



FACULTAD DE DERECHO

**El papel del Poder Judicial en el Estado constitucional:
Creador de Derecho o mero aplicador.**

Autor: Ignacio Suárez García
5º E5:Doble Grado en Derecho y Relaciones Internacionales
Área de Derecho Constitucional.

Tutor: Dr. María Macías Jara

Madrid
Abril, 2020.

Lista de Abreviaturas:

AP	Audiencia Provincial
CGPG	Consejo General del Poder Judicial
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

ÍNDICE:

1. Introducción.....	4
2. Metodología.....	5
3. El Poder Judicial.....	7
3.1. Naturaleza y Legitimidad del Poder Judicial.....	7
3.1. El Poder Judicial en España.....	10
3.3 La Jurisprudencia del TS y su papel en el ordenamiento jurídico español.....	12
4. Modelos de Poder Judicial.....	15
4.1. El <i>Common Law</i>	15
4.2. El Derecho Continental.....	18
5. El Principio de Legalidad	21
6. Estudio de Casos.....	23
6.1. La Doctrina Parot.....	23
6.1.1. Introducción a la Doctrina Parot.	23
6.1.2. El TS ante la Doctrina Parot.	26
6.1.3. El TC ante la Doctrina Parot.	28
6.1.4. El TEDH ante la Doctrina Parot.	30
6.1.5. Conclusiones sobre la Doctrina Parot.	32
6.2. El Caso de <i>La Manada</i>	32
6.2.1. Introducción al Caso de <i>La Manada</i>	32
6.2.2. La AP de Pamplona ante el Caso de <i>La Manada</i>	34
6.2.3. El TSJ de Navarra ante el Caso de <i>La Manada</i>	35
6.2.4. El TS ante el Caso de <i>La Manada</i>	36
6.2.5. Conclusiones sobre el Caso de <i>La Manada</i>	39
7. Conclusiones.....	40
8. Bibliografía.	46

1. INTRODUCCIÓN.

La posición que el Poder Judicial ocupa en el sistema de separación de poderes que nuestra Constitución garantiza puede ser discutida. En este trabajo se pretende estudiar el verdadero papel que cumple el Poder Judicial en España, analizando si es un mero aplicador del derecho, (como diría Montesquieu: *la boca muda que dice las palabras de la ley*) o si por el contrario, *de facto*, actúa como creador del derecho. Por lo tanto, este trabajo parte desde el cuestionamiento del propio papel que el Poder Judicial debe ejercer en un estado como el español. No solo desde el punto de vista jurídico, en el que este trabajo se centra, si no también, aunque de manera más derivada, desde el punto de vista de la teoría política.

Recientemente se habla de un giro de nuestro sistema, en el que las resoluciones del Tribunal Supremo han ido ganando más y más peso a la hora de regir futuras controversias, hasta el punto de hablarse de un viraje hacia el modelo anglosajón del *Common Law*, o al menos de un replanteamiento de las fuentes normativas como tales. Tal como expone GARCÍA-BERRIOS: *Desde la segunda mitad de siglo XX estamos incursos en un proceso de pérdida de la supremacía de la ley a favor de una rápida proliferación de nuevas fuentes de producción normativa*¹. Sea esto agravado por la inactividad legislativa derivada de la inestabilidad política de los últimos años, o por otros motivos varios, lo cierto es que este fenómeno merece ser estudiado. Así, este trabajo comienza haciendo un esfuerzo por estudiar el mismo concepto de Poder Judicial, para alcanzar una comprensión sobre el mismo suficiente, que nos permita posteriormente hacer una reflexión informada sobre su papel. Tras una breve referencia a la organización del Poder Judicial español, y un análisis tanto del modelo continental y anglosajón del Poder Judicial, pasamos a hacer un estudio de una serie de casos en los que el Poder Judicial español (vía Tribunal Supremo) parece haber llevado a cabo una tarea algo extensiva, en las que en cierto modo ha podido innovar el ordenamiento jurídico. Nuestro análisis se centra en especial en el papel del Poder Judicial *vis a vis* el principio de legalidad. Es a la luz de estas interpretaciones extensivas que lleva a cabo el Tribunal Supremo (TS) que se trata de inferir el verdadero papel que el Poder Judicial desempeña en España. La pregunta que guía el trabajo, por tanto, no es otra que, ¿Es el Poder Judicial,

¹ García-Berrios Hernández, T. “La Controversia sobre el Precedente Judicial: Un clásico del Derecho en Constante Renovación”. Foro, Nueva época, núm. 4/2006: 127-152.

encarnado a nuestros efectos en el TS, un mero aplicador del derecho, o también lo crea?

Por ello, en esta inquietud por discernir el verdadero papel del Poder Judicial, se justifica la elección de este tema de trabajo. En una época en que la justicia, sus resoluciones y todo lo que la rodea está en pleno auge mediático; las resoluciones de los tribunales son enfrentadas con desaprobación social y política; parece existir cierto descontento y desconfianza en todo lo relativo al Poder Judicial, y en definitiva la sociedad parece preocuparse profundamente por el impacto de las resoluciones (al menos las más sonadas) en la sociedad y su organización, parece más que pertinente la selección del tema. Pura y llanamente ante lo que nos enfrentamos es un debate entre el sistema anglosajón y el continental o germánico, y el posible viraje que nuestro sistema está protagonizando. No obstante, este trabajo trata de huir de una visión puramente teórica y aséptica sobre esta materia. Por el contrario, trata de, una vez analizada la cuestión, llevar a cabo una reflexión sobre el *deber ser* del papel del Poder Judicial, y sus perspectivas a futuro. Es decir, una vez hecho el análisis jurisprudencial y normativo del estado español, a modo de conclusión, se trata de llevar a cabo una reflexión sobre el papel del Poder Judicial *en abstracto*, y su relación con el resto de los poderes en sistemas democráticos.

2. METODOLOGÍA.

Tratar de analizar en tan escasas páginas el papel del Poder Judicial en sus resoluciones de manera global parece demasiado ambicioso. Para poder hacer un análisis riguroso y un estudio de calidad, es preciso acotar debidamente nuestro objeto de estudio. Es por ello que, a la hora de llevar a cabo este esfuerzo por discernir el papel del TS, nos centramos en una reducida muestra de sentencias, que en cierto modo orbitan alrededor de una misma problemática jurídica: el alcance del principio de legalidad. En concreto, elegimos dos casos que sirven para ejemplificar la actividad del Supremo en lo relativo al principio de legalidad, toda vez que en uno de ellos parece desoírlo, asumiendo un papel innovador, y en el siguiente la justicia parece acatar demasiado tajantemente este principio, pareciendo en efecto *la boca muda que dice las palabras de la ley*.

