y determinante del principio de presunción de inocencia).

Así, por poner un par de ejemplos, distinto es que se castigue a pesar de la constancia de la minoría de edad, o de la falta de dolo y de imprudencia, o del miedo insuperable, lo que constituiría una vulneración del principio de culpabilidad, a que se castigue un hecho a partir de una relación subjetiva plena del autor con el mismo que, sin embargo, no tiene sustento probatorio alguno. En este último supuesto se habla propiamente de una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, como sucedió en la STC 68/1998, en la que, en relación con una condena por prevaricación, se apreció que resultaba carente de sustento probatorio la afirmación como hecho probado de que un acuerdo de un Colegio de Corredores de Comercio había sido dictado “a sabiendas” de su antijuridicidad administrativa. Así concluye la citada sentencia: *“desde la perspectiva del control externo que corresponde a este Tribunal, ha de llegarse a la conclusión de que los elementos utilizados por la Sala sentenciadora como cauces de inferencia de la culpabilidad de los recurrentes en amparo no evidencian en el presente caso una coherencia lógica y razonable (STC 63/1993, fundamento jurídico 5) que permita su utilización como prueba indiciaria y, por tanto, no son*

*suficientes para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia que el art. 24.2 C.E. reconoce y garantiza a aquéllos”*

Hemos recordado antes las palabras del TC en su Sentencia del Pleno 59/2008: El principio de culpabilidad comporta “que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal.”

Esta es la incontestable razón por la que las personas jurídicas carecen de capacidad de culpabilidad. Las personas jurídicas no pueden cometer hechos en el uso de “su autonomía personal”, porque no la tienen. Y si ya la doctrina **vicarial** de la responsabilidad penal de las personas jurídicas origina graves dificultades desde el punto de vista constitucional (quebranta el principio de personalidad de la responsabilidad penal) y a la hora de insertarla en el sistema penal que consagra nuestro Código (hasta el punto de que algún autorizado comentarista, Feijóo Sánchez, tuvo que reconocer, literalmente, que a “la persona jurídica no se le aplica en general el Título I del Libro I, relativo a la infracción”), la doctrina de la autorresponsabilidad por el hecho propio se estrella contra su propia contradicción interna. El fundamento de esta autorresponsabilidad, de la que es adalid mi colega y querido amigo Klaus Tiedemann, Catedrático de la Universidad alemana de Friburgo, radicaría en un defecto de organización de la persona jurídica, pero, como es obvio, la organización de la persona jurídica no es un **hecho propio** de la propia persona jurídica, que carece de capacidad de autoorganizarse, sino de las personas físicas que la organizaron. De modo que resulta inevitable volver a encontrarse con las personas físicas que crearon originariamente el defecto de organización o, conociéndolo, lo mantuvieron luego.

La STC 246/1991 de 19 de diciembre declaró que en las infracciones de la persona jurídica falta el “elemento volitivo en sentido estricto”, subrayando las diferencias empíricas entre personas físicas y personas jurídicas y señalando que la imputación de la infracción a la persona jurídica “nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos”, lo que obliga a un tratamiento también distinto para la atribución de responsabilidad a unas y otras.

El Tribunal Supremo en las recientes Sentencias de la Sala 2ª de 2 de septiembre 2015, 29 de febrero 2016 y 13 de junio de 2016, acoge con visible satisfacción la doctrina de la autorresponsabilidad. Es cierto que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es hoy Derecho vigente, que los Tribunales tienen que aplicar y el Supremo en particular interpretar y sentar doctrina orientadora. Pero tampoco se puede desconocer que el legislador puede equivocarse y que los académicos tenemos, en su caso, el deber de decirlo y sugerir rectificaciones.

Me he ocupado de la responsabilidad de las personas jurídicas en varias publicaciones y no voy a insistir más en ello aquí, porque no es ni el lugar ni el momento. Me parecía obligado indicar tan sólo que difícilmente se puede compatibilizar la afirmación de la STC del Pleno 59/2008, antes citada, con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Esta atribución subjetiva del hecho delictivo al autor por haberlo cometido en el uso de su autonomía personal es lo que, según una larga tradición jurídica y filosófica conforma el contenido de la culpabilidad, que se define como reprochabilidad. Se reprocha al autor haber decidido realizar el hecho antijurídico cuando debía y podía obrar conforme a Derecho.

Por la vía de este poder obrar de otra manera, se introduce en el marco de la culpabilidad la siempre inacabada discusión entre determinismo e indeterminismo, en la que subyace “un conflicto entre dos visiones de la realidad aparentemente antagónicas: por un lado la perspectiva que tenemos de nosotros mismos como seres al menos parcialmente libres y por ello responsables de las opciones que elegimos; por otra la perspectiva general del mundo, ligada al pensamiento científico, que conecta cada acontecimiento –incluidas nuestras acciones– con otros acontecimientos precedentes que los originan siguiendo pautas necesarias expresables mediante leyes naturales, y así sucesivamente hasta el origen del universo” (Molina Fernández).

Partiendo de este último punto de vista se ha propuesto en ocasiones la desaparición del principio de culpabilidad y, con mayor frecuencia, su mantenimiento, pero desligado de la posibilidad de actuar de manera distinta y fundamentándolo a partir de los fines preventivos de la pena (Así entre nosotros Gimbernat, Mir Puig, Muñoz Conde, Emilio Octavio de Toledo - Huerta Tocildo, y Pérez Manzano).

Aunque ciertamente se puede desligar el principio de culpabilidad de la posibilidad de actuar de otra manera y fundamentarlo desde la perspectiva de las finalidades preventivas de la pena, esta sustitución, que, como advierte Molina, puede obtenerse sin demasiados problemas, no deja de ser cuestionable desde otras perspectivas. En la medida en que entraña la caída de la libertad, plantea problemas, fuera del Derecho penal y de la justificación de la pena, de alcance más general. “Por ejemplo, escribe Molina, la propia idea de **deber**, base de cualquier construcción jurídica, parece verse conmocionada en sus cimientos por el determinismo. Aún admitiendo las dificultades que encierra su interpretación, hay algo indudablemente cierto en el clásico principio “debe

entraña puede.” La imposición de deberes, al menos si se entiende como instrumento directivo de conducta, sólo tiene sentido dentro de las capacidades del destinatario del deber.”

Pero las dificultades surgen también ya en el seno de la doctrina que prescinde de la capacidad de actuar de otra manera, para justificar la pena, porque quienes defienden tal doctrina parten de la función motivadora de la norma. Pero ¿cómo puede compatibilizarse ésta con un mundo determinado?. En un mundo determinado –advierte Molina– “la comisión de un delito es la prueba incontrovertible de que concurre una causa de exclusión de la responsabilidad porque el sujeto no era en el caso concreto motivable...Si lo decisivo es la motivación, ¿por qué –se pregunta finalmente Molina– se sanciona a quien cometió un delito siendo inmotivable?”

Una dirección actual, en la que militan grandes maestros, como Jakobs y Roxin, contempla el problema del libre albedrío desde una perspectiva normativista. No se pone en cuestión el determinismo en el mundo físico, pero se asegura que el Derecho no tiene por qué sentirse vinculado por este punto de vista naturalístico, sino que puede adoptar su propio punto de partida. Sea o no libre el autor, el Derecho lo trata como tal. La libertad se entiende normativamente.

Desde esta posición, la cuestión del libre albedrío resulta indiferente: “El indeterminista interpretará –escribe Roxin– esta suposición de libertad como empíricamente acertada. Pero asimismo podrían aceptarla el agnóstico que se declara desconocedor de la existencia o no del libre albedrío (como tal se confiesa el autor de este libro en este punto) y el determinista. Pues la misma no dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo –lo que precisamente no podemos saber–,

sino sólo que, cuando existía una capacidad intacta y con ella asequibilidad normativa, se le **trata como libre.**”

Como señala acertadamente Molina, lo que hacen estas opiniones no es resolver el problema, sino “escamotearlo”, apelando a lo normativo. Se trata al autor **como libre**, pero quedan inmediatamente sin responder las preguntas y si ¿verdaderamente no lo fue? ¿es indiferente que lo sea, o no, para declararlo culpable? ¿es obligatorio tratar exactamente igual a quien obró determinado y a quien tuvo ocasión de optar por otro comportamiento?

Reconozco que en ocasiones el Derecho no tiene más remedio que construir categorías jurídicas propias distintas a las empíricas, pero creo que hoy asistimos a una extensión preocupante del normativismo, cuyo abuso entraña el riesgo de alejar al Derecho de la realidad, haciendo que se vuelva sobre sí mismo, y dificultando la relación de la ciencia jurídica con el resto de saberes científicos.

Pienso que el debate no se resuelve creando una presunción como la que proponen Roxin y Jakobs, sino que lo decisivo es comprobar cómo se **inserta** el hombre en el universo causalmente determinado.

El filósofo del Derecho Recaséns Siches describió esa inserción con palabras sencillas, pero muy esclarecedoras:

“Esta situación o inserción no consiste en estar encajado en su mundo de un modo fijo, estricto, sin movimiento, como un tornillo en su tuerca; ni consiste tampoco en tener que seguir forzosamente una trayectoria previamente determinada; antes bien, por el contrario, se trata de una inserción con un margen o espacio de holgura. Ese hueco o ámbito ofrece al hombre, en cada uno de los momentos de su vida, un repertorio plural de posibilidades –concretas y en número limitado–

entre las cuales el hombre tiene que optar, decidiéndose por sí mismo, por su propia cuenta y bajo su responsabilidad, por alguna de esas posibilidades a su alcance; pues no se halla forzosamente predeterminado a seguir una sola de tales posibilidades y a evitar las demás. La pluralidad limitada de posibilidades al alcance de cada uno de los hombres, en cada uno de los momentos de su vida, es diferente, en cuanto al número y en cuanto a la calidad, pues depende de la circunstancia concreta de cada sujeto en cada instante.”

Desde que nos levantamos hasta que nos acostamos estamos optando por esas posibilidades que nuestra circunstancia concreta pone a nuestro alcance.

