

**LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL SUPREMO COMO
FUENTE DEL DERECHO PENAL
(1870 - 1995)**

Tomo I

José Sánchez-Arcilla Bernal
Sílvia Alves
Emilio de Benito Fraile
Ana Isabel Berrocal Lanzarot
Claire Bouglé-Le Roux
María Teresa Bouzada Gil
Alicia Duñaiturria Laguarda
Susana García León
Isabel Graes
Ángel Luis Hurtado Adrián
María Dolores Madrid Cruz
Beatriz Monerri Molina
Pedro Ortego Gil
Fernando Santa Cecilia García
Leyre Saénz de Pipaón del Rosal

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea éste electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial

Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

Este libro ha sido publicado en el marco del proyecto de investigación *La trascendencia del Tribunal Supremo dentro de la conformación del Derecho penal español entre 1870 y 1995* (PGC2018-097564-B-100) financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033



© Los autores
Madrid 2022

Foto de cubierta: *Frontispicio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015
Madrid Teléfono (+34) 91544 28 46 - (+34) 91544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN (Obra completa): 978-84-1122-412-3

ISBN (Tomo I): 978-84-1122-611-0

Depósito Legal: M-25460-2022

ISBN electrónico: 978-84-1122-708-7

PRESENTACIÓN

El análisis histórico de la experiencia jurídica primaria —el conflicto de intereses— lleva al Derecho mucho más allá de una formalización general y abstracta, ya que en dicho planteamiento metodológico se sintetizan las experiencias históricas singularizadas para construir una experiencia jurídica global identificada con la ciencia del Derecho (Capograssi). Desde esta visión jurídica, los integrantes del Proyecto *La trascendencia del Tribunal Supremo dentro de la conformación del Derecho penal español entre 1870 y 1995* (PGC2018-097564-B-I00)¹, han pretendido poner de manifiesto un marco que permita a juristas e historiadores —y no solo del Derecho— comprender mejor la evolución de las instituciones y la aplicación del derecho por parte de ellas hasta llegar a su vigencia actual, tomando en consideración la importancia de los comportamientos y percepciones sociales de la ciencia, en este caso jurídica, en la medida en que tales comportamientos propician o inhiben el propio proceso de innovación.

Desde esta convicción, el conocimiento de la evolución secular de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, objeto de nuestro estudio, puede contribuir a alentar nuevas soluciones que conduzcan, en lo jurídico, hacia una nueva sociedad innovadora y responsable en un contexto de cambio y transformación sin precedentes, al propiciar nuestra comprensión de la situación actual y la calidad de la política en materia judicial y jurídica. En la década de 1960 D. Kennedy, representante de los *Critical Legal Studies*, favoreció estos estudios resaltando, asimismo, la ideologización y *habitus* (interiorización de estructuras objetivas), en

¹ Esta presentación constituye un resumen y, al mismo tiempo, una actualización de la memoria del proyecto que, con otra información complementaria, fue publicada por el investigador principal, Sánchez-Arcilla Bernal, José, «Un proyecto de investigación para la Historia del Derecho: la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la conformación del Sistema Jurídico», en *e-Legal History Review*, Extra 27 (2018) (Homenaje al profesor Pérez-Prendes).

particular éste último como principio unificador y generador de prácticas. Por su parte, P. Bourdieu ha resaltado la importancia de la conformación de las propias instituciones para determinar la vida de éstas, descubrir el orden oculto del espacio, en este caso del TS, lo que llama teoría del «campo jurídico de los magistrados» o «campo judicial», capaz de imponer reglas de conducta jurídica que determinan qué es Derecho. Así, el estudio de la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, de forma seriada y en un amplio espectro temporal, permite atisbar, cuando menos, la previsibilidad de la decisión que confirma los criterios de casación previamente establecidos, dando seguridad al sistema jurídico; pero, al mismo tiempo, determinar los argumentos por los cuáles se ha apartado en un determinado momento de su previsible argumentación para optar por otra diferente, que, a su vez, puede convertirse en poco tiempo en solución previsible.