Por lo tanto, para llevar a cabo este trabajo, como se ha referido anteriormente, seguimos el siguiente esquema: Tras el estudio de corte más teórico al que nos referíamos *supra* (contextualización conceptual del Poder Judicial, comparación entre *Common Law* y

Civil Law...), se pasa a la exposición de dos casos concretos con la interpretación de los tribunales de la situación que se les plantea. Hecho el análisis de estos casos, se trata de dilucidar hasta qué punto el TS realmente ha podido llegar a innovar el ordenamiento jurídico, y comparando el uno con el otro tratar de inferir una serie de conclusiones sobre el papel del TS en nuestro sistema. Por ello, habiendo estudiado a conciencia el papel del TS en estos casos, se pasa a hacer una reflexión sobre cuán deseable es verdaderamente que el alto tribunal goce de una cierta libertad y autoridad para hacer interpretaciones extensivas e innovadoras del ordenamiento jurídico, a efectos de hacer un comentario crítico del papel del TS como cúspide del Poder Judicial español.

Los casos elegidos para el estudio son el famoso caso de de la *Doctrina Parot* (en concreto la STS 197/2006, de 20 de febrero) y el caso de *La Manada* (STS 344/2019, de 4 de julio). Han sido elegidos conforme a los siguientes criterios: el primero de ellos es un caso en que el Tribunal Supremo ha hecho una calificación novedosa del ordenamiento jurídico, que tuvo, potencialmente, un gran impacto en la futura resolución de controversias similares a las enjuiciadas respectivamente. El segundo es un caso en que las instancias anteriores al TS siguieron rigurosamente el principio de legalidad, de manera radicalmente opuesta a lo que sucede en el primero de los casos. Por ello, la elección de este caso nos sirve como contrapunto para comparar ambas interpretaciones del principio de legalidad, y como base para la consiguiente reflexión. Además, ambos casos han tenido una tremenda repercusión mediática, tratando temas que, cada uno en su momento, han estado muy presentes en el debate público.

Finalmente, antes de pasar al grueso de la cuestión, es importante reconocer las limitaciones a las que este trabajo se enfrenta. Al tratar de discernir si el papel del TS es verdaderamente innovador, elegir una resolución en la que, presumiblemente, tal es el caso, puede considerarse este trabajo como tautológicamente viciado, y en ese respecto criticable. Por ello, en el desempeño del mismo, y a efectos de evitar este defecto, se trata de proveer una contextualización veraz del papel del Poder Judicial, más allá de estos dos casos de muestra. No debemos tomar los resultados de este trabajo como taxativos, si no como un aviso de lo que puede estar sucediendo, y como una invitación a un estudio más detallado y extensivo sobre la materia, que pudiera poner de manifiesto de manera más veraz el papel del TS.

3. EL PODER JUDICIAL.

3.1. Naturaleza y Legitimidad del Poder Judicial.

El Poder Judicial como tal queda recogido en el art. 117 de la Constitución Española, que proclama que el mismo emana del pueblo, y se administra por Jueces y Magistrados en nombre del Rey. No obstante, a efectos de contextualizar el fondo del trabajo, cabe hacer un recorrido a lo largo de diferentes opiniones doctrinales y sus aproximaciones al mismo concepto del Poder Judicial. Por ello, antes de analizar el Poder Judicial en España, hacemos una breve mención a su misma naturaleza, y su posición frente al resto de poderes en el marco de los estados liberales en general.

Encontramos principalmente dos perspectivas distintas en lo que a este poder se refiere. Vemos una corriente heredera de la separación de poderes clásica de Montesquieu, posteriormente acuñada por las Constituciones americana (1787) y francesa (1791), que conciben al Poder Judicial como un poder autónomo (si bien, tal vez, débil frente al legislativo y al ejecutivo), en tanto en cuanto su convergencia con el ejecutivo o el legislativo desvirtúa cualquier posibilidad de libertad real para los ciudadanos². La agrupación de poderes generaría situaciones hipotéticas reminiscentes del Leviatán de HOBBS, ese: *dios mortal al que debemos, bajo el dios inmortal, nuestra paz y seguridad*.³ Por otra parte, encontramos otra corriente doctrinal, que concibe al Poder Judicial como un poder vicario. En este sentido, en la vida de una norma tan solo encontraríamos dos momentos: el de su creación por el legislativo y el de su aplicación por el ejecutivo. Al ser el juez un mero funcionario del Poder Ejecutivo, vemos subsumido al Poder Judicial dentro del Poder Ejecutivo⁴. Vemos de este modo como el propio encuadre del Poder Judicial en el entramado de poderes del Estado está abierto a debate, si bien en nuestras constituciones modernas es realmente asimilado como un poder independiente de los otros.

Es de especial relevancia, a la hora de delimitar las competencias y actuación de los

² Ripollés Serrano, M. R., “El poder Judicial” en Álvarez, M. I. (coord.), *Lecciones de Derecho Constitucional*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 231-232.

³ Hobbes, T. *El Leviatán o la Materia, Forma y Poder de un Estado Eclesiástico y Civil*. Alianza Editorial. Madrid, 2004. P. 157.

⁴ *Lecciones de Derecho Constitucional*, “cit”. p. 232.

Jueces y Magistrados, analizar la legitimidad que les avala. Esta precisión tiene una gran relevancia para los objetivos de este trabajo, pues si se valora la posibilidad de que el Poder Judicial en efecto innove el ordenamiento, este debe asentarse en una sólida legitimidad. En concreto, en sistemas democráticos puede llegar a ser controvertida la legitimidad democrática del Poder Judicial, que ha sido a menudo (y hoy en día) puesta en duda. Históricamente, vemos diferentes posturas en este respecto. En el Reino Unido el Poder Judicial se asienta fuertemente con el Acta de Establecimiento, del año 1701, que representa claramente los principios de pesos y contrapesos que tan vigentes perduran hoy en día. Este documento preveía que a los jueces se les nombraría por parte del ejecutivo, y solo podrían ser separados por el parlamento, garantizando su estatuto de inamovilidad e independencia. Eligiendo tan solo a jueces con gran reputación y disciplina, la legitimidad de este sistema se sustentaba en el ejercicio, y no en su origen⁵. En los Estados Unidos, si bien su Constitución no definió claramente las guías que regirían este poder, se va perfilando un sistema más democratizado, en que se precisa del aval del Senado para la elección de los miembros de su Corte Suprema. Por su parte, en Francia, dada la desconfianza de la ciudadanía en el Poder Judicial dada la corrupción que le seguía, se estableció en su Constitución de 1791 que los jueces serían elegidos periódicamente por el pueblo. Modelo totalmente contrapuesto al sistema previamente comentado Federal Americano y Británico. Este Poder Judicial de poder tenía poco, y se limitó a resolver pequeñas controversias entre particulares, sin tener jamás la potestad de fiscalizar al resto de poderes⁶. Paulatinamente va evolucionando la naturaleza de estos jueces electivos, que pasan de ser agentes a ser funcionarios, dependientes del Poder Ejecutivo. Con esta evolución acaba llegando la noción aún vigente del acceso a la judicatura mediante oposiciones que valoran los conocimientos de los aspirantes, llegando al modelo del juez burocrático, que ve su legitimidad en el ejercicio combinada con una legitimidad en el acceso⁷. Desde este momento se va creando una serie de órganos e instituciones para asegurar la independencia del Poder Judicial de el resto de los poderes, instituciones que garanticen su autogobierno, especialmente su independencia ante el Poder Ejecutivo (en España, el Consejo General del Poder Judicial).