Pienso que cualquiera que tenga experiencia viva de la aplicación práctica del Derecho tendrá la convicción de que la composición de lugar de la que parten los jueces a la hora de comprobar si el autor pudo, o no, actuar de otra manera no se distancia de la sencilla observación de Recaséns Siches. Quienes gozan de la indicada experiencia habrán podido confirmar que los Tribunales encuentran muchas más dificultades para cerciorarse de otros elementos subjetivos como la existencia de dolo o las distinciones entre las modalidades de éste y las de la imprudencia que para dar por acreditado que el autor pudo obrar de otra manera. Porque para acreditar esto no sitúan el comportamiento del enjuiciado ni en el ilimitado universo causalmente determinado ni en un mundo vacío en el que el sujeto podía haber hecho todo lo que se le ocurriera con indiferencia de los factores causales que le rodeaban. Lo sitúan en ese **espacio de holgura** del que habla Recaséns. En ese hueco o ámbito que ofrece al hombre, en cada momento de su vida, un repertorio plural de posibilidades –concretas y en número limitado– entre las cuales el hombre tiene que optar, decidiéndose por sí mismo,

por su propia cuenta y bajo su responsabilidad. La tarea del Juez no se desarrolla en un inabarcable ámbito sin confines, sino en un espacio limitado de opciones.

El universo causalmente determinado no es incompatible con ese ámbito limitado de opciones. No deja de ser significativo que Welzel haya definido la acción humana como ejercicio de la actividad final a partir de la causalidad.

“El hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente.”

Por todo lo dicho, creo que no vale la pena abandonar la concepción de la culpabilidad que, desde principios del siglo XX, la definió como reprochabilidad. Reproche basado en la posibilidad, con todas las limitaciones que se quieran, de optar por otra conducta adecuada a la norma.

## Apéndice bibliográfico

- A.v. Feuerbach, Tratado de Derecho penal, traducción de E.R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires 2007.
- C. Beccari, De los delitos y de las penas, traducción de Juan Antonio de las Casas y notas de Juan Antonio del Val, Madrid 1968.
- Susana Huerta Tocildo, El Derecho a la legalidad penal (art. 25.1) en Comentarios a la Constitución Española, Directores María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Madrid 2009.
- F. López de Oñate, La certeza del Derecho, Buenos Aires, 1953.
- F. Carnelutti, La certezza del diritto, en Revista di diritto civile XX, 1943.
- G. Rodríguez Mourullo, Derecho Penal, Parte General, Madrid 1978.
- J.A. Lascuraín Sánchez, Sobre la retroactividad penal favorable, Madrid 2000.
- B. Feijoo Sánchez, Reserva de Ley orgánica en materia penal e intervención del legislador en materia de derechos fundamentales, en Cuadernos de Política criminal, nº 52, 1994.
- J. Córdoba Roda y R. Parada Vázquez, El derecho sancionador y el principio de legalidad, en La empresa en la Constitución Española, Barcelona-Pamplona, 1989.

- J.M. Serrano Alberca, Comentario al artículo 25, en Comentarios a la Constitución, dirigidos por F. Garrido Falla, 2ª ed., Madrid 1985.
- J.A. Lascurain Sánchez, La proporcionalidad de la norma penal, en Cuadernos de Derecho Público, 5, 1998.
- M Cancio Meliá, Principio del hecho, en Introducción al Derecho Penal, Coordinada por J.A. Lascurain Sánchez, 2ª ed., Madrid 2015.
- La teoría del bien jurídico, libro colectivo coordinado por Roland Hefendehl, con presentación de E. Gimbernat para la edición española, Madrid-Barcelona 2007.
- C. Roxin ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?, en Teoría del bien jurídico cit.
- M. Pérez Manzano, Principio de culpabilidad en Introducción al Derecho Penal cit.
- F. Molina Fernández, Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad), en Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, tomo LIII, 2000.
- F. Molina Fernández ¿Culpabilidad sin libertad?, en Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad libro colectivo, edición a cargo de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid 2008.
- C. Roxin, Derecho Penal. Parte General, Tomo I, traducción y notas de D-M Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid 1997, Tomo II, traducción y notas D-M Luzón Peña, J.M. Paredes Castañón, M. Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Pamplona, 2014.

- G. Jakobs, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, traducción J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid 1995.
- S. Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, 7ª edición, 3ª reimpresión, Barcelona 2006.
- E. Bacigalupo Zapater, ¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?, en *La Ley*, II 1982.
- T.S. Vives Antón, Introducción. Estado de Derecho y Derecho Penal, en Comentarios a la legislación penal, I, Cobo del Rosal (ed.), Madrid, 1982.
- L. Arroyo Zapatero, Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución, en Revista Jurídica de Castilla - La Mancha, nº 1, 1987.
- B. Feijoo Sánchez, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Estudio sobre las reformas del Código Penal, Director Julio Díaz Maroto 2011.
- L. Recaséns Siches, Introducción al estudio del Derecho, México D.F., 1970.

Madrid, 19 de junio de 2017

**Gonzalo Rodríguez Mourullo**



II

CONTESTACIÓN

del

EXCMO. SR.

DON ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ



**CONTESTACIÓN AL DISCURSO DE INGRESO  
EN LA REAL ACADEMIA GALLEGA  
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN  
DEL EXCMO. SR. D. GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO**

**Índice.**

I. Prefacio.

II. Trayectoria vital y académica.

III. Glosa del Discurso.

1. Principio de legalidad.

2. Características de la ley enunciada en el principio de legalidad.

a) Lex scripta.

b) Lex praevia.

c) Lex certa.

d) Lex stricta.

e) El principio de legalidad y las medidas de seguridad.

3. Principio del hecho.

4. Principio de lesividad y de protección de bienes jurídicos.

5. Principio de culpabilidad. IV. A modo de conclusión.

## I. Prefacio

Excmo. Sr. Presidente

Excelentísimas e ilustrísimas Autoridades

Excelentísimas e ilustrísimas señoras e señores académicos

Señoras e señores

É para min unha honra, e unha profunda satisfacción persoal, que o presidente desta Real Academia Galega de Xurisprudencia e Lexislación, don José Antonio García Caridad, a quen lle agradezo a súa benevolencia, me encomendase contestar ao discurso de ingreso e darlle a benvida máis entusiasta e afectuosa, en nome desta douta corporación, como novo académico de número, a don Gonzalo Rodríguez Mourullo.<sup>1</sup>

Se sempre constitúe un alto honor para calquera académico contestar un discurso de ingreso, isto increméntase, se cabe, cando o recipiendario é unha persoa dun relevo tan excepcional como o profesor Rodríguez Mourullo, ao que se suma, na miña modesta persoa, a quen se lle outorga tan alta distinción, a responsabilidade que supón contestar o discurso dun dos mellores penalistas españois da historia, e a emoción que me produce renderlle un sincero tributo de recoñecemento e admiración, a quen maior influencia exerceu como profesor na miña condición de docente universitario, e tiveron a ventura de recibir as ensinanzas de excelentes profesores, sobre todo na Facultade de Dereito da

---

<sup>1</sup> Antonio Fernández de Buján y Fernández, catedrático de Dereito Romano da Universidade Autónoma de Madrid. Académico de número da Real Academia de Xurisprudencia e Lexislación de España e da Real Academia de Xurisprudencia e Lexislación de Galicia.

Universidade Autónoma, entre os que quero lembrar o profesor Aurelio Menéndez e o meu mestre, o profesor Pablo Fuenteseca.

Tiven a fortuna de ser alumno do profesor Rodríguez Mourullo, na licenciatura de Dereito, dous cursos consecutivos a comezos dos anos setenta do pasado século na Universidade Autónoma de Madrid. Era xa daquela un docente cunhas calidades didácticas extraordinarias, e un investigador e catedrático de Dereito Penal de gran relevo científico e profesional. Lembro tamén a súa etapa fecunda e exemplar como decano da Facultade de Dereito e os anos de compañeiros no claustro de profesores, el xa como referente e mestre consagrado.

## **II. Trayectoria vital y académica**

Rodríguez Mourullo nace en Calo, municipio de Teo, limítrofe con Santiago, y por sus venas corre sangre gallega, pues lo eran su padre y su madre. Gallega es también su mujer, Matusa Otero Varela, compañera de estudios en la Facultad de Derecho de Santiago, y compañera de vida, consortium omnis vitae et totius vitae, con la que tiene cuatro hijos.

Es por tanto, para orgullo de esta Real Academia, gallego por nacimiento, gallego por ascendencia paterna y materna, gallego por matrimonio, y gallego de sentimiento y de corazón.

Rodríguez Mourullo vivió la infancia y la adolescencia en plena resaca de la guerra civil, bellum inter fratres, sobre el solar de la patria común, y sufrió la realidad injusta y traumática de la posguerra en su familia, personificada en el exilio y la depuración de su padre, maestro nacional y primer alcalde de la República en el Concello de Teo.

Desde sus primeras etapas de adolescencia y juventud acredita nuestro Académico excepcionales dotes de inteligencia, compañerismo y laboriosidad.

Realiza sus estudios hasta el doctorado en su Galicia natal. En junio de 1952 concluye el Bachillerato en Santiago de Compostela, con la calificación de Premio Extraordinario en el Examen de Estado. En 1957 se licencia en Derecho por la Universidad de Santiago, con Premio Extraordinario, y se le concede el “Premio José Calvo Sotelo” al mejor expediente de su promoción.

Subraya su amigo de juventud y compañero de Universidad en Santiago, José Luis Franco Grande, en el artículo que le dedicó en los Estudios publicados en su Homenaje, que Rodríguez Mourullo no sólo era el estudiante más brillante de la Facultad de Derecho, sino que también destacaba con la misma fuerza y el mismo vigor, en el mundo literario e intelectual. Escribe este reconocido escritor y abogado gallego, que su conocimiento de la poesía, en especial de la poesía vanguardista, era profundo, como era manifiesta su admiración por el poeta Manuel Antonio, y que tenía una idea clara sobre cuál era el camino a la modernidad que debía recorrer la lírica gallega, si bien Mourullo no escribía poesía sino prosa.

Consideraba Mourullo que el camino de la generación que giraba alrededor de una persona de la magnitud de Alvaro Cunqueiro estaba ya recorrido, y que su generación tenía la obligación de procurar nuevos y más amplios horizontes <sup>2</sup>.

---

2 Franco Grande, *Semblanza de Gonzalo Rodríguez Mourullo con Santiago al fondo. Homenaje al Profesor Doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Coordinador Agustín Jorge Barreiro. Thomson Civitas en 2005, pp 37-49.