A través de la metodología pueden descubrirse las líneas a las que se ha sujetado el Tribunal Supremo en el último siglo y medio en materia penal, desde la implantación de la casación en el ámbito penal en 1870 hasta la promulgación del Código penal de 1995. Como es bien conocido, la ley de 13 de julio de 1813 descartó la posibilidad de la utilización del recurso de nulidad en materia penal. Sin embargo, en sede de Derecho civil, el R.D. de 4 de noviembre de 1838 dio una nueva orientación al mencionado recurso, pero exclusivamente en este ámbito. Se introdujeron importantes novedades: en primer lugar, estableció la obligación de motivar las sentencias, como otrora hiciera la Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1830 para los tribunales de instancia de este fuero; en segundo lugar, el nuevo recurso de nulidad servía no sólo para los resolver los litigios entre partes, sino también, como señalara Ortiz de Zúñiga, para fijar el sentido de la ley y formar verdadera jurisprudencia; en tercer lugar, se suprimieron los recursos de injusticia notoria y segunda suplicación. Y, por último, se reiteró la prohibición del recurso de nulidad para asuntos criminales de acuerdo con criterios de índole humanitaria por razones de orden público. Téngase presente, además, que si bien por R.O. de 27 de mayo de 1845, en relación con el R.D. de 4 de noviembre de 1838, se dispuso que «todos los fallos dictados por ese Tribunal Supremo en los recursos de nulidad y en los de segunda suplicación e injusticia notoria que todavía procedan con arreglo a las leyes, se publiquen precisamente en la parte oficial de la Gaceta de Madrid», solo procedía con respecto a los recursos civiles, no a los criminales. No obstante, lo trascendente de esta disposición del Gobierno era el reconocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como un elemento sustancial «preciso para formar reglas de jurisprudencia en las materias que se deciden en los mismos recursos». En materia criminal hubo que esperar varios lustros para la asunción por parte del Alto Tribunal de los recursos de casación en lo criminal, pese a la previsión establecida en el Código penal de 1848, cuyo artículo 28 en su párrafo 2º aludía a la interposición del «recurso de nulidad o de casación», a pesar de reconocerse por los comentaristas

que no dejaba de ser un propósito, pues «como actualmente en causas criminales no puede interponerse el recurso de nulidad contra los fallos de las Audiencias, que son los que causan ejecutoria; sería ininteligible este párrafo, si no se nos hubieran dado a conocer los pensamientos de la Comisión al redactarlo. Parece ser que ésta entre las bases de las leyes de organización judicial y de procedimientos, tenía adoptada la de crearse una sección del Tribunal Supremo, que conociese de los recursos de nulidad contra los fallos de las Audiencias, ya por defecto en la forma del procedimiento, ya por injusticia en el fondo de la sentencia, así en causa criminal, como en asuntos civiles». Dejando a un lado los fines que se perseguían con el recurso de nulidad, desde muy pronto los juristas contemporáneos al decreto comenzaron a plantearse el valor jurídico que habrían de tener los fallos, la *jurisprudencia*, de la suprema instancia judicial, máxime cuando en dicho R.D. de 1838 establecía que cabía recurso de nulidad contra la «doctrina legal infringida» (art. 7), concepto, éste último, que no aparecía definido en la norma. Desde mediados del siglo XIX (Pacheco, Pantoja, Gómez de la Serna, Ortiz de Zúñiga...) hasta nuestros días (De Castro, Castán, Puig Brutau, Vallet de Goytisolo, Albaladejo, Roca Sastre...) los juristas han debatido sobre el valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho. La polémica radica en que es muy difícil deslindar, como señalaba Castán, el campo de la *producción* y el de la *aplicación* del Derecho, la actividad jurisdiccional de la actividad creadora. Entre los penalistas la polémica tuvo también su repercusión. Así, Dorado Montero entendía que la jurisprudencia del Tribunal Supremo debía ser concebida *lato sensu*, como cualquier antecedente venido de la judicatura, por ser más vivida, más flexible y más fluida que la ley misma; debía, pues, ser incluida como fuente del Derecho, en particular en la rama penal. Por su parte, Luis Silvela consideraba que, aun cuando no fuera obligatoria la doctrina de la jurisprudencia, y no tuviera desde este punto de vista valor de fuente, desde el momento en que fija y aclara el límite del precepto, y, unida a él, tiene valor de fuente originadora de Derecho. Jiménez de Asúa, acudiendo a la imagen de la pirámide kelseniana, sostenía que desde la Constitución hasta el simple fallo de un juez es Derecho. Para Kelsen, en efecto, la sentencia no era otra cosa que la norma individualizada. Pero Jiménez de Asúa, no obstante, precisaba que decir que una sentencia crea Derecho, porque ha individualizado el precepto de la ley, es una falacia, ya que esa sentencia no es obligatoria en cuanto norma individualizada. Su obligatoriedad deviene del precepto de la Ley de Enjuiciamiento criminal que prescribe que las sentencias ejecutivas son obligatorias. Para el célebre penalista madrileño, el juez –el Tribunal Supremo– tiene una función «re-creadora», vitalizando la ley, pero no crea Derecho: «No estamos –decía– en tiempos de Nuño Rasura». No obstante, una cosa es afirmar que la jurisprudencia no puede tener valor de fuente del Derecho, y otra bien distinta negarle el extraordinario valor que tiene en la interpretación del Derecho. No era objeto de nuestro proyecto entrar en esta vieja polémica. Basta señalar que en la actualidad un amplio sector de la penalística