⁵ Jiménez, R. “El Poder Judicial ante los demás poderes” en González, F. et al. *¿Quién Manda Aquí? La crisis global de la democracia representativa*, Penguin Random House, Barcelona, 2017, pp. 103-105.

⁶ *¿Quién Manda Aquí? La crisis global de la democracia representativa*. “cit” pp 111- 112.

⁷ *¿Quién Manda Aquí? La crisis global de la democracia representativa*. “cit” p 115.

Con todo ello, llegamos al momento actual. Es preciso aclarar que la problemática sobre la legitimidad y la misma naturaleza del poder judicial no ha cesado de existir. No obstante, y sin ánimo de responder taxativamente a esta cuestión, puede entenderse que, al contrario que el Poder Ejecutivo y el Legislativo, que se fundamentan en mandatos representativos, el Poder Judicial no hace lo propio. Encuentra su razón de ser en un sentido teleológico⁸. Por ello, esta posible carencia democrática en la elección no debe entenderse como intrínsecamente perversa. Encontramos en la obra de FERRAJOLI, una ilustrativa interpretación de por qué la legitimidad del Poder Judicial no debe estar ligada al consenso democrático. Argumenta que, siendo la naturaleza del Poder Judicial cognitiva (aunque luego veremos que en verdad va más allá), esto es, una intención de someter actos a derecho y alcanzar soluciones conforme a la ley de manera imparcial, el Poder Judicial es incompatible con el ideal de consenso político. En sus palabras: *“Justamente porque reside en la garantía de la imparcial verificación de lo verdadero, la legitimidad del juicio no puede depender del consenso de la mayoría. Ninguna mayoría, ni siquiera la unanimidad de los consensos o disensos puede convertir en verdadero lo que es falso, o en falso lo que es verdadero.”*⁹

Habiendo atendido a su razón de ser, resulta ahora pertinente estudiar su finalidad. La función última del Poder Judicial es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). En otras palabras, podemos denominar esta labor como la de realizar la función jurisdiccional. Esta función pasa por, en palabras de BANACLOCHE: *decir y realizar el Derecho objetivo en cada proceso, en tutelar y hacer efectivo lo tutelado*¹⁰. Es decir, en definitiva, estamos ante un poder que tiene como última intención la de resolver conflictos, evitando la autotutela de antaño al designar a ciertos individuos (Jueces y Magistrados) para que mediante unos mecanismos debidamente determinados (los procesos) juzguen una determinada materia¹¹. Esta función la lleva a cabo un poder Estatal. Así, hoy día, el Poder Judicial es entendido como el tercer poder del Estado, al que se le reserva total y exclusivamente la potestad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Así se dispone en los art 117 y siguientes de la CE.

⁸ *Lecciones de Derecho Constitucional*, “cit”. p. 232.

⁹ Ferrajoli, L. *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*. INCACIPE, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010. México, D.F.

¹⁰ Banacloche, J. “La jurisdicción como función del Estado” en Banacloche, J. y Cubillo, I. J. *Aspectos Fundamentales del Derecho procesal civil*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016. p. 29

¹¹ *Aspectos Fundamentales del Derecho procesal civil*. “cit”. p. 28.

3.2. El Poder Judicial en España.

Como se ha comentado anteriormente, el esqueleto del Poder Judicial en España viene recogido en el Título V de la CE, en sus artículos 117 y siguientes. En este sentido, encontramos una serie de directrices y cuestiones básicas, como puede ser la gratuidad de la justicia (art. 119) o la publicidad de los procesos como norma general, su oralidad y la necesaria motivación de las sentencias (art. 120). No obstante, dada la referencia al funcionamiento y estructura del Poder Judicial, nos ocupan en especial los siguientes artículos:

- El artículo 117: declara que la justicia emana del pueblo; la inamovilidad e independencia de los jueces; la exclusiva potestad jurisdiccional de los jueces y tribunales; el principio de unidad jurisdiccional y la prohibición de los tribunales de excepción.

- El artículo 122: contiene una remisión expresa a la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) como norma que regirá el funcionamiento y organización del Poder Judicial, y concede su gobierno a un órgano especialmente relevante: el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ); asimismo se hace referencia a la presidencia del mismo, y se determina que la misma recaerá sobre el Presidente del Tribunal Supremo (en adelante TS), siendo esta la primera remisión al alto tribunal.

- El artículo 123: dedicado al TS, se establece como el tribunal superior en todos los órdenes (exceptuando las garantías constitucionales que recaen en el Tribunal Constitucional).

Asimismo, cabe atender a la citada LOPJ. Esta es la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En su exposición de motivos, la LOPJ amplía la definición de las funciones del Poder Judicial que se hace en el artículo 117 de la Constitución Española, considerando a este como aquél conjunto de órganos que desempeñan la tarea de: *ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la ley, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus*

*derechos e intereses legítimos.*¹² Habiendo asentado estas premisas sobre el Poder Judicial en España, *infra* pasamos a hacer un breve análisis de la organización y funcionamiento del mismo.

En lo que a su organización se refiere, es importante precisar que, debido a la proliferación de normas especiales, y la división del derecho en distintas ramas, se ha llevado a cabo una especialización de los tribunales y juzgados en razón de órdenes jurisdiccionales. Estos órdenes vienen contenidos en el art. 9 de la LOPJ y son: el civil, el penal, el contencioso-administrativo y el social. Cada uno se ocupa, respectivamente, de materias propias del derecho privado; del enjuiciamiento de delitos y su derivada responsabilidad civil; de las acciones contra la Administración y de los conflictos derivados de las relaciones de trabajo y la Seguridad Social¹³.