En la obra de Sosa Wagner y Mercedes Fuertes, *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad, Entrevistas a diez Maestros*, publicada en 2009, a la pregunta que se le formula a Rodríguez Mourullo sobre su afición literaria y su grado de compromiso con la literatura en aquella época, responde : < me comprometí a fondo con la defensa del idioma en un momento en que hablar en gallego en la universidad –y no digamos escribir en gallego –era considerado un acto subversivo merecedor de permanente vigilancia policial, y su utilización en los medios de comunicación diaria estuvo largo tiempo prohibida > <sup>3</sup>.

En ese contexto, Mourullo publica dos libros de narraciones en gallego, *Nasce un arbore* en 1954, con menos de 20 años, y *Memorias de Tains* en 1956, que representaron el inicio de lo que luego se llamaría *A nova narrativa galega*<sup>4</sup>.

---

3 Sosa Wagner y Mercedes Fuertes, *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad, Entrevistas a diez Maestros*, Pons 2009, pp. 118-119.

4 *Nasce un arbore*, Vigo, Ediciones Monterrey 1954, y *Memorias de Tains*, Ediciones Monterrey 1956 han sido reeditadas conjuntamente en 2001 por la Biblioteca de las Letras Galegas que publica Edicions Xerais de Galicia, en edición de M<sup>a</sup> Teresa Bermúdez Montes (Londres, 1969), licenciada en Filoloxía Galego-Portuguesa, é especialista na obra de Gonzalo Rodríguez Mourullo e autora de traballos sobre a narrativa galega contemporánea, centrados na Nova Narrativa e na escrita de concienciación feminina.

Presentación de la nueva obra : < *Nasce un árbore e Memorias de Tains* de Gonzalo Rodríguez Mourullo son dous documentos literarios de excepcional interese e relevancia para as nosas letras. A presente edición rescata senllas obras alén de ofrecer unha rigorosa análise introductoria a cargo de Teresa Bermúdez, Londres 1969, elaborada en base a un continuo diálogo con persoeiros da nosa cultura e unha exhaustiva confrontación con outros documentos. Nela desvélanse perfís inéditos do autor. Catro décadas despois da publicación destes dous libros esta é unha boa ocasión para achegarse á figura de Mourullo a través da súa curta produción literaria, considerada como pioneira e punto de inflexión na evolución da literatura galega contemporánea pola súa calidade, pola mestría narrativa que exhibe e pola introducción de novas técnicas e temáticas ata daquela absolutamente inéditas na nosa tradición > .

La crítica especializada subraya que su producción literaria fue pionera y supuso un punto de inflexión en la evolución de la literatura gallega contemporánea por la maestría narrativa que exhibe y por la introducción de nuevas técnicas y temáticas hasta entonces absolutamente inéditas en la tradición literaria gallega.

Xosé Manuel Beiras, viejo amigo de juventud e integrante del Grupo de jóvenes galeguistas Os novos, llega a afirmar, en “A nación incesante”: <Rodríguez Mourullo era realmente el auténtico líder de nuestra generación> <sup>5</sup>.

Su compromiso galleguista fue la carta de presentación para ser admitido a participar en la tertulia que a primera hora de la tarde se reunía a diario, en torno a Don Ramón Otero Pedrayo, al que se refiere Mourullo, en la mencionada entrevista, como: “ venerado patriarca de las letras gallegas y hombre de desbordante señorío intelectual y personal, a la sazón catedrático de Geografía de la Universidad compostelana”.

A la tertulia asistían habitualmente, entre otros, Ramón Piñeiro y Domingo García Sabell, y participaban esporádicamente la pléyade de escritores gallegos cada vez que pasaban por Santiago, Cunqueiro, Fole, Del Riego etc. .

Esta tertulia galleguista, refiere Mourullo, “se reunía en un café que existía en la Rúa del Vilar que se llamaba < El Español > . Aparte de lo que pudiera tener esta circunstancia de gracioso, la anécdota cobra, en el contexto actual un significado más profundo. Porque, en efecto, nuestro galleguismo era un galleguismo integrador y no excluyente, y a nadie se le ocurría ... ningunear al castellano y a la riquísima cultura que

---

5 Miguel Anxo Fernán-Vello –F. Pillado Mayor, A nación incesante : conversas con Xosé M. Beiras, . Santiago de Compostela. Sotelo Blanco edicións 1989, p. 44

generó ... . Yo defendí –casi de manera obsesiva– que la tarea común que nos correspondía a < Os novos > (los jóvenes galleguistas) era la de universalizar la cultura gallega, cada uno desde su parcela. Por eso éramos fervientes europeístas. Se trataba de afrontar, desde la específica perspectiva gallega, los mismos problemas actuales que preocupaban entonces al resto de la cultura occidental”<sup>6</sup> .

La vocación intelectual y literaria de Mourullo en aquellos años le lleva asimismo a colaborar de forma asidua en las páginas de Artes y Letras y en la página Universitaria, que dirigía el gran periodista y escritor que fue Borobó, en la redacción del diario vespertino La Noche, en la que participa la juventud universitaria que orientaba sus inquietudes culturales hacia el galleguismo, Lugris, Franco Grande, Méndez Ferrín, Bernardino Graña y Beiras, entre otros autores.

Su trayectoria y su obra publicada en el Santiago de sus años universitarios hace ocupar, en definitiva a Rodríguez Mourullo, un lugar de privilegio en la literatura gallega contemporánea, como iniciador del lo que se conoce como “nova narrativa”, y lo posiciona como protagonista preclaro del renacimiento cultural y reivindicativo gallego en la década de los 50. Cabría afirmar que Mourullo parecía entonces depositario de los signos de los elegidos para la literatura, que Curros Enríquez había atribuido a nuestra inmortal Rosalía: “ ai dos que levan na frente unha estrela, ai dos que levan no boca un cantar”.

En el año 1957 se produce, sin embargo, un distanciamiento de Mourullo con la cúpula del galleguismo < oficial >, con la excepción de D. Ramón Otero Pedrayo, con quien siguió manteniendo una entra-

---

6 Sosa Wagner y Mercedes Fuertes, Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad, Entrevistas a diez Maestros, cit., pp. 118 ss .

ñable relación hasta su fallecimiento. El distanciamiento se formalizó con la publicación Mourullo de varios artículos en La Noche en los que manifiesta sus discrepancias con la línea editorial de la cúpula directiva de la editorial Galaxia, nucleada en torno a Ramón Piñeiro.

El alejamiento así mismo en el mencionado año de 1957 del Grupo de Os novos, que había contribuido a crear, y que se produce, en todo caso, sin arrastrar a nadie con él, supuso de hecho su abandono formal de la literatura, y el inicio de una nueva etapa centrada en el estudio del Derecho.

En cuanto al marco político de aquellos años, cabe señalar que es unánime la percepción de que en aquella década la Universidad de Santiago estaba totalmente despolitizada. Mourullo se integra en el movimiento universitario mínimamente antifranquista de corte galleguista, entonces absolutamente incipiente y minoritario, en el que juega un papel aglutinador. En este sentido se pronuncia Beiras cuando asegura: “En aquél momento de antifranquismo mínimamente activo, mínimamente expresado y explícito, en la Universidad no había más que el que era galleguista. Esto hay que decirlo”<sup>7</sup>.

En la misma línea recalca Franco Grande que: “ hablar de indignancia política < en aquella década “ no tiene sentido porque no había política, pero sí creo que hicimos un gran esfuerzo por comprender el europeísmo que tan en boga estaba entonces en la Europa culta y en el que veíamos una esperanza para nuestro país > ”<sup>8</sup>.

---

7 Fernán-Vello, M. A. - Pillado Mayor, F., A nación incesante : conversas con Xosé M. Beiras, . Santiago de Compostela. Sotelo Blanco edicións 1989, p. 34

8 Franco Grande, Semblanza de Gonzalo Rodríguez Mourullo con Santiago al fondo. Homenaje al Profesor Doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo. Coordinador Agustín Jorge Barreiro, cit., pp. 41-42.

Volcado ya en su carrera académica, Mourullo amplía estudios como becario del Instituto Jurídico Español, en los años 1958 y 1959, en la Universidad de Roma, bajo la dirección de los Profesores Giacomo Delitala (Derecho Penal) y Benigno di Tullio (Criminología), y en el Max Planck Institut de la Universidad de Friburgo de Brisgovia, durante el curso 1964/ 1965, bajo la dirección de los Profesores H-H Jescheck y Thomas Würtenberger.

En 1959 obtiene el título de Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago, con Premio Extraordinario, con una Tesis Doctoral sobre La distinción hurto-robo en el Derecho histórico español. En 1960 se incorpora a la Universidad Complutense de Madrid como Profesor Ayudante, bajo la dirección de su maestro, el Profesor Juan del Rosal. En 1965 gana la plaza de Profesor Adjunto, y es encargado de la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de Valencia.

En 1967 obtuvo por unanimidad y con el número uno, la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo, pasando luego a ser titular de la Cátedra de Derecho Penal de Santiago, y desde 1970 de la de la Universidad Autónoma de Madrid, en la que participó además en la fundación de su Facultad de Derecho, como Vicedecano, a requerimiento del Profesor Aurelio Menéndez, que fue su primer Decano, cargo en el que le sucedió Rodríguez Mourullo. Puso en pie en la Facultad, el Departamento de Derecho Penal, y fundó la que hoy se considera la más completa escuela española de esta esencial rama del Derecho.

Su obra científica como penalista es objeto de especial análisis en el trabajo, que intitulado “ Trayectoria académica del Profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo”, firman tres de sus discípulos catedráticos, Miguel Bajo Fernández, Agustín Jorge Barreiro y Carlos Suarez, y cons-

tituye la Introducción de los mencionados Estudios en su Homenaje, publicados por la Editorial Thomson Civitas, en los que tuve el honor de colaborar <sup>9</sup>.

