

Principio de legalidad y resoluciones judiciales

Francisco Javier ALVAREZ GARCIA

El caótico estado de nuestra legislación penal al que, con cada intervención, contribuye el legislativo no sólo con errores manifiestos en la política criminal esbozada —aunque en ocasiones tiendo a creer que nunca hay planteamientos de política criminal en la mente del legislador español, siendo más bien los de política penal los que predominan—, sino con clamorosos desaciertos en la pura técnica legislativa —véanse, por citar sólo algunos de los numerosos fallos observables en la reforma del Código penal de 1989, los contenidos en el párrafo segundo del artículo 563 (remisión a las cuantías del Seguro Obligatorio); la alusión, que recuerda planteamientos propios del Derecho de Autor, al «consciente desprecio por la vida de los demás» en el artículo 340 bis d). —1.º; la permanencia de la remisión en el último párrafo del artículo 411 a las lesiones graves, cuando ha variado toda la estructura de los delitos de lesiones; los múltiples errores cometidos en relación a las modificaciones de la pena de multa en los artículos 195, 455, 546 bis a), etc.—, ha provocado que en algunas actuaciones judiciales los operadores jurídicos hayan tomado sobre sus hombros la tarea de remediar el pésimo estado de nuestra legislación, con peculiares resoluciones judiciales.

Uno de los ejemplos más claros de estas últimas, es la que se contuvo en la Sentencia de la Audiencia de Bilbao en la que se venía a condenar por delito de violación una conducta consistente en un coito anal. Ciertamente, todas las instancias jurídicas —Tribunales, Colegios de Abogados, Universidades, etc.— estaban de acuerdo en que el tratamiento que la legislación penal concedía a los delitos sexuales era especialmente desafortunado —aunque, también es verdad, que la reforma que se ha plasmado en los actuales artículos 429 y 430 es fácilmente criticable, en especial por la enormidad de la pena prevista en el primero de los preceptos mencionados y por alguna equiparación valorativa fuera de lugar, que a lo único que puede contribuir es a la obtención de una mayor cantidad de sentencias absolutorias—; ello, sin embargo, es evidente no autorizaba a los jueces a incluir como violación un supuesto que la ley excluía claramente de su ámbito —y así lo había venido a advertir pocas fechas antes una sentencia de la Audiencia de Barcelona que, ante un caso similar, había condenado por abusos deshonestos, aunque y haciendo uso de lo preceptuado en el artículo 2 del Código penal, recomendando al Gobierno una modificación de la legislación—.

Ciertamente, esta tendencia a violar el principio de legalidad, en alguna de las decisiones de los jue-

ces y tribunales, no es la primera vez que se manifiesta en nuestra jurisprudencia. Uno de los pasos más claros en esta dirección se dio con la llamada «creación jurisprudencial del delito continuado», que vino a derogar, en ciertos supuestos, lo previsto en los preceptos reguladores de los concursos real e ideal de delitos; asimismo, esas conculcaciones de la legalidad son visibles en algunas recientes resoluciones sobre prescripción.

Pero ¿a qué responden semejantes resoluciones judiciales? Al comienzo de estas líneas se sugería uno de los posibles motivos: el mal estado de nuestra legislación penal. La respuesta que algunos jueces han dado a esa situación ya ha sido apuntada: violación del principio de legalidad y utilización de la analogía *in malam partem*. Desde luego que esta respuesta, aún motivada por comprensibles razones, no puede dejar de ser rechazada; y ello por los siguientes argumentos:

1.º Porque supone una arrogación de atribuciones legislativas por parte de los jueces que no puede más que suscitar recelos; ya que, en el fondo, con ello se contribuye a minar el Estado de Derecho que es por el que se ha optado en el momento constituyente. Y de acuerdo con los principios que iluminan tal forma de Estado, que por otra parte están claramente plasmados en el texto constitucional, es únicamente al legislador a quien compete establecer qué conductas son merecedoras de sanción penal.

2.º Porque el procedimiento analógico en materia penal ha estado cubierto por la sospecha de arbitrariedad desde la irrupción del Derecho penal moderno. Y tan es así, que son muchos los autores, fundamentalmente en la doctrina italiana —consúltese a este respecto la obra de Nuvolone, Siniscalco, Bricola, etc.—, que estiman que el procedimiento analógico, tanto a favor como en contra del reo, está prohibido. En todo caso, los autores, y la propia jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, consienten en la prohibición de la analogía *in malam partem* —y no debe olvidarse a este respecto que una de las experiencias más traumáticas para el Derecho punitivo en el presente siglo, vino de la mano de la modificación del parágrafo 2 del Código penal alemán en el año 1935, en el que se admitió expresamente la aplicación analógica, en contra del reo, de las normas penales—.