Sin perjuicio de las múltiples especialidades y casos concretos que se pueden suscitar, de un modo sucinto podemos articular el Poder Judicial español de la siguiente manera: en cada orden jurisdiccional nos encontraremos con juzgados que tratan una cuestión específica en primera instancia, esto es, por vez primera. Por ejemplo, en el orden civil encontramos juzgados de primera instancia generales (art. 85 LOPJ) que tratan los temas no designados por la misma ley a otros tribunales; o los juzgados de lo mercantil (art. 86 LOPJ) que se ocupan de cuestiones de relativas al comercio y los comerciantes, siguiendo en principio las disposiciones del Código de Comercio¹⁴. Por su parte, en el orden penal (de organización más compleja) están los juzgados de primera instancia e instrucción (art. 84 LOPJ), encargados de conocer en determinados casos la primera instancia, pero también de llevar a cabo la instrucción, o averiguación de los hechos del caso. Por su parte, el orden social y contencioso administrativo siguen una lógica similar entre sí, teniendo en primera instancia órganos unipersonales: los Juzgados Contenciosos-Administrativos (art 90 LOPJ) o Juzgados Centrales Contenciosos-Administrativos (art. 90.4 LOPJ) y los Juzgados de lo Social (art. 92 LOPJ).

¹² Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 157, de 02/07/1985.

¹³ *Aspectos Fundamentales del Derecho porcesal civil*. “cit”. p. 44.

¹⁴ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. Publicado en el «BOE» núm. 289, de 16/10/1885.

Lo que todos los órdenes tienen en común es que existe, generalmente¹⁵, una segunda instancia, u opción para el recurso. Esta será atendida, normalmente, por las diferentes Audiencias Provinciales (art. 82 LOPJ). Estas, en líneas generales, resuelven recursos de apelación contra resoluciones de la primera instancia. No obstante esta afirmación debe ser muy matizada, ya que en distintos ordenes, si bien la lógica es a grandes rasgos similar, su plasmación en la realidad es distinta. Tal es el caso del orden social, donde no hay Audiencias Provinciales, sino que se perfila directamente la sala de lo Social de la Audiencia Nacional (AN) (art. 67 LOPJ), o las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (TSJ) (art. 75 LOPJ). En un nivel superior encontraríamos la AN, un órgano jurisdiccional de funcionamiento *sui generis* y bastante complejo, con jurisdicción en toda España, cuyo funcionamiento no desarrollamos en este trabajo. Finalmente, encontramos a los TSJ, que excluyendo las competencias del Supremo se sitúan como el máximo órgano judicial de cada Comunidad Autónoma, culminando el organigrama. No obstante, a efectos de este trabajo es de especial interés el TS, que se pasa a desarrollar en las siguientes líneas.

Es asimismo es preciso apuntar que el Tribunal Constitucional (TC) no es enmarcado en el organigrama del Poder Judicial. Sin ánimo de reflexionar en profundidad sobre la materia, cabe aclarar que el TC se instituye como un órgano constitucional, de relevancia suprema en el estado de derecho, que de acuerdo con la tradición jurídica en que se fundan nuestros estados liberales, actúa como arbitro último, y garante final de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución (ya sea vía recurso de amparo, cuestión de constitucionalidad...) y de la constitucionalidad de las normas. No obstante la nomenclatura del mismo, el *Tribunal* Constitucional no es verdadero Poder Judicial, y por ello no atendemos al mismo durante el desarrollo de nuestro trabajo.

3.3. La jurisprudencia del TS y su papel en el ordenamiento jurídico español.

Como exponíamos con anterioridad, el TS es, *ex art. 123 de la Constitución Española* el: *órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales*. Su regulación viene extendida en los artículos 55 y ss. de la LOPJ. Así, en términos generales, estos artículos conceden al TS competencia para

¹⁵ Caso distinto es, por ejemplo, la excepción de los aforados. Estos acuden directamente el TS en primera y única instancia, sin perjuicio de su posible amparo ante el TC.

conocer de los recursos de casación que se interpongan ante el mismo, además de otros recursos extraordinarios de diversa materia (civil, penal, social...). Sin embargo también se le concede competencias varias que no entramos a comentar (resolución sobre recusaciones de los mismos magistrados del TS, recurso de revisión en el orden Contencioso-Administrativo...). No obstante, la finalidad por antonomasia del Supremo podría decirse es resolver estos recursos de casación, a efectos de generar doctrina jurisprudencial y dotar al ordenamiento de coherencia y cohesión. Pero no nos centramos a efectos de este trabajo en el *iter* procesal que permite a un actor acudir en casación al TS. En su lugar, se presta mayor atención a la posterior actuación del tribunal en sus resoluciones.

Así, vemos cómo el TS es el órgano de mayor rango en todos los órdenes, y por ello tiene la última palabra en los casos que, ya sea por recursos de casación (principalmente) u otros extraordinarios, llegue a conocer (con permiso de la posible intervención del TC u otras instancias europeas en casos particulares, como veremos). Es por ello que el papel desempeñado por el TS es de suma relevancia. Este preponderante papel se ve ejercido, sobre todo, mediante su jurisprudencia. Es precisamente en este punto en que este trabajo se centra, en el papel activo de la jurisprudencia del TS, y su impacto en el ordenamiento jurídico español. Como sabemos, el art. 1 del Código Civil expone el relevante papel de la jurisprudencia del TS al enunciar que la doctrina que expresa en reiterada jurisprudencia el TS informa al ordenamiento jurídico. Para considerar como reiterada y por tanto de relevancia la jurisprudencia del supremo se precisan, a grandes rasgos, dos requisitos: que haya al menos dos Sentencias que recojan la misma doctrina, y que haya una identidad en los casos que confieran una verdadera cohesión en la posición del TS¹⁶. Por otro lado, es posible crear doctrina jurisprudencial a través de resoluciones plenarios en el seno del Supremo.

Pero... ¿es vinculante la jurisprudencia del TS? De especial relevancia para los objetivos de del trabajo cabe sacar a relucir que de ningún texto legal se predica una necesaria vinculación de ningún juez a la jurisprudencia del TS. Es más, el TC en su STC 25/1999 de 8 de marzo afirma que: “*lo único censurable desde la perspectiva constitucional, y en*

¹⁶ Por todas: STS de 28 de noviembre de 2007 (rec.-4881/00); STS de 10 de junio de 2008. (rec.-2907/01)

*mérito a la igualdad en la aplicación de la Ley [...] es la falta de motivación del cambio decisorio*¹⁷ (...). De esta manera, para que un determinado juzgador se aparte de la doctrina del TS, valdría con que, en palabras del TC *justifique debidamente* el criterio empleado para alcanzar su resolución. Esto es de especial relevancia, pues como veremos, no solo el TS carece de, en principio, potestad para crear derecho, pero además su interpretación del mismo no se presenta como vinculante para el resto de los jueces. Por tanto, podemos inferir que la función de la jurisprudencia es, a mayores, orientar tanto al juzgador como a las mismas partes (que atenderán a lo dispuesto anteriormente por el TS para fundamentar sus pretensiones) a la hora de actuar.