reconoce al Tribunal Supremo la posibilidad de creación del Derecho, si bien no dispone de un poder normativo idéntico al del legislador. Ese poder de creación (jurídica) le viene dado por las técnicas de interpretación de las normas que persiguen el descubrimiento de los significados ocultos de los preceptos. Así, el juez puede crear Derecho de manera indirecta, llenando vacíos o lagunas, o corrigiendo las insuficiencias de las leyes. En esta labor para suplir las lagunas del ordenamiento jurídico los jueces se sirven de los principios generales del Derecho, constituidos muchas veces por reglas y principios no escritos, los cuales, aunque precarios, conforman también la jurisprudencia. Desde esta perspectiva, la interpretación de una norma se convierte en una operación necesariamente creadora o innovadora que suple las lagunas del derecho (R. Nguyen). Tomando todo ello en consideración, nuestro proyecto se centra en la praxis jurisprudencial; en los conceptos jurídicos que el Alto Tribunal ha tenido necesidad de interpretar, completar y desarrollar; en analizar la evolución histórica de dichos conceptos con relación al contexto político, económico, social y de los propios avances de la dogmática penal.

En cuanto a la atribución material, no está de más recordar que, junto con la asunción de la casación civil, hubo que esperar a la Ley provisional de 18 de junio de 1870 para que se regulara la casación criminal, redactada sobre los principios de la casación civil, anunciada ya desde la promulgación del Código penal de 1848 y objeto de propuestas que no fructificaron antes de aquel año. En el proyecto del ministro Zorrilla de diciembre de 1869, se reconocía la experiencia adquirida durante treinta años respecto de los recursos de nulidad y casación en materia civil. En su preámbulo se admitía que:

«la experiencia diaria demuestra que aun en un mismo tribunal sus Salas no siempre concuerdan en la inteligencia de algunas disposiciones, dando así lugar a que el deber de investigar cada uno por sí mismo el espíritu de la ley cuando se presta a dos sentidos... El único remedio para evitar esto se encuentra en los recursos de casación, que llevando lenta, pero sucesivamente las cuestiones de derecho que, por perfecta que sea la obra del legislador, a cada paso se suscitan, al primer tribunal del Estado, centro de que parte la jurisprudencia, fija la verdadera inteligencia de la ley, y hace que sea aplicada de la misma manera en todas las circunscripciones territoriales. Así, y solo así, el Tribunal Supremo, sin salir del círculo estrecho que le marca la naturaleza de sus funciones, podrá cumplidamente ejercer esa alta inspección que para bien público debe tener en la administración de la justicia, en materia criminal; así, y solo así, habrá unidad de derecho; así, y solo así, la ley penal será en su aplicación la misma para todos, y se cumplirá, en cuanto es posible, el precepto escrito en todas nuestras Constituciones de que todos los españoles son iguales ante la ley, cualquiera que sea la provincia en que se hallen».

Fue, sin duda, la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se extendió el recurso de casación a los juicios criminales, la que marcó el punto de partida de nuestro proyecto. Dicho recurso, ya fuera o infracción de ley o por quebrantamiento de forma, pasó a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (arts. 796 y ss.), y de ella a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y las reformas posteriores. Esta circunstancia es la que constituyó el término *a quo* del proyecto, mientras que el término *ad quem* vino impuesto por la fecha de promulgación del vigente Código penal, con independencia de las reformas de que ha sido objeto desde 1995.

Siempre hemos defendido, y así hemos intentado reflejarlo en nuestros trabajos, la idea de que la Historia del Derecho cobra verdadero sentido en la medida que permite la comprensión y explicación del Derecho actual. No podemos olvidar, como ha señalado J. Carbonnier, que el Derecho Penal es un producto histórico variable, por lo cual es cambiante y se encuentra sometido a un constante proceso de desarrollo y evolución. Por ello, nos planteamos nuevos interrogantes para adentrarnos en el estudio de un aspecto de la administración de justicia inédito hasta la actualidad, no abordado hasta el momento, con la perspectiva metodológica que hemos venido aplicando en otros ámbitos judiciales y épocas, ni por la Historia del Derecho ni por las disciplinas jurídicas «positivas», es decir, a la aportación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la conformación del sistema jurídico contemporáneo desde una perspectiva histórica, comprensiva de dicha evolución.

Resulta evidente que no hay trabajo de investigación de cualquier institución jurídica actual en el que su autor no haya manejado la «doctrina» del Tribunal Supremo. Para el análisis de cualquiera de las disciplinas jurídicas resulta imprescindible acudir a la consulta de la jurisprudencia del Alto Tribunal. Sin embargo, por la propia finalidad y naturaleza de dichos estudios, marcados siempre por el parámetro de la vigencia del Derecho, apenas se introducen análisis históricos de la doctrina de la jurisprudencia que, desde sus orígenes, ha mantenido. Mucho menos aún, en los estudios abordados de las disciplinas jurídicas «positivas», se encuentran valoraciones analíticas de las soluciones adoptadas por él, contextualizadas en el marco teórico de referencia que presenta la sociedad española en un momento dado. Es, precisamente, esta visión contextualizada, explicada en y por su historia, de los fallos del Tribunal Supremo la que fue objeto de nuestro proyecto con el fin de cubrir, en la medida de lo posible, una laguna bibliográfica importante, puesto que los trabajos publicados solo podían entenderse como complementarios a nuestro estudio.