No procede en este acto enumerar de forma exhaustiva las publicaciones de nuestro eminente Académico, que aporta una muy relevante obra en calidad y cantidad, pero si cabe destacar entre su producción bibliográfica, las líneas esenciales de su trayectoria investigadora, que serían:

a) Los comentarios al Código Penal, publicados en 1972, en coautoría con el Profesor Córdoba Roda, que influyeron de manera decisiva en numerosas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en especial en las cuestiones nucleares de la Parte General.

b) Su volumen de Parte General del Derecho Penal, publicado en 1977. Reseñado por Rodríguez Devesa en la Revista de Derecho Público, concluye con la siguiente afirmación: < la obra de Rodríguez Mourullo es la más destacada aportación a la ciencia del Derecho Penal en los últimos años > <sup>10</sup>.

c) Los Comentarios al Código Penal, publicados en coautoría, bajo su Dirección, y la Coordinación de Agustín Jorge Barreiro, en 1997, con la finalidad de subrayar con sentido práctico las innovaciones del nuevo Código de 1995.

d) Los estudios sobre los delitos socioeconómicos, entre los que cabe destacar su monografía publicada en 1974 sobre Presente y futuro del delito fiscal, y las aportaciones sobre insolvencias punibles, delitos

---

9 “ Trayectoria académica del Profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo”, Homenaje al Profesor Doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo. Coordinador Agustín Jorge Barreiro, cit., pp. 29-36.

10 Rodríguez Devesa, Reseña a Rodríguez Mourullo. Derecho Penal. Parte General. Vol. I. Madrid 1977, pp. 358, Revista de Derecho Público, 1978, pp. 522 ss

monetarios, uso indebido de información privilegiada o delitos societarios, entre otras líneas de investigación.

e) Los estudios sobre delitos contra las personas, con especial referencia a los delitos contra el honor.

f) Los estudios referidos a la Parte General del Derecho Penal, en especial las aportaciones sobre cuestiones esenciales de la teoría jurídica del delito, entre los que cabría incluir:

- Los propios Discursos de Ingreso en esta Real Academia, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España en 2002, bajo el título “ Delito y Pena en la Jurisprudencia Constitucional “, y con ocasión de su nombramiento como Académico de Honor de esta Real Academia, en 1983, bajo el título “ Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica “, sobre los que volveré más adelante.

- La problemática de la punición de los actos preparatorios, de la autoría mediata, del delito imposible y tentativa de delito en el Código Penal.

Al respecto cabe señalar que en el Tomo VII de su magno Tratado de Derecho Penal publicado en 1970 en Buenos Aires, el Profesor Jiménez de Asúa <sup>11</sup>, a propósito de un artículo de Mourullo sobre La punición de actos preparatorios publicado en el Anuario de Derecho Penal, en 1968,

---

11 Subraya Rodríguez Mourullo, en la mencionada obra de Sosa Wagner y Mercedes Fuertes, Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad, Entrevistas a diez Maestros, cit, pp. 113-114, que en su vocación por el Derecho Penal resultó decisivo su encuentro con el libro: La Ley y el delito. Principios de Derecho Penal, de Luis Jiménez de Asúa: < El libro de Jiménez de Asúa contiene una explicación muy clara, yo siempre he sido amante de la claridad, de la teoría general del delito, puedo dar fe de ello : cada idea estaba en su sitio y se engarzaba armónicamente con el resto, era una exposición equilibrada, rigurosa, clara, de gran interés y de sobresaliente belleza literaria. Una delicia que nos impresionaba >.

concluía su análisis con la afirmación : < Nos hemos extendido tanto en exponer lo que ha escrito Gonzalo Rodríguez Mourullo, no sólo por lo que vale, sino por lo que significa. Nadie podrá tachar de imparcialidad y apasionamiento, como podrían hacerlo con palabras nuestras, las de un joven penalista que vivió toda su existencia bajo el régimen franquista y que, por sus méritos y no por su ideología política, ha conquistado no hace mucho la cátedra de Oviedo, para bien de la ciencia y de la libertad >.

- Los estudios sobre legítima defensa y sobre los delitos de omisión, entre los que cabe destacar la fundamental monografía sobre la omisión de socorro en el Código Penal, publicada en 1966, temática sobre la que volverá en 1993, en su trabajo titulado La cláusula general sobre la comisión por omisión en el Proyecto de Código Penal de 1993.

En la última década los estudios de Rodríguez Mourullo inciden: en temas de relevante actualidad relacionados con el ejercicio profesional como abogado, y en la preocupación y denuncia ante lo que considera un retroceso, en determinadas materias, de las garantías procesales constitucionales en el procedimiento penal.

Cabe citar al respecto sus fundamentales aportaciones sobre:

- Desarrollo y consolidación de la denominada doctrina Botín.
- El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas según la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado.
- Hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español.
- Levantamiento del velo y delito fiscal.

- La criminalización del uso de información privilegiada entre el sí y el no.

- Consideraciones generales sobre los delitos societarios,
- Independencia del procedimiento penal en materia concursal, y
- El secreto de las comunicaciones entre el Abogado y su defendido.

Una mínima alusión a dos aspectos fundamentales en la personalidad de Rodríguez Mourullo:

- El primero es a su condición de Maestro, que se manifiesta en una extraordinaria labor formativa y de magisterio con sus discípulos, que constituyen la escuela más relevante en Derecho Penal de la Universidad española.

La relación de auténtico afecto y respeto que se profesan discípulos y Maestro, se trasluce de forma diáfana en una anécdota que relata Rodríguez Mourullo en la mencionada entrevista. Rememora Mourullo que con ocasión de la concesión del Premio Montero Ríos, el profesional que escribió la crónica del acto dijo de él que era un catedrático < amado > por sus discípulos, a lo que apostilla nuestro Académico que: “ de todos los hiperbólicos elogios que me dedicó el periodista yo me quedo con éste, que me parece el único que responde a la realidad y es, desde luego, el que más me satisface” <sup>12</sup> .

- El segundo aspecto es su extraordinario prestigio como Abogado, actividad en la que ha sido reconocido como un jurista eminente, con extraordinarias cualidades como persona, entre los jueces, los compa-

---

12 Sosa Wagner y Mercedes Fuertes, Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad, Entrevistas a diez Maestros, cit., p. 127.

ñeros de profesión y en el sentir general de las personas relacionadas con el mundo del Derecho.

En relación con su actividad como prelegislador, cabe subrayar su condición de Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación. En tal condición, asesoró las reformas parciales urgentes y necesarias del Código Penal que exigió el inicio de la transición, como fue la modificación de las asociaciones ilícitas imprescindible para la legalización de los partidos políticos, y asesoró también en la tan reclamada entonces Ley de Amnistía.

Celebradas las primeras elecciones democráticas recibió el encargo del Ministro de Justicia, Landelino Lavilla, de presidir la comisión redactora del que se iba a convertir en el primer Proyecto de un Código Penal íntegramente nuevo, el proyecto de 1980, del que traen causa todos los intentos posteriores y el propio Código de 1995. La Comisión redactora de este primer Proyecto de un Código Penal estaba compuesta por D. Fernando Díaz Palos, Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, D. Enrique Gimbernat Catedrático de Derecho Penal, y él mismo como Ponente General.

Está en posesión de numerosas y relevantes condecoraciones:

- La Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort.
- La Medalla Castelao, galardón concedido por la Xunta de Galicia por su aportación a la Ciencia Jurídica.
- El Premio Montero Ríos, otorgado por IURISGAMA.
- El Premio a una vida dedicada al Derecho, Universidad Complutense.

- El Título Madrigallego de Oro concedido por la Enxebre Orden da Vieira, y

- La Medalla de oro concedida por ASOMEGA.

En 1983 es nombrado Académico de Honor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Galicia. El Discurso versó sobre “Aplicación judicial del Derecho y Lógica de la argumentación Jurídica”. La contestación se realiza por D. Pedro González López, nuestro querido y añorado compañero, a quien tuve la fortuna de tratar con asiduidad en mis años de juventud lucense.

Me permito poner en valor, por su hondura y belleza, las palabras con las que Pedro González concluye la presentación del entonces Académico de Honor: “Rodríguez Mourullo tiene un conocimiento profundo del hombre mismo, en esa proyección grave y trascendente que depara la propia existencia de la vida, sabe y conoce del dolor, del bienestar, conoce la situación, las circunstancias y la tragedia en que el hombre vive. Podemos decir que es un hombre con unos conocimientos tan profundos, tan extraordinariamente grandes, que nos permiten proclamar aquí que su entrada en la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación constituye un timbre de honor y de orgullo para la misma”<sup>13</sup> .

En 2002 Mourullo es elegido Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Su Discursó versó sobre “Delito y Pena en la Jurisprudencia Constitucional”. La contestación se realiza por el Profesor Eduardo García de Enterría y Martínez de Carande, que concluye su intervención de las siguientes palabras : “El

---

13 González López, P., Contestación al Discurso leído sobre “ Aplicación judicial del Derecho y Lógica de la argumentación jurídica “, el día 16 de noviembre de 1983, en el acto de su recepción como Académico de Honor, por D. Gonzalo Rodríguez Mourullo p. 43.

discurso que acabamos de escuchar es una preciosa síntesis propia de la dogmática central del Derecho Penal renovado por la Constitución, una muestra más, por cierto, de la fecundidad de ésta como norma jurídica efectiva.

Agradecemos profundamente esta vívida lección, con la que queda más que justificada el acierto de nuestra elección como Académico de número de quien es uno de los puntales indiscutidos del Derecho Penal de nuestra patria”<sup>14</sup>.

### III Glosa del Discurso

Paso con ello a glosar el Discurso que acabamos de escuchar, con el que el nuevo Académico ha querido solemnizar su ingreso entre nosotros y que, escrito desde la rectitud y la claridad propias de todas sus aportaciones, constituye una magistral reflexión sobre “El Principio de Legalidad y otros principios básicos del Derecho Penal”, como elementos esenciales de la dogmática del Derecho Penal.

El Discurso se estructura en torno a cuatro apartados.

#### 1. Principio de legalidad

Comienza subrayando el autor, en el primero de ellos, que el Principio de legalidad tuvo desde su originaria formulación en el siglo XVIII por Beccaria y Feuerbach, un doble significado:

---

14 García de Enterría, E., Contestación al Discurso leído sobre “ Aplicación judicial del Derecho y Lógica de la argumentación jurídica “, el día 18 de febrero de 2002, en el acto de su recepción como Académico de Número, por D. Gonzalo Rodríguez Mourullo, p. 138

- Un significado técnico jurídico, de prevención general frente al delito.