Sin embargo, la fuerza material de la jurisprudencia no parece quedar totalmente descartada, pues el desoír jurisprudencia asentada del TS puede servir como manera de acudir al recurso de casación, con independencia de la cuantía del asunto, al servir como sustento del interés casacional en el orden civil *ex art. 477.3 de la LEC*¹⁸. También, de modo más evidente en la nueva regulación del recurso de casación Contencioso-Administrativo hay disposiciones que dotan a la jurisprudencia del TS de gran relevancia. En su art. 88.3 b) la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹⁹ (LJCA) establece que se presumirá el interés casacional objetivo siempre que: (...) *dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea*.

No obstante, vemos cómo en ningún caso se le confiere a la jurisprudencia del TS la consideración de fuente del derecho. Estas quedan exclusivamente previstas en el art. 1.1 del CC, y son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Reconocer la jurisprudencia como fuente del derecho en sistemas continentales queda totalmente excluido por nuestra misma lógica y cultura jurídico-política. Como expone GIUSSEPPE ZACCARIA, profesor de la Universidad de Padua, en los sistemas continentales ello se considera radicalmente opuesto a los principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico, entre otros: el de reserva de ley, el de taxatividad o el de legalidad,²⁰ que especialmente

¹⁷STC 25/1999 de 8 de marzo de 1999

¹⁸ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicada en el «BOE» núm. 7, de 08/01/2000.

¹⁹ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Publicada en el «BOE» núm. 167, de 14/07/1998.

²⁰ Zaccaria, G. La Jurisprudencia Como Fuente del Derecho: Una Perspectiva Hermenéutica. ISONOMÍA No. 32 / Abril 2010.

nos ocupa. Ahora bien, aún partiendo de esta premisa, tampoco parece conveniente caer en la concepción del Poder Judicial como un poder “nulo” tal como enuncia Montesquieu. La concepción del Poder Judicial como un poder limitado a la deducción y el silogismo, esto es, a solo decir el derecho, resulta para VIVES ANTÓN, inaceptable²¹. Si bien el Poder Judicial debe acatar las reglas enunciadas en las normas aprobadas por el Parlamento, y en ello carece de real libertad, el proceso deductivo es tan solo una de las maneras de aplicar dichas normas. De este modo, es en la resolución de los realmente *casos difíciles*, cuando el juzgador se debe decidir por seguir un determinado curso de acción entre varios que no parecen absolutamente predeterminados por la regla. En términos coloquiales, debe despejar la duda. A este proceso DWORKIN lo compara con el mundo de la novela. Rechazando la creación jurisprudencial del derecho, se toma la acción de juez como la de un escritor. Al escribir una incorporación nueva a una saga de novelas el escritor no está totalmente constreñido en sus decisiones, pero tampoco es absolutamente libre²². De ahí su concepción del papel del juez como el de un interpretador de la combinación del derecho positivo existente y el histórico de previas resoluciones judiciales junto con las especificidades del caso concreto.

Este debate entre el papel del juez como creador, interpretador, aplicador... es lo que se pasa a analizar en las siguientes páginas, a efectos de asentar los principales axiomas tanto del sistema continental como del *Common Law*, para así poder estudiar si en efecto el papel del Poder Judicial en nuestro ordenamiento está virando cada vez más hacia el sistema anglosajón o no, y las posibles implicaciones de este fenómeno.

4. MODELOS DE PODER JUDICIAL.

4.1. El modelo anglosajón: *Common Law*.

Este sistema impera, sobre todo, en estados de con raíces anglosajonas. Siendo en esencia característico de Inglaterra, podemos verlo también reflejado en la práctica judicial estadounidense. En esencia, en los sistemas judiciales de esta clase, encontramos que no

²¹ Vives Antón, T. “Del Poder Judicial” en: Comentarios a la Constitución Española. Dir: Casas Baamonde, M. & Rodríguez-Piñero, M. Fundación Wolters Kowler, Madrid. 2008. Pp. 1823-1825.

²² Dworkin, R. “Law as Interpretation”. *Critical Inquiry*. 9 (1):179-200 (1982)

solo la ley (*lato sensu*) es fuente del derecho. Por el contrario, entre las fuentes aparece el llamado derecho común, *Common Law*. Este no es otro que una suerte de derecho consuetudinario, compuesto de precedentes judiciales que no tienen por qué estar vinculados a textos legislativos convencionales²³. Es más, para exponer de manera sintetizada la relevancia de los pronunciamientos judiciales en sistemas de *Common Law*, como los Estados Unidos, el siguiente ejemplo es revelador: En la norma constitucional estadounidense en ningún momento se hace referencia a la capacidad (o necesidad) de revisión judicial de la actividad de los otros poderes (*judicial review*). En vez, esta ahora máxima del papel de la Corte Suprema se establece en la archiconocida sentencia de *Marbury vs Madison*, dictada por el juez Marshall. En esta Sentencia se pone de manifiesto el poder de la Corte Suprema frente al resto de poderes²⁴ sin venir esto recogido en ningún texto legal. Sin ánimo de ahondar en los motivos histórico-políticos que motivan esta concepción de la justicia, podemos vincularlo estrechamente con el mismo concepto de estado liberal del modelo británico, basado en una constitución que no aparece como premisa del funcionamiento del estado y sus instituciones, pero en vez como resultado de este funcionamiento²⁵.

Esta capacidad innovadora de los jueces, que resuelven atendiendo detalladamente a las características del caso concreto, sumada a la fuerza vinculante de sus resoluciones, a las que deben sujetarse los jueces venideros en casos similares, nos conduce innegablemente a la siguiente afirmación: En los sistemas de *Common Law* el Poder Judicial crea derecho. En esencia, el *Common Law* es un derecho de creación jurisprudencial, quedando la ley escrita a la que estamos acostumbrados en países de orden continental en un segundo plano, prácticamente subsidiario. Por el contrario, la norma del precedente obliga a los tribunales a ajustarse a las resoluciones emanadas de otros de orden superior, lo cual parece lógico, pues, si el derecho anglosajón es de primordial creación jurisprudencial, la única manera, a priori, de garantizar una relativa seguridad jurídica pasa por dar lo que nosotros llamaríamos *fuerza de ley* a las resoluciones previas. De manera contraria, la arbitrariedad sería la norma.