En la presentación de la obra de F.J. Álvarez García *et alii*, *Doctrina penal de los tribunales españoles*, se pone de manifiesto un problema que viene a incidir en la línea de investigación del proyecto, aunque, obviamente, abordado con posterioridad al término *ad quem* de nuestra propuesta. Se afirma que tal estudio

constituye un intento de facilitar el conocimiento de la interpretación que los tribunales españoles han realizado del articulado del Código Penal, exposición surgida «en un momento en el que desde muy diversos ámbitos jurídicos se elevan voces, cada vez más altas, que claman por la seguridad jurídica, por el respeto a las “reglas del juego” y por la eliminación de la “sorpresa” del ámbito del dictado de las resoluciones judiciales. No se trata, ésta, de una reivindicación demagógica ni fuera de lugar, pues eliminando aquellos reproches dirigidos a la actuación de los Tribunales que no son más que fruto del desconocimiento y la ignorancia del crítico mismo, es cierto que no pocos jueces y magistrados dictan, en ocasiones, resoluciones puramente intuitivas, cuando no fruto de meras “ocurrencias”, que originan el estupor de sus destinatarios y el asombro en toda la clase de los juristas». Por su parte, como ha apuntado Orozco Muñoz, los inconvenientes para la seguridad jurídica se concretan, en lo sustancial, «en la imprevisibilidad de cuál va a ser la solución judicial final al caso; imprevisibilidad ésta que se agrava aún más en su repercusión jurídica sobre la esfera de los ciudadanos, en el ámbito del Derecho penal o del Derecho sancionador administrativo», porque «la denuncia de la imprevisibilidad de las decisiones judiciales constituye, sin duda, uno de los mayores logros del realismo norteamericano, con su *constructive skepticism*, que hace descansar la imprevisibilidad de la decisión judicial bien en la discrecionalidad judicial, en la denominación de los hechos, al enjuiciar la premisa fáctica, dando lugar al *fact skepticism*, o bien en la determinación de la norma jurídica a aplicar o premisa normativa, lo que origina el *rule skepticism*». Esta situación, así planteada, lejos de ser exclusivamente actual, tiene una impronta histórica sobre la que es necesario indagar para comprender, precisamente, la situación en que nos encontramos.

Tampoco se ha puesto de manifiesto, hasta dónde hemos podido investigar, la influencia directa del Tribunal Supremo en la redacción de los Códigos penales de 1848, 1870, 1932 o el franquista de 1944 y sus reformas. Así pues, no sólo se trata de un estudio del contenido de ciertas sentencias del Alto Tribunal, sino de abordar con plenitud la importancia de su jurisprudencia en aspectos sustanciales del devenir del Derecho penal contemporáneo.

Nuestro trabajo se ha centrado en el estudio de los textos, en este caso las sentencias de la Sala penal del Tribunal Supremo a partir de 1870. A partir de su contenido nos planteamos unas hipótesis principales: ¿Hasta qué punto las sentencias del Tribunal Supremo conforman el ordenamiento jurídico penal subsanando las lagunas del mismo? ¿Cómo se verifica ese proceso interpretativo de argumentación jurídica? Con relación al valor de la jurisprudencia en la conformación del sistema jurídico, conviene recordar que, en el proyecto del actual Título Preliminar del Código civil, hubo la pretensión de considerar a la jurisprudencia como fuente del Derecho. En la Exposición de Motivos se le reconocía «cierta trascendencia normativa». Tras la reforma del Título Preliminar, la

jurisprudencia «desempeña un cometido equivalente al de las fuentes del Derecho; se aproxima a la función propia de las fuentes del Derecho». No se pueden contraponer jurisprudencia y fuentes del Derecho, porque la «doctrina legal» es como una de ellas y, en la práctica, la más importante. Ello nos conduce a analizar la jurisprudencia como elemento del ordenamiento jurídico y del sistema jurídico, categorías, éstas últimas, que suelen confundirse, siendo distintas. Aunque la *ratio decidendi* que sirve de fundamento normativo a la sentencia exige que la resolución se atenga «al sistema de fuentes establecido» (C.c. 1.7), resulta que tal sistema es, por sí mismo, imperfecto debido a su carácter incoherente, incompleto e inconcreto. Estos defectos del sistema permiten al operador jurídico, en nuestro caso al Tribunal Supremo, un margen de libertad y creatividad en la selección, depuración y, en particular, en su interpretación ulterior que propicia la faceta dispositiva de creación judicial del Derecho, bien como derivación de las fuentes normativas aplicables al caso, o bien como creación normativa originaria, cuando no exista una previa fuente normativa de la que derivar la norma aplicable al caso (Orozco Muñoz). En el primer supuesto, la *ratio decidendi* no constituye fuente del Derecho, sino que la norma, derivada del sistema de fuentes para la resolución del caso, es extrínseca a la sentencia; mientras que el segundo caso, «el juez está llamado a decidir sin que preexista una fuente del Derecho a aplicar», de modo que la *ratio decidendi* de la sentencia «no constituirá una norma derivada sino una norma originaria». La jurisprudencia actúa como «fuente auxiliadora». Mediante sentencias *integrativas* o *creativas*, el Tribunal Supremo se comporta como legislador avanzado.