Feuerbach enunció el principio en sus conocidos términos latinos y lo formuló como pieza clave de su teoría de la pena, que debe cumplir una función de coacción psicológica, a fin de que los ciudadanos se aparten del delito, y estar prevista en una ley previa que anuncie al ciudadano las consecuencias de su conducta.

Por su parte Beling dedujo del principio de legalidad la categoría dogmática del tipo y la tipicidad como elemento esencial del delito, y

- Un significado político de garantía contra el *ius incertum*, propio del antiguo régimen, que atribuía al juez la posibilidad de imponer penas de mayor o gravedad a las señaladas por la ley, en atención a las peculiaridades del caso concreto, con quiebra de la seguridad y la certeza jurídica.

Contra el referido arbitrio judicial dirigió su pensamiento crítico Beccaria al subrayar que la autoridad para sancionar las leyes que puedan decretar las penas de los delitos no puede residir más que en el legislador que representa a toda la sociedad, por lo que ningún magistrado, que es parte de la sociedad, puede aumentar más allá del límite fijado por las leyes, bajo ningún pretexto de celo o de bien público, la pena establecida contra un ciudadano delincuente.

Es innegable, como afirma Rodríguez Mourullo, que el principio de legalidad nació políticamente como garantía de los derechos de los ciudadanos y precisamente como medio para eliminar el arbitrio judicial que imperaba en el antiguo Régimen, por supuesto bien distinto del arbitrio judicial propio del Estado de Derecho.

La CE dada su manifiesta vocación garantista recoge en su artículo 25 el principio de legalidad penal, que considera una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho, conforme señala la Jurisprudencia constitucional, que lo vincula ante todo al imperio de la ley, pero también al derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica, la prohibición de la arbitrariedad, y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales.

En relación con la consagración legal y constitucional del principio de legalidad, destaca el autor que aunque literalmente el art. 25.1 de la CE se refiere únicamente a la denominada garantía criminal, la doctrina del TC no tuvo inconveniente en reconducir el mismo a todas las garantías que tradicionalmente se consideraban derivadas del principio de legalidad: la criminal, la penal, la jurisdiccional y la de ejecución, previstas en los artículos 1.1, 2.1, 3.1 y 3.2 del Código Penal.

Finaliza Rodríguez Mourullo el primer capítulo con la consideración según la cual la caracterización por la CE del principio de legalidad como derecho fundamental de los ciudadanos protegible en amparo, la convierte no sólo en la Carta Magna de los delincuentes, como a veces se le calificó, sino también en la carta magna del resto de los ciudadanos.

## 2. Características de la ley enunciada en el principio de legalidad

En el segundo apartado, titulado < Características de la ley que se mencionan en el enunciado del principio de legalidad >, subraya el nuevo Académico que, conforme a la doctrina del TC, la ley que se menciona en el enunciado del principio de legalidad penal, ha de ser : scripta, praevia, certa y stricta.

a. Lex scripta

Existe reserva absoluta de ley, por lo que quedan excluidas las otras dos fuentes previstas en el art. 1.1 del CC : la costumbre y los principios generales del derecho.

En relación con esta reserva absoluta de ley en sentido formal se discuten dos cuestiones:

- a) Si la reserva absoluta de ley ha de ser de ley orgánica o simplemente de ley ordinaria y,
- b) Si, conectado con la cuestión mencionada, es admisible o no la regulación de la materia penal por medio de decretos legislativos.

En relación con la primera de las cuestiones mencionadas, el TC proclama que hay:

- Una reserva absoluta de ley, y
- Una reserva relativa de ley orgánica.

El TC establece la reserva relativa de ley orgánica, siempre que la pena señalada para el correspondiente delito afecte a algún derecho fundamental o libertad pública. Así se viene pronunciando el TC desde las sentencias 140 y 160/ 1986 que, respecto a las penas privativas de libertad, fundamentan tal reserva de ley orgánica a partir de la conexión de los arts. 17.1, 25.1, 53.1 y 83. 1. .

En la STC 140/1986, de la que se ocupa Rodríguez Mourullo en un extenso comentario publicado en La Ley en 1987, se resuelve de forma favorable al recurrente un recurso de amparo por vulneración de las garantías del derecho fundamental a la libertad y seguridad de la persona, reconocido en el art. 17. 1 CE.

La previsión legal recurrida en amparo se establece en los arts. 6 y 7 de la L. 40/ 1979, en los que se tipifican y sancionan delitos monetarios con penas conjuntas de privación de libertad y multa, en atención a que la imposición de una pena de privación de libertad, que afecta al derecho fundamental a la libertad de la persona sancionado en el art. 17.1 CE, en una ley ordinaria, como es la 40/ 1979, y no en una ley orgánica, constituye un claro supuesto de inconstitucionalidad.

Para llegar a la anterior conclusión el TC rechazó las interpretaciones mantenidas por el Ministerio Fiscal y el Magistrado disidente Díaz Eimil.

El MF, al impugnar el recurso de amparo sostuvo que el art. 17 se refiere a momentos de privación de libertad anteriores a la imposición de una condena, mientras que las normas establecidas en la Ley 40/ 1979 son sancionadoras de conductas punibles y su aplicación al recurrente en amparo supone una condena penal, no una privación de libertad en los términos recogidos en el art. 17 CE.

El TC rechaza esta argumentación y declara que el art. 17.1 al hacer mención al derecho a la libertad y seguridad abarca tanto las detenciones preventivas y las situaciones de prisión provisional anteriores a la Sentencia, como a la privación de libertad consecuencia de ésta y a la forma en que tal privación de libertad se lleve a cabo en la práctica.

Rodríguez Mourullo considera que la interpretación del TC resulta inobjetable dado que el texto del art. 17.1 no establece distinción alguna entre privaciones de libertad anteriores y posteriores a la condena penal, y contraviene además el criterio de que los preceptos constitucionales deben ser siempre interpretados de la manera más favorable a la garantía y protección de los derechos fundamentales.

Por su parte, Díaz Eimil, en relación con el art. 17.1, opina que la determinación de los casos y la forma en que una persona puede ser privada de libertad es propia de las leyes procesales, y ajena a las leyes penales sustantivas, que se limitan a definir los tipos delictivos y establecer las penas correspondientes a los mismos.

En sentido contrario, opina Rodríguez Mourullo, en la línea de la argumentación de la Sentencia del TC, que cuando las leyes penales sustantivas definen delitos y señalan penas privativas de libertad para los mismos están determinando “ casos” en los que se puede privar legítimamente de libertad, por lo que la referencia a la “ ley “ que figura en el art. 17.1 comprende, tal como entendió la STC 140/ 1986, las leyes penales sustantivas, por lo que no hay base para contraer dicha referencia a las leyes procesales reguladoras de las detenciones y prisiones.

En relación con el art. 81.1, Díez Eimil, desde la perspectiva de una interpretación puramente gramatical sostuvo que dicho precepto constitucional abarca solamente las leyes que desarrollan los derechos fundamentales y libertades públicas, es decir, las leyes procesales que constituyen, por así decirlo, su estatuto, y no se refieren a las leyes penales, que son “ leyes limitativas”.

A la posición de Díez Eimil salió al paso la STC 140/ 1986, al subrayar que “el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la CE consiste precisamente en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas, cuyo respeto, según el art. 10. 1 CE, es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social”.

Rodríguez Mourullo, en confirmación de lo expresado por el TC, resalta que una interpretación teleológica del art. 81.1, confirma que

la finalidad de dicho precepto es rodear de mayores garantías la regulación legal de los derechos fundamentales, por lo que constituiría un escandaloso contrasentido aplicar esa reforzada garantía, consistente en la exigencia de ley orgánica, a las leyes que “desarrollan” esos derechos, y no hacerlo a las leyes que los “constrañen”, siendo así que es la “restricción” o “limitación” de los derechos fundamentales, propia de las normas penales, la que está más necesitada de control y debe garantizarse siempre al máximo.

En definitiva, el TC confirma la argumentación realizada por el recurrente en trámite de alegaciones, y establece que “la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma que no reviste el carácter de ley orgánica viene a constituir una vulneración de las garantías del derecho a la libertad reconocido en el art. 17.1 CE y, por ello, una violación de ese derecho protegible en vía de amparo”.

Ahora bien, el TC entiende que esa conclusión no conlleva una reserva absoluta de ley orgánica, porque existen normas penales que no afectan a la libertad ni a otros derechos fundamentales como serían, por ejemplo, aquellas que protegen intereses patrimoniales y establecen para protegerlos penas pecuniarias.

Sobre este aspecto de doctrina constitucional relativo a la no exigencia de reserva de ley orgánica para toda la materia penal, mantenido desde la primera sentencia del TC de 1986, hasta la actualidad, Rodríguez Mourullo mantiene una posición discrepante, sobre la que me voy a detener brevemente, dada la relevancia de la cuestión.

Como ha sido señalado, en relación con el asunto mencionado, el recurrente en amparo fue condenado conforme a la Ley Ordinaria 40/1979, de 10 de diciembre, que sancionaba los delitos monetarios con

penas conjuntas de arresto mayor y multa. El TC estima parcialmente el recurso y anula las Sentencias impugnadas exclusivamente en cuanto impusieron la pena privativa de libertad, pero no la imposición de la multa, impuesta imperativamente asociada al correspondiente arresto sustitutorio.

El TC entiende que la vulneración del art. 17.1 CE “se concreta en la imposición de la pena de arresto mayor” y no puede extenderse al resto del contenido de las sentencias impugnadas, “pues las demás penas impuestas o no suponen una restricción por sí mismas de ese derecho, o, si pueden suponer subsidiariamente una privación de libertad (como es el caso de la multa), ello se debe a la aplicación de otras normas cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada y que quedan, en consecuencia, fuera del ámbito en que se plantea el presente recurso”.

Subraya Rodríguez Mourullo que la doctrina del TC encuentra su punto débil en la consideración atinente a que la imposición de la multa vaya imperativamente asociada a un arresto sustitutorio de 90 días, cuestión que el TC orilló al indicar que si las multas pueden suponer subsidiariamente una privación de libertad, ello se debe a la aplicación de otras normas cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada en el recurso.