²³ Serrano, P. (1984). Tratado de Derecho Político. Civitas. Madrid. Pp. 480-481.

²⁴ Ferejohn, J., Rosenbluth, F., Shipan, C. "Comparative Judicial Politics" en: The Oxford's Handbook of Comparative Politics. Eds: Boix, C. & Stokes, S. Oxford University Press. Oxford. 2007. P. 736.

²⁵ Aparicio, M. "Formación y Constitucionalización del Estado" en: Manual de Derecho Constitucional. Coord: Aparicio, M. & Barceló, M. Atelier. Barcelona. 2016. Pp. 53-57.

Por tanto, en cada sentencia de un magistrado o magistrada de un sistema anglosajón, encontraremos una determinada solución a un caso concreto, fundamentada en una *ratio decidendi*. Esta *ratio decidendi* constituye el proceso de fundamentación del juez para, sometiendo unos hechos (A) a derecho, llegar a una conclusión (B). Así, la *ratio*, tiene dos elementos: uno descriptivo y uno prescriptivo²⁶. Decimos que tiene un elemento descriptivo pues, en efecto, contiene la fundamentación por la cual el juez decide que a unos determinados hechos le son de aplicación una serie de normas (sean estas estatutarias o previas *ratios decidendis* de otras sentencias). El elemento prescriptivo reside en el efecto que esta *ratio decidendi* genera en futuras decisiones de los tribunales. Estos deberán atender al *case law* previo, y decidir conforme a las soluciones que otros tribunales propusieron a casos, si es que el caso en cuestión confirma la primera premisa: que los hechos nuevos sean similares a los antiguos. En este juego de los dos efectos vemos claramente la capacidad innovadora de los tribunales anglosajones. En tanto en cuanto unos hechos nuevos (X) sean iguales a los hechos antiguos (A), la solución será la misma (B). No obstante, si las partes consiguen probar que los hechos (X) difieren de los anteriores (A) la solución no tendrá porqué ser la misma (B), y el juez estaría capacitado de interpretar el caso a su propio entender, generando una nueva solución (Y). Esta solución novedosa supondría que para futuras controversias similares a esta (Z), la solución debería ser la misma (Y)... y así la cadena lógica puede extenderse cuanto se quiera. Esto explica la preocupación de los letrados por analizar exhaustivamente los detalles de su caso, y tratar de vincularlo a uno anterior cuya resolución le fuera favorable, mientras que la parte contraria hace lo propio.

Por todo ello podemos concluir que en los ordenamientos de la familia anglosajona el derecho es de creación eminentemente jurisprudencial. El denominado *case law* constituye un cuerpo de resoluciones con fuerza vinculante para otros tribunales, que atenderán a lo resuelto con anterioridad a la hora de enjuiciar nuevos hechos. Los elementos más llamativos para nuestra tarea, por tanto son los siguientes: El tribunal tiene capacidad innovadora y sus decisiones son esencialmente vinculantes.

²⁶“La Controversia sobre el Precedente Judicial: Un clásico del Derecho en Constante Renovación” Cit.

4.2. El Derecho Continental.

Al contrario de lo expuesto previamente en lo relativo al *Common Law*, en los sistemas de derecho continental el razonamiento en lo relativo a la creación normativa es muy distinto. Como se ha expuesto anteriormente, en nuestro ordenamiento las fuentes del derecho son la ley (entendida como cualquier norma jurídica, incluyendo reglamentos, decretos ley...), la costumbre y los principios generales del derecho. No obstante, de entre estas tres parece la ley ser la fuente del derecho por antonomasia en los ordenamientos continentales desde antaño. Es más, nuestro código civil en su redacción original enunciaba claramente el carácter subsidiario del resto de fuentes en su art. 6: *Cuando no haya Ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho*²⁷. Podríamos tratar de dar una noción del sistema continental, o romano germánico de la siguiente manera: El derecho queda contenido en códigos y textos legales, que aspiran a ser lo más completos posibles, y con ello la actividad judicial se centra en aplicar estos textos, en vez de generar soluciones innovadoras a diferentes casos²⁸. Por lo tanto la diferencia con el modelo anglosajón es radical. Recordamos que el anterior tenía textos legales vagos, subsidiarios y genéricos, aunando el poder verdadero de creación del derecho los jueces con su *case law*.

Es importante comprender como podemos llegar a concebir un mandato o enunciado como una norma de rango legal. En esencia, para que esto sea posible este mandato debe haberse creado conforme otra norma anterior y superior que habilite al órgano emisor de esta nueva norma a en efecto crear derecho²⁹. Por ello, para que, por ejemplo un ayuntamiento dicte una determinada normativa municipal, debe estar habilitado para ello por una norma previa, previsiblemente una ley, que para dictarse debió contar con el aval de otra norma anterior... De esta cadena podemos deducir que al final toda norma debe apuntar a un último nexo común: La Constitución. Y de nuevo sin ánimo de ahondar en las raíces históricas del sistema continental, podríamos argumentar que, a diferencia de

²⁷ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Publicado en: «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.*

²⁸ Pejovic, C. "Civil law and common law : Two different paths leading to the same goal". *Poredbeno Pomorsko Pravo*. 40. 2001.

²⁹ "Ordenamiento Jurídico y Sistema de Fuentes" Pp. 261-264. Cit.

lo enunciado anteriormente relativo al sistema inglés, en los sistemas de este corte, las constituciones aparecen para revolucionar los sistemas anteriores, y en definitiva remodelar la estructura social y las fuentes de soberanía, siendo el estado liberal posterior consecuencia de estas constituciones más que ambas de creación conjunta³⁰. De esta manera, sobre todo con la Revolución Francesa, y en parte debido a las antiguas experiencias con el Antiguo Régimen, se hace un tremendo hincapié en separar absolutamente la potestad de crear normas y de aplicarlas, atribuyendo la función jurisdiccional exclusivamente a los jueces y magistrados³¹. De este modo, la labor del juez de acuerdo a la teoría clásica consiste eminentemente en la subsunción de los hechos a derecho. Aplicar la norma, por tanto, en palabras de OTTO, no sería otra cosa que: *extraer para el caso concreto las consecuencias que en ella (la ley) se prevén de manera general y abstracta*³². Por tanto vemos, de manera evidente que al menos *ab initio* el rol de los tribunales queda considerablemente limitado, sobre todo en comparación con el caso anteriormente comentado del *Common Law*.