Se afirma que la jurisprudencia ha marcado una progresión social del Derecho, lo ha humanizado, siguiendo las pautas de nuestra Constitución (art. 10). Hay sentencias que van más allá de la función meramente interpretativa, atribuyéndole una función de suplencia o desenvolvimiento progresivo, viniendo a constituir la jurisprudencia una instancia a tener en cuenta en las mismas reformas del Código penal. Pero nuestro objeto, insistimos, no es entrar en la vieja polémica, aún sin cerrar (R. Rivero Ortega. Doménech Pascual), de si la jurisprudencia es o no fuente del Derecho. Nuestro planteamiento es mucho más pragmático: analizar la contribución de la jurisprudencia penal en la conformación del sistema jurídico en su vertiente penal. Por tal motivo, nuestra investigación no se circunscribió a la constatación estadística del número de sentencias que fueron anuladas/casadas por el Supremo Tribunal. Los objetivos específicos, como en todo trabajo científico, se dirigieron a responder a los interrogantes subsumidos en las hipótesis enunciadas. Comprobar cómo a través de las decisiones del Tribunal Supremo se solventaron lagunas, se interpretaron preceptos desfasados a la realidad social del tiempo en que tenían que ser aplicados o se resolvieron determinados asuntos rompiendo con la jurisprudencia anterior al recibirse nuevas doctrinas es el objetivo fundamental de la presente propuesta. Se trata, pues, de una

visión alejada del normativismo positivista clásico, que pretende adentrarse en el valor de la jurisprudencia, ahora, centrada en el Derecho penal.

Bajo el manto de las hipótesis principales y desarrollando los objetivos generales se plantearon otros objetivos concretos, siempre desde una perspectiva histórica. Amparándose en la prohibición del principio de *non liquet*, se trató de comprobar si eran conscientes los magistrados del Tribunal Supremo de que estaban creando nuevo Derecho, y hasta qué punto se atribuyó la función de actualizar el Derecho codificado, en ocasiones obsoleto. Para tal menester, se buscó verificar hasta qué punto cambios políticos, sociales, económicos e ideológicos (metajurídicos) influyeron en la doctrina del Tribunal Supremo, modificando sus planteamientos anteriores. Por supuesto, y no olvidemos que quienes constituimos este proyecto hemos abordado la importancia de la función judicial en épocas históricas anteriores en materia criminal, comprobar cuál ha sido la dinámica evolutiva de la jurisprudencia del Tribunal Supremo tanto en la parte general como en la parte especial del Derecho penal. Como consecuencia de lo anterior, patentizar a qué obedecen los cambios operados por la jurisprudencia en cada problema estudiado, tanto de la parte general como de la parte especial del Derecho penal. Entre otros aspectos que fueron surgiendo a medida que la investigación se fue desarrollando.

El presidente de la Sala Primera, J. A. Xiol, recordaba, «que la jurisprudencia no es la creación del Tribunal Supremo. Es una reelaboración que el Tribunal hace con materiales de muy diferente procedencia, con los estudios doctrinales, con sus propias resoluciones y de las de los tribunales de instancia, con alegaciones de profesionales y litigantes...». Palabras que llevan a mantener a Lorente Sariñena, que no se entienda muy bien que sean los «estudios» doctrinales los únicos privados de la identificación de autoría en las sentencias. Por lo cual, las llamadas «corrientes de pensamiento», también acabarán por reflejarse en los fundamentos jurídicos de sus fallos. En las propias sentencias la evolución jurídica —antes, probablemente, que en las disposiciones legislativas— permite entender mejor la interpretación de las disposiciones normativas con arreglo al momento temporal en que se encuentra la sociedad, o a descubrir nuevas formulaciones jurídicas para resolver los problemas planteadas por los ciudadanos y no resueltas por aquellas. En suma, como afirmó Pacheco, «la ley y la doctrina legal no son la misma cosa: aquella está en los códigos, y la segunda en los comentaristas y en la práctica. Una y otra reasumen lo que se llama derecho». El inconveniente, sin embargo, era la mención expresa de esa jurisprudencia doctrinal, lo que derivó en la identificación del concepto *doctrina legal* con los fallos del Tribunal Supremo.