Advierte, sin embargo, Mourullo que para saber si una norma afecta, o no, a derechos fundamentales no vale aislarla arbitrariamente desentendiéndola de los efectos que, una vez insertada en el sistema, genera en virtud de la obligada conexión con otras, lo que hace inadmisibles, a su juicio, la argumentación del TC relativa al arresto sustitutorio, que encuentra asimismo otra razón en contra en lo dispuesto en el art. 25.3 de la CE, conforme al cual: “La Administración no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

En la línea de Rodríguez Mourullo considera Susana Huertas que de haber acogido el TC la opinión de que el arresto sustitutorio tiene naturaleza de pena privativa de libertad, “tendría que haber declarado la extensión de la reserva de ley orgánica también a las normas penales que establecen penas pecuniarias”, a lo que añade: “es de esperar, sin embargo, una expresa revisión de esta doctrina a la vista de que el tribunal europeo de derechos humanos (TEDH) ha declarado expresamente que el mencionado arresto sustitutorio tiene naturaleza de medida privativa de libertad arcaica establecida exclusivamente en beneficio del tesoro público (STEDH de 2 de julio de 2002) y de que el propio tribunal constitucional ha admitido recientemente que tiene naturaleza de pena privativa de libertad (STC 234/2007)”.

#### b. Lex praevia

El principio de legalidad impide que alguien pueda verse sorprendido a posteriori con una ley que considera el hecho, que en el momento de la comisión no lo era, como delictivo y lo castiga con una pena no prevista en aquel momento.

Subraya Rodríguez Mourullo que ninguna seguridad jurídica habría si la norma aplicable no fuera anterior a la comisión del hecho. El ciudadano debe tener la posibilidad de saber cuando decide emprender su acción si la comisión de la misma va a acarrearle, o no, consecuencias penales.

La irretroactividad de la ley penal se deduce del valor seguridad jurídica (art. 9 CE), ínsito en el enunciado del art. 25 CE, más allá de la prohibición de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables que proclama el art. 9.3 de la CE.

El fundamento de la irretroactividad de la ley penal se identifica con el fundamento mismo del principio de legalidad, y no se quebranta, en cambio, cuando la que se aplica es una ley más favorable que la que estaba en vigor en el momento de la comisión del hecho.

Aunque a veces se invocan razones humanitarias (*pietatis causa*), la retroactividad de la ley más benigna, como afirma Mourullo, posee un fundamento de justicia. La modificación de la ley es signo de un cambio valorativo operado en el ordenamiento jurídico. Mantener a ultranza la irretroactividad equivaldría a condenar al autor de acuerdo con una concepción más severa que el propio ordenamiento repudió y la ley ya no profesa, por lo que se vulneraría, en definitiva, la justicia material.

En relación con la posible extensión de la prohibición de retroactividad a los cambios de interpretación jurisprudencial producidos a propósito de la llamada doctrina Parot, Rodríguez Mourullo se posiciona de forma favorable a las Sentencias del TEDH 2012/66 y 2013/ 73, que se ocupó de la mencionada Doctrina Parot, que consagró la STS 197/ 2006, que cambió el criterio jurisprudencial que se venía siguiendo de manera constante para el computo de los beneficios penitenciarios.

En las citadas resoluciones del TEDH “ se considera la llamada doctrina Parot, no como una medida que afecta exclusivamente a la ejecución de la pena impuesta al demandante, sino también a una redefinición del alcance de dicha pena, por lo que se afirma “ que el giro jurisprudencial efectuado por la doctrina Parot ha tenido como efecto la modificación, de forma desfavorable para el demandante, del alcance de la pena impuesta, que ha visto que su privación de libertad con el nuevo cómputo, aplicado retroactivamente, se prolongaba casi nueve años más”.

No era difícil, concluye Rodríguez Mourullo, en su brillante y razonada argumentación sobre el caso, predecir cuál iba a ser la resolución del TEDH y aunque desde las instancias oficiales se criticó, la doctrina penal más autorizada la consideró, con razón, plenamente ajustada a Derecho.

c. Lex certa

Subraya al respecto Rodríguez Mourullo que el principio de legalidad impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado, y que el mandato de determinación o taxatividad expresado por el TC(STC 137/1997), conforme al cual el legislador debe dictar normas “precisas, claras e inteligibles”, no siempre resulta fácil de cumplir.

Reconocido por el propio TC que las normas penales son siempre, en alguna medida, indeterminadas, analiza el recipiendario las principales fuentes de indeterminación.

A. La principal fuente de indeterminación está representada por la directa utilización de conceptos indeterminados.

El TC señala, en este punto:

- Un límite, la arbitrariedad, y
- Dos condiciones:

- a) La primera de éstas es la necesidad, por lo que el recurso del legislador a las cláusulas abiertas solo resulta constitucionalmente admisible cuando exista una fuerte necesidad de tutela. Un buen ejemplo de ello lo ofrece la regulación del delito injurias, respecto del cual señala Rodríguez Mourullo que el art. 208 CP, al hacer referencia a que sólo son consti-

tutivas de delito las injurias que sean tenidas en el concepto público por graves, renuncia, con buen criterio, a la descripción de un repertorio casuístico de ofensas, imposible de cerrar, e introduce en el tipo de las injurias graves un elemento normativo con valoración social.

- b) La segunda condición es la determinabilidad, por lo que sólo cabe la indeterminación necesaria y determinable.

La utilización de conceptos indeterminados en las leyes penales, exige, conforme a la doctrina del TC, una valoración o complementación judicial, que se manifiesta en la exigencia de una motivación reforzada, y debe tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena por el Tribunal.

B. La segunda fuente de indeterminación son las remisiones del tipo a otros cuerpos normativos para establecer directamente el contenido del precepto o para precisar alguno de sus contornos.

Se trata de las llamadas “Normas penales en blanco” (STC 62/1982). Técnica que, como apunta Rodríguez Mourullo, genera dos riesgos, en cuanto que dificulta el conocimiento de la norma y puede suponer una delegación de la exclusiva competencia del Parlamento.

#### d. Lex stricta

La concepción de que la ley, en cuanto fundamente o agrave la responsabilidad, no se puede aplicar más que a los casos expresamente previstos en ella, conforme a lo establecido en el art. 4. 1 CP, plantea, entre otras, la cuestión de la interpretación jurídica, la cual, como atinadamente señala Mourullo, como operación intelectual por la que se busca y descubre el sentido objetivo de la norma con la finalidad de

aplicarla a los casos concretos de la vida real, comporta siempre una dosis de creación.

Pues bien, esta dosis de interpretación, esta interpretación creadora que viene a integrarse en la propia ley, y que cuando proviene de un Tribunal superior, se convierte en la práctica en la norma que van a aplicar los Tribunales inferiores, debe cohonestarse con la idea de que la analogia legis, la analogia iuris y la interpretación extensiva in malam partem vulneran el principio de legalidad.

Comparte nuestro Académico, respecto a los distintos métodos de interpretación, la afirmación de Susana Huertas, conforme a la cual: “... el método literal raramente puede aspirar a ser empleado en solitario, lo que no obsta para que se erija en barrera infranqueable de los restantes criterios de interpretación que no podrán conducir a resultados opuestos a los deducibles de lo expresado literalmente en el texto legal ni ir más allá de lo que sus propios términos manifiestan”.

La interpretación de las normas penales, con vistas a su aplicación a casos concretos corresponde en principio a los Jueces o Tribunales de esa jurisdicción. El respeto a esa exclusividad hizo que el TC se mostrase reacio a controlar esa interpretación jurisprudencial, si bien se produce un vuelco de esa línea se produce a partir de la STC 137/1997, cuyo análisis aborda minuciosamente el recipiendario en su Discurso.

e. El principio de legalidad y las medidas de seguridad.

Subraya nuestro eminente Académico que para llevar a cabo la función preventiva que le compete, el Derecho Penal no cuenta sólo con las finalidades preventivas que la pena puede cumplir, sino que es preciso completar el sistema con medidas específicamente preventivas, despro-

vistas de carácter retributivo y cuya finalidad es la de evitar que el sujeto cometa en el futuro nuevos delitos.

Su presupuesto no es un hecho concreto ya cometido, sino un estado en que se encuentra el sujeto que, por razones subjetivas y/o ambientales, permiten pronosticar que probablemente cometerá nuevos delitos en el futuro.

Aunque el CP. extiende el principio de legalidad a las normas que establecen medidas de seguridad (artículos 2.1 y 3.1 y 2), las diferencias sustanciales que median entre penas y medidas de seguridad obligan a reconocer, como señala Lascurain, que el mandato de determinación no puede ser tan exigente con las normas que establecen medidas como lo es con las que describen los presupuestos, el contenido y la duración de las penas.

El CP, consciente de que esa consustancial indeterminación, que entrañan las medidas de seguridad, puede afectar a derechos fundamentales, como sucede, obviamente, cuando se trata de la imposición de medidas privativas de libertad (art. 96), establece diversas disposiciones tendentes a garantizar la seguridad jurídica, que son convenientemente sistematizadas y comentadas por el recipiendario en su Discurso.

### 3.- Principio del hecho.

Subraya Rodríguez Mourullo, que del art. 10 CP, que establece que “Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”, se deriva una doble eficacia excluyente, en cuanto que:

- a) Impide considerar delito las actitudes puramente internas, y
- b) Impide concebir al delito como un modo de ser de la persona.

Ya en el Derecho romano se establece que el pensamiento no delinque. Así lo manifiesta Ulpiano en un texto de sus Comentarios al Edicto, contenido en el Digesto, Libro 48, De los juicios Públicos. Título 19, De las Penas, Capítulo 18 : <Cogitationis poenam nemo patitur>, es decir : nadie puede ser penado por su pensamiento.

En nuestra moderna sociedad, escribe nuestro Académico, la impenetrabilidad va más allá del pensamiento. Comprende además, según Jakobs, un espacio o esfera privada (morada, contactos sociales consensuados, etc.), cuyo control, en opinión de este autor, destruiría a la persona como persona civil.

En el polo opuesto a esta opinión de Jakobs se coloca la Reforma del CP. de 2015 que, como señala Rodríguez Mourullo prevé la posibilidad de colocar dispositivos de escucha y grabación en el interior del domicilio, “incluidos los espacios destinados al ejercicio de la privacidad “ y el legislador se queda tan satisfecho con exigir que en estos casos “la resolución habilitante habrá de extender su motivación a la procedencia del acceso a dichos espacios” (art. 588 quarter a) “.