No obstante, como ya se ha expuesto, la concepción clásica de la justicia como la *boca muda que dice las palabras de la ley*, parece a día de hoy algo anacrónica. En efecto, como tratábamos *supra*, el juez goza de cierta libertad a la hora de aplicar la norma, si solo fuera por la realización de que la concepción clásica del texto de la ley como unívoco y absolutamente claro es una falacia. En los casos más complicados sobre todo, pero también en la generalidad de ellos, el juez interpretará el texto legal para poder deducir una solución jurídica al caso concreto. Es más, que nuestro código civil contenga una serie de criterios de interpretación de las normas (teleológico, gramatical, sistemático, histórico...) es revelador de que en efecto, aplicar la ley no es una cuestión automática. Es importante, sin embargo, no confundir la cierta libertad interpretativa del juez en un determinado caso con una potestad política, legislativa y creadora de derecho. Esto ya que hemos diferenciado la actividad jurídica, regida por una actividad deductiva y lógica, de la político-legislativa, que se mueve en el campo de la libertad de decisión³³. Es decir, de modo reminiscente a lo previamente comentado en lo relativo a la obra DWORKIN³⁴, podemos conceder que los tribunales tengan cierta libertad interpretativa,

³⁰ “Formación y Constitucionalización del Estado” en: Manual de Derecho Constitucional. Cit. Pp. 54-55.

³¹ Otto, I. “Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes”. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 1987. P. 285.

³² “Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes”. Cit. P. 287.

³³ “Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes”. Cit. P. 288.

³⁴ “Law as Interpretation”. Cit.

pero no podemos equiparar esa libertad con una verdadera capacidad innovadora irrestricta. Por el contrario, la propia naturaleza del Poder Judicial continental, que opera sometido a la ley, y no en pie de igualdad de esta, impone que su interpretación se restrinja siempre a un marco designado por el legislador. Su libertad queda constreñida por la legalidad. Si rebasaran este límite, su actuación pasaría a ser política y creadora, no jurídica e interpretadora. A la luz de esta reflexión resulta interesante la concepción de CÁMARA del Poder Judicial como aquel poder independiente que aspira a garantizar la seguridad de los ciudadanos, y su libertad, pero conforme a la definición de estas que la ciudadanía misma les da, sin poder llegar a sustituirla por la suya propia³⁵.

Pero tal vez lo más revelador no es solo los límites a la interpretación judicial, o la preponderancia de la ley como fuente del derecho. Junto con esto, es de suma importancia el hecho de que la jurisprudencia previa no es vinculante. Tal y como exponía la Sentencia del TC citada con anterioridad³⁶, bastará con motivar el cambio decisorio en la Sentencia en cuestión para poder separarse del criterio seguido anteriormente. Por ello, incluso en casos en que un tribunal en un sistema continental pudiera verdaderamente innovar, innovaría un caso concreto, no el ordenamiento en sí, pues futuros tribunales podrían perfectamente desoír esta resolución. Esto sin perjuicio de que, como expone OTTO, el valor de la jurisprudencia como verdadero derecho puede quedar abierto a debate. Afirmar o no el carácter vinculante de la jurisprudencia no depende de si se califica como fuente del derecho, pero en vez, depende de las consecuencias de su infracción³⁷. Por ello, independientemente de cómo califiquemos a la jurisprudencia, en opinión de este autor, en tanto en cuanto la separación de la jurisprudencia asentada sea sancionable implica que esta separación es antijurídica, y por ello que la jurisprudencia constituye una verdadera norma. De este modo la sumisión de los jueces al imperio de la ley no debería entenderse como al imperio de la ley material parlamentaria, pero como al sometimiento al Derecho en general, dentro del cual podría encontrarse la jurisprudencia. Es lógico que desde este punto de vista, se abren las puertas que los tribunales, incluso en sistemas continentales creen derecho. La clave, como se expondrá reside en estudiar que consideramos derecho, y hasta donde abarca el principio de legalidad... la duda es, ¿se

³⁵ Cámara, G. "La organización de la Justicia". En: "Introducción al Derecho Constitucional" Balaguer, F. Ed. Tecnos. Madrid. 2016. Pp. 313-315.

³⁶STC 25/1999 de 8 de marzo de 1999

³⁷ "Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes". Cit. P. 298.

agota este en la palabra de la ley?

De nuevo a modo de resumen, podemos afirmar que el modelo continental se caracteriza por ser de base eminentemente legal. Contenido el derecho en códigos y leyes de creación principalmente parlamentaria (sin perjuicio de textos legales regionales y de otra naturaleza) el papel del juez no es tanto de crear derecho, si no de aplicarlo. Por lo tanto, el papel de la jurisprudencia parece ser complementar y orientar la aplicación del derecho del ordenamiento, pero su creación material queda restringida al legislador.

5. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Pues bien, antes de analizar estas resoluciones, debemos proveer una definición operativa de lo que el principio de legalidad conlleva. El principio de legalidad es una de las máximas de todo ordenamiento jurídico tal y como lo comprendemos en nuestras sociedades modernas, y queda enunciado a lo largo repetidas veces a lo largo de nuestra Constitución, si bien de manera más o menos velada. En concreto, es de especial relevancia por su claridad lo dispuesto por el artículo 9.3, que si bien no reproducimos literalmente garantiza el principio de legalidad y la jerarquía normativa. Pues bien, sabiendo ya su absoluta importancia... ¿en qué consiste? En resumidas cuentas, podríamos definir el principio de legalidad, de la mano de ENTERRÍA, como una remisión al sistema del estado de derecho, del gobierno de las leyes y no de los hombres (y mujeres). Es decir, sin perjuicio de lo mucho que problematiza este asunto, este autor considera el principio de legalidad como una manera de organización de la vida en sociedad, en la que las leyes, en tanto manifiestan la voluntad popular, constriñen el ejercicio de autoridad de los poderes del estado, que deberán ejercer dicha autoridad solo en nombre de la ley³⁸. Del mismo modo, el TC en su STC 108/1986 de 29 Julio de 1986, expresa cómo el principio de legalidad sujeta a todos los poderes del estado, considerándolo uno de los dogmas básicos de todo sistema democrático³⁹. Por tanto, podríamos considerar el principio de legalidad como aquel que vincula a todo el ordenamiento jurídico en conjunto, garantizando el papel central de la ley en el sistema.

³⁸ García de Enterría, E. "Principio de Legalidad, Estado Material de Derecho y Facultades Interpretativas y Constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución". Revista Española de Derecho Constitucional. Año 4, Num. 10. Enero-abril 1984.

³⁹ STC 108/1986 de 29 Julio de 1986

De esta concepción si se quiere más teórica, se desprenden importantes consecuencias prácticas en todos los órdenes. Así, podríamos destacar su directa aplicación en el sistema tributario, toda vez que el art. 131 dispone que la potestad para crear tributos corresponde al estado solo mediante la ley; o a nuestros efectos, en el orden penal, donde como veremos en el análisis que sigue, el principio de legalidad es fundamental.