Es obvio que la motivación de las sentencias está condicionada por el ordenamiento jurídico, por el texto de las normas. La diversidad de situaciones que encontramos en el campo del Derecho penal, no sólo desde un plano teórico

sino práctico, ofrece la posibilidad de introducirnos en el campo de la argumentación jurídica (Atienza. Guanarteme. Gandulfo). En efecto, cuando nos referimos a la interpretación lo hacemos partiendo del presupuesto de que ésta forma parte de la teoría de la argumentación jurídica, entendida como el proceso que deben seguir los jueces para justificar racionalmente las soluciones jurídicas que plasman en sus sentencias. La argumentación jurídica, por consiguiente, no sólo describe las justificaciones de las soluciones de los casos jurídicos que resuelven los jueces, sino que también se adentra en cómo se ha realizado ese proceso de justificación. Como bien señala M. Atienza, en el proceso argumentativo se utilizan, al mismo tiempo, argumentos lógicos (p. e. el razonamiento silogístico) y no lógicos, es decir, argumentos analógicos sobre la base de comparaciones. De este modo, las técnicas de la interpretación jurídica permiten al juez ampliar o restringir el ámbito de aplicación de una premisa normativa, en especial en los casos difíciles que son lo que, generalmente, llegan hasta el Tribunal Supremo. Para los casos fáciles, según precisa Atienza, la argumentación jurídica se circunscribe a la «justificación interna»: la sentencia se reduce a la aplicación mecánica de una regla –la premisa normativa– y a la verificación de los hechos del supuesto analizado (la premisa fáctica). Pero para los supuestos difíciles se precisa, además, una «justificación externa» de la premisa normativo y/o fáctica. Es entonces cuando el juez acude a un proceso que atraviesa varias fases: identificación de la regla que debe aplicar, momento en el que se puede encontrar que existe una falta de reglas –laguna– o, por el contrario, un exceso de reglas con posibles antinomias; interpretación de la regla cuando no hay claridad sobre su significado; y, verificación de los hechos o la subsunción de los mismos si no es posible identificarlo claramente con el supuesto contemplado por la regla. A continuación, el juez se debe plantear una hipótesis de solución para el caso. Es entonces cuando, si el juez aprecia una laguna, deberá crear una regla pertinente al problema mediante el uso de argumentos analógicos. Se llega así a la «argumentación externa» de la premisa normativa o fáctica del problema suscitado, que conlleva presentar argumentos adicionales –razones, dirá Atienza– en favor de las premisas. Por último, al juez ya sólo resta justificar su decisión final sobre la base del silogismo jurídico (Atienza). Bastida (1986) se mostró claro al manifestar que «la aplicación de las normas jurídicas dista mucho de ser una automática subsunción en ella de los hechos y la interpretación de la ley no se resume en una mera aproximación cognoscitiva a un texto unívoco». Porque en el texto de la sentencia confluye o es un producto de una compleja actividad «que no se reduce a un simple trabajo de exégesis legal y de apreciación de los hechos enjuiciados», ya que exige determinar cuál es o son las normas aplicables, que significado es preciso dar a las frases o palabras en ellas contenidas, qué sentido tienen los actos materia del proceso y qué relevancia tienen en conjunto o particularmente, hasta qué punto cabe encuadrarlos en las normas seleccionadas, etc. Esto no lo puede hacer mecánicamente ni un juez ni los magistrados de un alto

tribunal, pues en esta compleja actividad la resolución exige acudir a criterios jurídicos que no serán los únicos y a «unas ineludibles creencias y prejuicios que no son universalmente compartidos, aunque unos y otros se hagan pasar por tales». En determinadas etapas, como el franquismo estudiado por él, la decisión del Tribunal Supremo no fue ajena a la ideología reinante, como tampoco lo fueron las disposiciones legales dictadas durante dichos lustros.

Vinculado con este asunto se encuentra la que podríamos calificar de *retroalimentación argumental*. Como puso de manifiesto Pérez Ruiz, la jurisprudencia del Tribunal Supremo «utiliza a menudo razonamientos de sentencias dictadas en épocas anteriores... dando con ello un aire de continuidad a su propio trabajo». Con independencia de las connotaciones políticas que él señala, es cierto que la previsibilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Orozco) viene ratificada por esa línea de continuidad en los fundamentos jurisprudenciales, pero hasta cierto punto. Este «conservadurismo en la argumentación jurisprudencial» cuando se acude a la empleada en sentencias precedentes no pudo marcar la historia jurisprudencial del Alto Tribunal, porque llevado al extremo supondría anquilosar su argumentación en el siglo XIX. Por tanto, es indudable que, como se comprobará en los estudios que componen esta obra, figuran sentencias de ruptura con la línea precedente, es decir, se dejarán de mencionar otras sentencias, para apoyarse en nuevos o diferentes razonamientos que, de consolidarse, se convertirán en jurisprudencia consolidada hasta que, por diferentes circunstancias —políticas, sociales, ideológicas, jurídicas— se vuelva a modificar con posteridad.