Dicha posibilidad entraña, a juicio de nuestro Académico, un sacrificio inadmisibles del derecho fundamental a la intimidad.

Rechaza Mourullo la concepción de concebir al delito como un modo de ser de la persona, en atención a que a la persona se le castiga por lo que hace y no por lo que es, sin perjuicio de que características personales puedan ser tenidas en cuenta, p. ej., para determinar la medida de la pena.

La sustitución del Derecho penal del hecho por un Derecho penal de autor, entre otros muy graves problemas, suscitaría, como advierte el recipiendario, cuestiones de legalidad, por la mayor dificultad de ti-

pificar personalidades que hechos. Y además, llevada a sus últimas consecuencias se prestaría a las mayores arbitrariedades, p. ej., absolver a quien mata al opositor al régimen totalitario alegando que no reviste las características de asesino.

En relación con esta cuestión, Mourullo analiza, y comparte, la opinión de Cancio Meliá en el sentido de que <el Derecho Penal de autor responde a una orientación exacerbada de la prevención especial como teoría de la pena: aquella que puede denominarse prevención especial negativa o de inocuización, con base en la cual las intenciones del autor lo hacen especialmente peligroso >.

Advierte Cancio, conforme cita Mourullo, que “lo que queda excluido lo externo sea sólo un subterfugio para identificar la actitud interna que caracteriza al sujeto que se quiere castigar no por lo que ha hecho sino por lo que es, constituye, como afirma Cancio, la orientación esencial de lo que se ha denominado en los últimos años << Derecho Penal >> del enemigo, concepto que desarrollado por Jacobs, caracteriza determinados fenómenos del Derecho Penal de la actualidad ( sobre todo en el Derecho Penal antiterrorista, de las organizaciones criminales o respecto de determinadas infracciones sexuales ) como un Derecho de excepción, separado del Derecho Penal «normal» (del ciudadano), en el que se reacciona frente a determinados autores (enemigos) con reglas especiales (así, aumentando las penas, adelantando la intervención del ordenamiento penal, limitando los derechos procesales) en atención a sus intenciones especialmente peligrosas ...”.

Por otra parte, el principio del hecho exige para que exista tentativa un comienzo de ejecución, conforme a lo previsto en el art. 16.1 CP.

En esta línea de argumentación Mourullo destaca que el vigente CP. castiga con carácter excepcional, sólo en los casos expresamente previstos por la Ley, los actos preparatorios para delinquir: así en la conspiración, proposición y provocación, en los que ya existe una exteriorización de la voluntad de delinquir y la implicación de terceras personas.

Finalmente el nuevo Académico analiza las desviaciones del principio del hecho, entendiéndose por tales: los delitos de preparación y los delitos de manifestación.

#### 4.- Principio de lesividad y de protección de bienes jurídicos.

Se manifiesta Rodríguez Mourullo, partidario del principio de protección de bienes jurídicos, si bien no deja de reconocer que pueden existir delitos sin bienes jurídicos entendidos en sentido tradicional, y subraya que dicho concepto está siendo sometido a una profunda revisión crítica que no afecta tanto al concepto metodológico o teleológico de bien jurídico, sino al concepto crítico de bien jurídico, es decir, al criterio político-criminal y legitimador de la punibilidad.

Se adhiere Rodríguez Mourullo a la concepción de Roxin:

- Que define los bienes jurídicos como realidades, como la vida humana, que le vienen dadas al legislador, o fines, creados por él, p. ej., impuestos, que son necesarios para una vida social libre y segura, y

- Que sostiene que el principio del bien jurídico “cumple sobre todo una función de directriz político-criminal, como arsenal de instrucciones para la elaboración de un Derecho penal propio del Estado de Derecho democrático liberal”.

Especial atención dedica el recipiendario a la concepción de JaKobs, como destacado representante de los autores que entienden que el prin-

cipio de protección de bienes jurídicos no está en condiciones de cumplir la función que antaño se le atribuyó.

El Derecho penal, según Jakobs, no tiene como fin la protección de bienes jurídicos, sino impedir la pérdida de vigencia de la norma, a lo que objeta Roxin que el sistema social no debe ser observado en su propio beneficio, sino en beneficio de las personas que viven en tal sociedad.

En la línea de Roxin subraya Rodríguez Mourullo que si bien proteger la vigencia de la norma es fundamental, el sistema penal no puede detenerse en la protección del propio sistema. No puede limitarse a ser autorreferente. De modo que la conclusión de Jakobs obliga a la ulterior pregunta de a quién beneficia la norma cuya vigencia se protege, lo que implica que reaparece la concepción de la protección de bienes jurídicos y la figura del sujeto pasivo del delito o víctima que no aparece todavía si detenemos el análisis en la vigencia de la norma.

En definitiva, Rodríguez Mourullo se manifiesta favorable a reconocer la relevancia de la función crítica del bien jurídico, frente a la postura doctrinal partidaria de no reconocer como fin del Derecho penal la protección de bienes jurídicos.

##### 5. El principio de culpabilidad.

Comparte Mourullo la afirmación de Molina Fernández conforme a la cual “ seguramente muchos penalistas, estarían dispuestos a afirmar que el principio de culpabilidad es el principio esencial del Derecho penal moderno”.

Advierte el recipiendario que la mención de la culpabilidad en el enunciado del principio no se identifica con la categoría dogmática de la culpabilidad como elemento del delito, sino que el término culpabi-

lidad se utiliza en un sentido amplio, para reflejar, como ha señalado M. Pérez Manzano, la necesidad de que la pena se imponga sólo al sujeto a quien puede responsabilizarse del delito.

El Tribunal Constitucional que proclama el principio de culpabilidad como principio estructural básico, se niega de modo contundente a admitir que la Constitución haya optado por una concreta concepción dogmática de la culpabilidad. Así, entre otras, la STC 150/1991, de 4 de julio, en la que se afirma: “... que la consagración constitucional de este principio (de culpabilidad) no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, como es el de la ‘normalidad de la motivación’.”

El principio de culpabilidad comporta, conforme a la STC del Pleno, 59/ 2008 : “que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal. La pena sólo puede “imponerse” al sujeto responsable del ilícito penal”; no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal “de autor” que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos; y no cabe la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender al elemento subjetivo de la culpa”.

La ausencia de mención expresa del principio de culpabilidad en el texto constitucional, que se infiere de otros valores, principios y derechos, plantea la cuestión de cuál es su concreta ubicación constitucional.

El propio Tribunal Constitucional elude un pronunciamiento claro al respecto, aunque en algunas resoluciones parece encontrar el asiento

en el artículo 24.2 CE, en el marco del derecho a la presunción de inocencia.

Rodríguez Mourullo aborda en su Discurso el análisis de distintas opiniones doctrinales en las que se plantea la derivación del principio de culpabilidad y su localización en la CE.

A su juicio, el que no se haya visto como necesaria la definición del principio y la catalogación de sus consecuencias no comporta que el Tribunal Constitucional no haya ido enunciando algunas manifestaciones del principio en el marco de su tarea y al hilo de cuestiones tan relevantes como la constitucionalidad de la reincidencia, el arresto sustitutorio, la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y la responsabilidad del representante de otro.

La primera de estas manifestaciones es el postulado de la personalidad de las penas. No se puede castigar a nadie por un hecho ajeno. La responsabilidad penal derivada de un determinado delito sólo puede recaer en quien ha sido declarado culpable del mismo como autor o como partícipe.

Analiza detenidamente Mourullo al respecto cuatro STC en las que la concesión amparo al recurrente trae su causa en la vulneración del principio de personalidad de la pena:

- La STC 146/ 1994 en la que se afirma que “ el inciso final del apartado 4 del art. 31 de la Ley 44/1978, que establecía la obligación solidaria de (todos) los miembros de la unidad familiar frente a la Hacienda.... vulnera el aludido principio de personalidad de la pena o sanción protegida por el art. 25.1 de la Constitución, incurriendo así en vicio de inconstitucionalidad”.

- La STC 131/1987, en la que la recurrente se quejaba de que se había cerrado un local de su propiedad por la condena impuesta a un arrendatario anterior por delitos relativos a la prostitución. La STC concluye que “... en el caso que nos ocupa, la extensión de la condena penal a la recurrente, que no fue parte en el proceso seguido contra la arrendataria y encargados del ‘Club Carabelas’, ni fue condenada por delito alguno, viola el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales, que se contiene en el principio de legalidad, y supone desconocimiento del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la C.E.”, y

- La STC 92/1997, en la que la queja de la recurrente se refería al comiso de dos vehículos de su propiedad en virtud de un delito de contrabando de tabaco por el que ella no había resultado ni siquiera imputada. La STC concluye que “... al disponer la sentencia impugnada el comiso de los vehículos propiedad de la recurrente, le impuso, de facto, una pena sin previa acusación, sin sometimiento al principio de contradicción y, además, sin que quedara acreditada ni fuera declarada en la Sentencia su participación penal en los hechos enjuiciados, presupuesto necesario, según la legislación penal entonces vigente, para el comiso de los instrumentos del delito”.

- La STC 254/1988 que otorgó el amparo a unos trabajadores que habían sido condenados como autores de un delito de coacciones a otros trabajadores para que se sumaran a una huelga a pesar de que sólo constaba su participación en la misma, pero no que fueran ellos quienes intimidaron a los coaccionados.

La segunda de las aludidas manifestaciones consistiría en que el principio de culpabilidad supone para el Derecho Penal, y para el Derecho sancionador en general, un sistema de responsabilidad subjetiva,

con la correlativa interdicción de que baste para el castigo la mera atribución objetiva de un resultado a la conducta de una persona.

Así lo afirma, respecto al ordenamiento administrativo sancionador en materia tributaria, la STC 76/1990, que respondía al cuestionamiento constitucional de la Ley General Tributaria: “No existe un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones tributarias ni nada ha cambiado al respecto la Ley 10/1985. Por el contrario, y con independencia del mayor o menor acierto técnico de su redacción, en el nuevo artículo 77.1 sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente”.

Desde el mismo prisma, pero en sede de amparo, se opuso el Tribunal Constitucional –en STC 253/1993– a una lectura objetivista del artículo 15 bis del Código Penal de 1973, correspondiente al artículo 31 del vigente.