3.º Que uno de los valores esenciales de nuestro ordenamiento es el de la seguridad jurídica. Ciertamente se trata de un valor cuya realización plena jamás estará asegurada, y ello, entre otras razones, porque el medio —el lenguaje— a través del cual se expresa el Derecho lo impedirá; sin embargo, ello

no obsta para aspirar a su realización dentro de ciertos márgenes. Pues bien, ese objetivo está en la actualidad claramente amenazado por tres hechos: a) Por la incorrecta técnica legislativa utilizada en la redacción de algunos preceptos penales —un claro ejemplo lo constituye, a este respecto, la redacción del artículo 344 bis a). 3.º, que con su referencia a (cantidad) «de notoria importancia» provoca que, en un mismo caso, la agravación sea aplicada o no dependiendo del lugar geográfico donde sea juzgada la conducta—. b) Por la falta de reflexión conjunta acerca de la interpretación de algunos preceptos penales; lo que puede provocar que idénticas conductas sean consideradas delictivas por algún tribunal, y, sin embargo, por otros perfectamente ajustadas a Derecho —por seguir con el mismo ejemplo que en el caso anterior, piénsese en las dificultades que está provocando la delimitación de la cantidad de droga que debe considerarse como destinada al propio consumo, y la que se estima que está abocada al tráfico—. c) Porque algunos jueces están acudiendo a interpretaciones que se salen del puro terreno de la hermenéutica, para inmiscuirse en el de la creación del Derecho como norma general; lo que provoca que, en algunos casos, ni el más experto penalista pueda llegar a predecir el contenido de la sentencia a partir de un caso dado (y situaciones de este tipo las hemos venido sufriendo durante muchos años, por ejemplo en relación al antiguo delito de escándalo público).

En el momento de justificar algunas de estas «atípicas» resoluciones, los jueces acuden, en ocasiones, a un argumento de derecho positivo: el contenido en el artículo 3.1 del Código civil, «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas...». Ciertamente nadie se atrevería a dudar de la necesidad de adecuar el sentido de las normas al momento histórico en que han de ser aplicadas; precisamente, si los Códigos tienen alguna posibilidad de pervivir en el tiempo, ello es a costa de adecuar su interpretación a las cambiantes circunstancias de tiempo y lugar. En el caso de la legislación penal, y si pensamos que el Código actual sigue respondiendo, en sus estructuras básicas, al elaborado en 1848, la adecuación histórica resulta especialmente importante. Sin embargo, una cosa es tener en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (las normas)» en el momento de su interpretación, y otra muy distinta es, tras comprobar la falta de correlación entre precepto a aplicar y tiempo histórico, modificar el contenido mismo de la formulación normativa. O dicho de otra manera: uno de los gritos impulsores de la gran reforma jurídica realizada tras la revolución francesa, exigía la limitación de la función de los jueces a la pura aplicación del Derecho; de ahí, precisamente, el gran casuismo de alguno de los primeros textos legales dictados al amparo del movimiento codificador. La razón de la imposición de ese corsé al poder judicial fue expresada, años

después, con toda claridad por Reichel: *no existía confianza en los jueces* (precisamente, esa falta de confianza es la que, a muchos, nos ha hecho alzar la voz a favor del jurado para enjuiciar determinados tipos de delitos; o lo que ha provocado la insistencia en la necesidad de motivar, y no solo formalmente, las más importantes resoluciones judiciales). Pues bien, esa falta de confianza en la labor de los jueces contemplados individualmente —que tiene su base histórica en todo el Derecho penal del Antiguo Régimen, y en todos aquellos momentos en que, normalmente por razón de alejamiento geográfico de los centros de poder, se ha carecido de la posibilidad de imponer criterios legislativos—, es lo que originó, entre otros motivos, la atribución del poder de dictar normas establecedoras de delitos y penas a las asambleas de representantes.

Esa es la razón, también, de que, al menos en el ámbito del Derecho penal, se hayan rechazado con todo vigor el elemento irracional del Derecho —la conciencia jurídica general, desconectada, pues, de la «rígida conceptualidad y de la rigurosa vinculación a la ley» (Hattenhauer)—, y que se plasmó en la Escuela del Derecho Libre (ciertamente no ignoro que en una conocida sentencia del Tribunal Constitucional —en la que se ocupó, precisamente, del problema generado al principio de legalidad con la «creación jurisprudencial del delito continuado» a la que más arriba he aludido—, se llegó a hablar de espacios libres de creación del Derecho por parte de los jueces y tribunales; tan desgraciada resolución, sin embargo, no empuja lo más arriba afirmado, y lo único que pone de manifiesto es la escasa preparación que, en materia penal, han evidenciado, desde el mismo momento de la creación de aquella jurisdicción, los magistrados del Tribunal Constitucional).

Con todo lo dicho no pretendo desacreditar los valiosos intentos que algunos miembros del poder judicial están realizando, desde hace tiempo, para adecuar la legislación a lo exigido por los tiempos actuales. Lo único que intento es advertir del peligroso camino iniciado, que nos puede conducir a la supresión de las garantías elementales, y necesarias, que reclama el Derecho penal en su aplicación, para no caer en la más burda arbitrariedad. ¿Solución? Es necesario que cada uno asuma su responsabilidad y, en este sentido, que los poderes públicos aborden de una vez por todas la reforma del sistema punitivo (sustantivo, adjetivo y orgánico). Pero esa reforma ha de realizarse con la seriedad que el trabajo concreto reclama. Es decir: basta ya de reformas ¿pensadas? y elaboradas en dos días y que, en algunos casos, son realizadas por aficionados. La crítica situación de la Administración de Justicia —un cadáver que está pidiendo a gritos un enterrador— demanda las soluciones que están en la mente de todos. Frente a la torpe estafa electoral con reclamos de reformas, ha de imponerse el trabajo serio, prolongado y meditado que nos dote de la legislación adecuada, e impida, de esta forma, abocar a los jueces al desempeño de un papel que no les corresponde.