En suma, la jurisprudencia en materia penal del Tribunal Supremo ha estado a lo largo del período objeto de la presente propuesta en un movimiento en el que observaremos continuidades y discontinuidades, argumentos empleados en unos momentos históricos y callados en otros, concepciones morales que mudan por influencia social, matizaciones jurídicas procedentes de la doctrina teórica, etc.

Por otra parte, la acumulación normativa de constituciones y nuevas leyes con viejas leyes medievales de raigambre medieval durante buena parte del siglo XIX, permite comprender la afirmación de Seijas Lozano, hecha en 1848, en la que ponía de relieve que la importancia de la «función mediadora de la jurisprudencia entre la ley y las necesidades sociales, manteniendo el perpetuo acuerdo entre la rigidez de la primera y el incesante cambio de las segundas, en aras a la paz pública y el progreso de la sociedad». La jurisprudencia del Tribunal Supremo no es una *fuentes* del Derecho estática, sino dinámica. Evoluciona, es progresiva y cambiante. La variabilidad de la interpretación resulta de la propia naturaleza del Derecho (De Castro). El Tribunal Supremo al interpretar las restantes fuentes del Derecho —y la jurisprudencia misma—, tiene —o debe tener— en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» (art. 3.1).

Abordar una investigación desde la perspectiva sobre la que hemos trabajado implica un profundo conocimiento del Derecho histórico. Por esa razón, tal vez, los investigadores que se acercan al estudio de la jurisprudencia desde las disciplinas del derecho «positivo» son reacios al análisis de las sentencias antiguas y verificar la evolución doctrinal que en sus contenidos se pueden hallar. Fue y es habitual encontrar formulaciones en las que el propio Tribunal Supremo aclara los supuestos previstos en la ley, unificando la interpretación que debe darse a la misma a través de la casación. De ahí el interés que siempre demostró la doctrina contemporánea por dar a conocer no solo el articulado de las leyes penales, sino la interpretación del Alto Tribunal, acudiendo a expresiones similares a la siguiente: «como ha declarado el Tribunal Supremo en el caso siguiente...». Resulta, en consecuencia, llamativa la omisión que la historiografía jurídica y la doctrina penalista que se ha adentrado en el ámbito histórico hace de la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo. Una laguna que se aprecia de forma expresiva y significativa en recientes monografías sobre la codificación penal, en la que es manifiesta la ausencia de menciones a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en dicho sector jurídico y su evolución. El propósito, pues, de este proyecto fue abordar esta laguna y descubrir cuál fue la aportación del Alto Tribunal a la configuración del Derecho penal español, más allá de la literalidad legal. Es obvio que en recientes trabajos se mencionan cambios de criterio en la adopción de determinados fallos, pero no existía un trabajo que abordara, con criterios iushistóricos, las líneas de evolución, con sus cambios o permanencias, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ni mucho menos explicar —de eso se trata la ciencia, de explicar, de comprender los fenómenos o los problemas— el porqué de esos cambios o permanencias.

Como se ha señalado, la fuente principal de nuestras investigaciones fueron las sentencias del Tribunal Supremo. No cabe la menor duda que sus magistrados tuvieron una formación jurídica en sus Universidades y en ellas bebieron de las doctrinas que impartían sus maestros. También, con posterioridad, es de suponer que prosiguieron su formación con lecturas de otros juristas contemporáneos. Sentencias, «doctrina» —entendida ahora como las opiniones de los juristas— y textos normativos constituyen, pues, las bases sobre las que se sustenta nuestro proyecto. Como bien señaló en su día Clemente de Diego, «la jurisprudencia ofrece al historiador del Derecho, como al jurista profesional, como al sociólogo... abundantes materiales para sus respectivos trabajos e investigaciones, y es absolutamente inexcusable su estudio para llegar a columbrar y dominar el conocimiento y aplicación del Derecho de un pueblo...». Afirmación que completa con otra, de acuerdo con la cual «la jurisprudencia discierne y define el Derecho; el Derecho pasado por ella es el vivido, el más seguro, el contrastado. Lo que no se puede negar es que los tribunales han de estar con la vista fija en la ley y en la sociedad para que no se abra un abismo entre el Derecho que ésta