El recurrente, vocal de la Sociedad Protectora de Animales y Plantas, había sido sancionado con una multa de cinco mil pesetas como autor de una falta de coacciones por “obstaculizar habitualmente las corridas de toros” que organizaba el Ayuntamiento de Benidorm “mediante la colocación, en los carteles anunciadores de las mismas, de otros impresos en los que se incitaba al público a no asistir a los festejos taurinos”. Como la sanción al recurrente tenía “la sola base de simples conjeturas originadas por su condición objetiva de único miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Protectora de Animales y Plantas de Alicante que compareció ante el Juzgado”, el Tribunal Constitucional le otorgó el amparo impetrado, pues la incorporación del artículo 15

bis al Código Penal, en expresión del TC : “no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto (...) “ .

Conforme a la tercera de las referidas manifestaciones, el principio de culpabilidad implica que sólo se puede responder por hechos y no por caracteres personales o por formas de ser supuestamente peligrosos para los bienes que se pretende defender. Así lo afirmó la STC 150/1991.

Subraya Rodríguez Mourullo como cuarta de las manifestación del principio de culpabilidad, que la ubicación de dicho principio en el artículo 24.2 C.E. y, en concreto, su caracterización como derivación del derecho a la presunción de inocencia que responde, a razones de proximidad y a la intención de someter el principio a la defensa que supone el recurso de amparo, ha fomentado, sin embargo, una perniciosa confusión de ambos postulados.

El recipiendario sintetiza con su acostumbrada claridad y rigor sus puntos de vista sobre tan sugestiva materia.

En efecto, el principio de presunción de inocencia –o, si se prefiere, el principio de presunción de inocencia en su vertiente procesal– vela por que los hechos que se le atribuyen al acusado estén correctamente probados y porque se exprese –se motive– esa comprobación.

El principio de culpabilidad –o, si se prefiere–, el principio de presunción de inocencia en su vertiente material, hace referencia, por su parte, a la exigencia de una doble relación subjetiva:

- De un lado está la que une al autor con su comportamiento que, sin afán de precisión, puede definirse como dolo o imprudencia en condiciones de imputabilidad personal, de exigibilidad de una conducta alternativa adecuada a Derecho, y

- De otro lado está la que identifica al autor de los hechos considerados como penalmente lesivos con el destinatario de la pena. Dicho todo ello en clave de fórmula: sólo cabe penar a quien sea reprochablemente autor o partícipe de un hecho antijurídico.

Especial atención dedica Rodríguez Mourullo a un tema de notable actualidad en el que es un destacado especialista: La responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Subraya Rodríguez Mourullo que la incontestable razón por la que las personas jurídicas carecen de capacidad de culpabilidad es que las personas jurídicas no pueden cometer hechos en el uso de “su autonomía personal”, porque no la tienen.

Recuerda, al afecto, las palabras del TC en su Sentencia del Pleno 59/2008, aludidas ya con anterioridad: El principio de culpabilidad comporta “que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal.”

Y si ya la doctrina vicarial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas origina, como afirma nuestro Académico en su Discurso, graves dificultades desde el punto de vista constitucional y a la hora de insertarla en el sistema penal que consagra nuestro Código ( hasta el punto de que algún autorizado comentarista, Feijóo Sánchez, tuvo que reconocer, literalmente, que a “la persona jurídica no se le aplica en general el Título I del Libro I, relativo a la infracción”), la doctrina de

la autorresponsabilidad por el hecho propio se estrella contra su propia contradicción interna.

El fundamento de esta autorresponsabilidad, de la que es adalid Klaus Tiedemann, radicaría en un defecto de organización de la persona jurídica, pero, como es obvio, conforme señala Rodríguez Mourullo, la organización de la persona jurídica no es un hecho propio de la propia persona jurídica, que carece de capacidad de autoorganizarse, sino de las personas físicas que la organizaron. De modo que resulta inevitable volver a encontrarse con las personas físicas que crearon originariamente el defecto de organización o, conociéndolo, lo mantuvieron a posteriori.

El Tribunal Supremo en las recientes Sentencias de la Sala 2ª de 2 de septiembre 2015, 29 de febrero 2016 y 13 de junio de 2016, acoge, en palabras de Rodríguez Mourullo, con visible satisfacción la doctrina de la autorresponsabilidad.

Ahora bien, como el recipiendario atinadamente resalta, el hecho de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es hoy Derecho vigente, que los Tribunales tienen que aplicar, y el Supremo en particular interpretar y sentar doctrina orientadora, no obsta para afirmar que el legislador puede equivocarse y que los académicos tienen, en su caso, el deber de decirlo y sugerir rectificaciones, como al respecto se ha pronunciado Rodríguez Mourullo en varias publicaciones.

La atribución subjetiva del hecho delictivo al autor por haberlo cometido en el uso de su autonomía personal es lo que, como pone de relieve Rodríguez Mourullo, según una larga tradición jurídica y filosófica, conforma el contenido de la culpabilidad, que se define como reprochabilidad. Se reprocha al autor haber decidido realizar el hecho antijurídico cuando debía y podía obrar conforme a Derecho.

Por la vía de este poder obrar de otra manera, se introduce en el marco de la culpabilidad la siempre inacabada discusión entre determinismo e indeterminismo. Al respecto, nuestro Académico, analiza las distintas teorías existentes.

Desde la perspectiva determinista se ha propuesto en ocasiones la desaparición del principio de culpabilidad y, con mayor frecuencia, su mantenimiento, pero desligado de la posibilidad de actuar de manera distinta y fundamentándolo a partir de los fines preventivos de la pena.

Ahora bien, como observa nuestro Académico, si bien ciertamente se puede desligar el principio de culpabilidad de la posibilidad de actuar de otra manera y fundamentarlo desde la perspectiva de las finalidades preventivas de la pena, esta sustitución, no deja de ser cuestionable desde otras perspectivas. Así, en la medida en que entraña la caída de la libertad, plantea problemas, fuera del Derecho penal y de la justificación de la pena, de alcance más general.

Jacobs y Roxin contemplan el problema del libre albedrío desde una perspectiva normativista. No se pone en cuestión el determinismo en el mundo físico, pero se asegura que el Derecho no tiene por qué sentirse vinculado por este punto de vista naturalístico, sino que puede adoptar su propio punto de partida. Sea o no libre el autor, el Derecho lo trata como tal. La libertad se entiende normativamente.

Mourullo, en relación con esta dirección doctrinal, participa de la argumentación de Molina, que considera que los autores que militan en esta corriente de opinión no resuelven el problema, sino que “ lo escamotean”, apelando a lo normativo. Se trata al autor como libre, pero quedan inmediatamente sin responder las preguntas y si ¿verdaderamente no lo fue?¿es indiferente que lo sea, o no, para declararlo

culpable? ¿es obligatorio tratar exactamente igual a quien obró determinado y a quien tuvo ocasión de optar por otro comportamiento?.

Opina Mourullo que, en ocasiones, el Derecho no tiene más remedio que construir categorías jurídicas propias distintas a las empíricas, pero cree que hoy asistimos a una extensión preocupante del normativismo, cuyo abuso entraña el riesgo de alejar al Derecho de la realidad, haciendo que se vuelva sobre sí mismo, y dificultando la relación de la ciencia jurídica con el resto de saberes científicos.

A su juicio, en definitiva, el debate no se resuelve creando una presunción como la que proponen Roxin y Jakobs, sino que lo decisivo es comprobar cómo se inserta el hombre en el universo causalmente determinado.

#### **IV. A modo de Conclusión**

Concluye Rodríguez Mourullo la argumentación sobre esta cuestión, y con ello el desarrollo de su magistral Discurso, recogiendo una cita de Recaséns Siches, que define como muy esclarecedora. Afirma Recaséns que “ la inserción del hombre no consiste en estar encajado en su mundo de un modo fijo, estricto, sin movimiento, como un tornillo en su tuerca, ni consiste tampoco en tener que seguir forzosamente una trayectoria previamente determinada; antes bien, por el contrario, se trata de una inserción con un margen o espacio de holgura. Ese hueco o ámbito ofrece al hombre, en cada uno de los momentos de su vida, un repertorio plural de posibilidades –concretas y en número limitado– entre las cuales el hombre tiene que optar...”

Pienso, escribe Rodríguez Mourullo, en la página conclusiva de su bello y extraordinario Discurso: “ que cualquiera que tenga experiencia viva de la aplicación práctica del Derecho tendrá la convicción de que la

composición de lugar de la que parten los jueces a la hora de comprobar si el autor pudo, o no, actuar de otra manera no se distancia de la sencilla observación de Recaséns Siches ... . Ese espacio de holgura del que habla Recaséns ofrece al hombre un repertorio plural de posibilidades, concretas y en número limitado, entre las cuales el hombre tiene que optar, decidiéndose por sí mismo, por su propia cuenta y bajo su responsabilidad ... , y la tarea del Juez no se desarrolla en un inabarcable ámbito sin confines, sino en un espacio limitado de opciones”

Por todo ello, concluye Mourullo, “creo que no vale la pena abandonar la concepción de la culpabilidad que, desde principios del siglo XX, la definió como reprochabilidad. Reproche basado en la posibilidad, con todas las limitaciones que se quieran, de optar por otra conducta adecuada a la norma”.

Del Discurso de Rodríguez Mourullo cabría afirmar, en suma, lo que Clarín escribió en su luminoso prólogo a < La lucha por el Derecho> de Ihering, en la versión española de Adolfo Posada: <...nada hay en su importante obra que desdiga de la serenidad y prudencia propias de los trabajos científicos....> <sup>15</sup> .

Y dicho lo que antecede, no me queda sino afirmar que todo cuanto elogio pudiera hacer del magistral Discurso de Ingreso del recipiendario quedará parco ante la realidad de su rigor, su originalidad y su claridad.

Bienvenida pues cordialísima y gozosa, en nombre del Pleno, a nuestro nuevo Académico de Número Don Gonzalo Rodríguez Mourullo.

**Antonio Fernández de Buján**

---

15 Ihering, La Lucha por el Derecho. Versión española de Adolfo Posada, Madrid 1921. Prólogo escrito por Leopoldo Alas, Clarín, en 1881, pp. X-XVI .