viva y el que aquella define». Lo expresado no impidió a De Diego sostener que, a pesar de que para algunos autores la jurisprudencia puede ser contada entre las fuentes formales propiamente dichas del Derecho positivo, con virtud bastante para producir nuevas reglas de derecho obligatorias para el intérprete y en lo sucesivo para todos, en su opinión no es aceptable esta postura ya que la creación o producción de nuevas reglas jurídicas no está dentro de la competencia de los tribunales. Por ello, según él, «las decisiones de los tribunales no tienen poder de emitir una regla general que se pretenda imponer como regla abstracta... el dominio del poder judicial es el de la aplicación del Derecho». Postura que no le embarga negar, igualmente, a los fallos judiciales toda autoridad y valor positivo, puesto que, como sostuvieron con anterioridad otros juristas, al no ser completa y perfecta la ley, «no puede por sí y directamente satisfacer todas las necesidades concretas de la vida jurídica», por ello la necesidad de un intermediario que pueda y sepa adaptar esa fórmula a las situaciones y circunstancias para las cuales ha sido escrita, correspondiendo al juez tal tarea. Derivaba en este punto también su conclusión de que «si la jurisprudencia no constituye por sí una fuente formalmente tal del Derecho, contribuye a menudo a la formación de semejantes fuentes y hasta en ocasiones se constituye en elemento esencial e indispensable de las mismas». Estas palabras constituyeron el asunto básico del proyecto y, como se puede comprobar, transcurridos tantos años desde que tan egregio jurista lo planteara, aún no había sido abordado. Por tanto, no se plantea el tema en torno a la dicotomía entre el normativismo o formalismo jurídico y el realismo, cuestión ampliamente abordada por la Filosofía del Derecho contemporánea, sino incidir en la teoría jurisprudencial como fuente de interpretación, para los operadores jurídicos y como elemento de configuración de reglas jurídicas que vienen a conformar el Derecho penal.

La experiencia acumulada por los miembros del equipo a lo largo de los últimos años, en diferentes proyectos y al abordar variadas materias, ha permitido llenar alguna de las lagunas apuntadas, desterrar o cuando menos matizar en gran medida algunas afirmaciones. Al insistir en la aplicación práctica del Derecho, principalmente judicial, el equipo aporta un nuevo enfoque en el campo de la historiografía jurídica, con el que se profundiza en el conocimiento real del Derecho aplicado en su conjunto, imprescindible para conocer la vida jurídica de quienes nos precedieron y la prolongación de aquella o no en el tiempo. La verdadera experiencia jurídica es aquella que permite conocer la aplicación práctica y viva del Derecho en cada época. La documentación entonces se nos presenta ante nuestro conocimiento como un conjunto de datos complejos, pero al mismo tiempo unitarios que posibilitan desentrañar la especificidad de lo jurídico (Díez Picazo).

Una finalidad que ha sido desconocida sistemáticamente por quienes han estudiado desde una perspectiva histórica el Derecho penal español, puesto que

al reducir sus estudios a la legislación y/o a la doctrina penal, han omitido una parte esencial en la conformación del Derecho español en esta rama: la jurisprudencia del Tribunal Supremo sin la cual no se puede conocer, comprender y profundizar en la auténtica realidad de nuestro Derecho histórico más reciente.

En definitiva, en los dos tomos que conforman esta obra presentamos una parte significativa de los resultados obtenidos en el desarrollo de nuestro proyecto. Hasta el momento presente, no había sido materia tratada en tan larga proyección histórica y con una visión horizontal tan amplia en el marco del Derecho penal aportando trabajos sobre el alcance de la jurisprudencia del Tribunal Supremo contemplada desde su seno; el tratamiento evolutivo de la eximente de «locura» —entendida en sentido amplio y, en consecuencia, con las diferentes concreciones a que dio lugar—; la aplicación específica de la eximente de embriaguez en el delito de parricidio; la doctrina jurisprudencial sobre el infanticidio hasta la desaparición —en buena medida por influencia del Tribunal Supremo— de este delito; el modo en que resolvió los recursos sobre delitos religiosos que es, sin duda, uno de los hechos en los que la situación sociopolítica más influyó en la legislación y, por extensión, en la resolución jurisprudencial; la profundización en los cambios de mentalidad social que se produjeron durante la Transición política y su reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo al resolver sobre recursos en los que se estaban dirimiendo hechos derivados de la difusión de pornografía; el tratamiento que el Alto Tribunal dio durante la Restauración y la Dictadura al delito de injurias; la evolución más cercana sobre delitos que incidieron en las relaciones familiares, en particular las que afectan a los menores de edad; la concepción dogmática del concepto de daño, contrastando la evolución legal con la doctrinal y jurisprudencial más reciente; el alcance del *engaño bastante* en el delito de estafa a través de la propia evolución de la jurisprudencia de la Sala segunda del Alto Tribunal; la configuración de aspectos esenciales en los incendios de montes imprudentes, que tanta «actualidad» han tenido a lo largo de la historia, aunque ahora sean más terribles; y, por último, otro tanto cabe señalar de los delitos relacionados con las drogas, abordados en la última parte de la etapa franquista y la inmediatamente anterior al Código de 1995.

No se olvidó, en fin, nuestro proyecto de aportar una muestra de la visión del Derecho comparado. De ahí, la inclusión de aportaciones de profesoras de Francia y Portugal especializadas en los recursos de casación y en materias del Derecho penal contemporáneo, lo que permitirá al lector comparar algunos aspectos evolutivos en los países de nuestro entorno.