Pues bien, esta introducción es central para el análisis que sigue, pues en definitiva lo que se trata ahora es de ver hasta qué punto en los casos a analizar, el TS se alejó del principio de legalidad en su resolución. Es decir, si en contra de lo explicado anteriormente, resolvió el caso no sujeto a la ley vigente, sino a un juicio propio distinto. Como hemos comentado *supra*, el principio de legalidad en el orden penal toma una relevancia inconmensurable, pues ciertamente de él pende el principio de tipicidad que rige el proceso penal. Veamos como el art. 25 de la CE dispone: *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.* Esto podría sintetizarse en el archiconocido aforismo de: *nullum crimen nulla poena sine previa lege*. Este reforzamiento del principio de legalidad es heredero de la preocupación por la arbitrariedad de la administración, sobre todo durante el S. XVIII en Francia, donde el abuso de la justicia punitiva por parte del estado, que designaba a los jueces a su voluntad, supuso la futura concepción del principio de legalidad como una garantía de defensa del ciudadano ante el poder punitivo del estado⁴⁰.

Es decir, en el orden penal la vigencia del principio de legalidad es máxima, dada la gravedad de las consecuencias que se pueden derivar de un proceso penal. A la luz de esta vigencia, y de las garantías necesarias para el desarrollo de los procesos penales conforme a la ley vigente, el TC, en su Sentencia de 21 de enero de 1988, ha considerado que el principio de legalidad penal se desdobra en una dimensión material (la predeterminación de los tipos penales y sus penas), y una formal (que las normas penales gocen de un determinado rango, lo que apunta al principio de reserva de ley en materia sancionadora)⁴¹. No obstante, como apuntan MUÑOZ CONDE y ARÁN, estas previsiones del art. 25 y 9 de la CE no agotan el contenido del principio de legalidad, que

⁴⁰ Landecho, C.M & Molina, C. “Derecho Penal Español”. Tecnos. 2015. Pag. 133.

⁴¹ STC 3/1988 de, 21 de enero de 1988

ve aspectos decisivos de su concepción contenidos en otras normas de rango inferior a la constitucional, como puede ser, por ejemplo, el Código Penal.⁴²

Es verdaderamente un proceso lógico el que podemos seguir para vincular el principio de legalidad al principio de tipicidad: Para poder imponer una sanción o pena, esta debe venir prevista previamente por una ley pública y válidamente tramitada (principio de tipicidad). Del mismo modo, aquel órgano que imponga tal pena solo podrá hacerlo en nombre de la ley (principio de legalidad). Esto no deja de reflejar dos caras de la misma moneda, cuyas consecuencias no dejan de ser reforzar la seguridad jurídica, ya sea mediante el conocimiento de a qué debemos atenernos como ciudadanos, tanto como en el saber que las actuaciones sancionadoras se tomarán en nombre de la ley tipificada, y no arbitrariamente. De esto se deduce que, en ningún caso podamos considerar delictiva una conducta no previamente tipificada (exponente de la garantía criminal), y por otro lado que no podamos aplicar a estas conductas delictivas sanciones diferentes a las previstas por las leyes (la conocida como garantía penal)⁴³. Por ello, en tanto en cuanto un tribunal decida no en base a la ley aplicable a un determinado caso, sino a otros criterios o consideraciones, estaremos violando el principio de tipicidad y el de legalidad, mermando la seguridad jurídica del afectado y de otros que le sigan. Pues bien, habiendo hecho esta precisión relativa al principio de legalidad, se pasa a comentar los casos que nos ocupan, comenzando por el de la Doctrina Parot. Esta famosa doctrina trae causa en la STS 197/2006, de 20 de febrero. Esta sentencia, cuyo ponente era el Magistrado Melgar, revolucionó el modo de computar las penas, y con ellas sus reducciones por diferentes causas (principalmente la redención de penas por desempeño de diferentes trabajos).

6. ESTUDIO DE CASOS

6.1. La Doctrina Parot.

6.1.1. Introducción a la Doctrina Parot.

Sin ánimo de analizar exhaustivamente los fundamentos penales que orbitan este caso, basta a nuestros efectos con exponer la esencia del asunto: Henri Parot Navarro, que había

⁴² Muñoz, F. & García, M. “Derecho Penal, Parte General”. Tirant Lo Blanch. 2010. Pag 101.

⁴³ Derecho Penal, Parte General” cit. Pp. 102-103.

sido ya condenado a varias penas por comisión de delitos en concurso real (pertenencia a la banda armada ETA, lesiones, asesinato...) solicitó que se le acumularan las mismas, tal y como permitía el por entonces aplicable Código Penal (CP) de 1973, que en su artículo 70. 2 contenía una previsión que permitía tal acumulación, que quedaría siempre limitada a un *máximo* de 30 años⁴⁴. No obstante, la Audiencia Nacional (AN) entendió en su resolución que este precepto no resultaba de aplicación, pues los delitos que se procuraban acumular no resultaban conexos temporalmente, lo cual suponía un elemento necesario para su agrupación. Así las cosas, se agruparon en dos conjuntos separados, resultando por tanto en dos condenas de treinta años de duración consecutivas. Esta decisión fue recurrida ante el TS, que en la sentencia que comentamos, en este extremo dio la razón a la parte recurrente, no dando por bueno este criterio temporal para llevar a cabo la refundición de las penas⁴⁵.

No obstante, el punto que realmente nos interesa reside en la interpretación que hace el TS de cómo deberá cumplirse esta condena. Debemos partir del anteriormente comentado principio de legalidad y de tipicidad, combinados con el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras y penales en todo lo que perjudiquen al reo. Es decir, el derecho aplicable a este caso era el vigente en el momento de comisión del delito, y por tanto el juzgador debió acatarse al CP de 1973, toda vez que el artículo 25 de la Constitución Española dispone que nadie puede ser condenado por acciones que no estuvieran ya tipificadas cuando se realizaron. De este modo, y con el Código de 1973 en la mano, a los presos condenados en concurso real por varios delitos les eran de aplicación la disposición del artículo 69 del CP: *Al culpable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las distintas infracciones para su cumplimiento simultáneo si fuera posible, por la naturaleza o efectos de las mismas*. Ello, combinado con lo comentado anteriormente respecto del artículo 70 del mismo código, supuso en el caso de Henri Parot que de los más de 3.000 años a los que fue condenado, pudiera cumplir un máximo de dos condenas de 30 años cada una.

Lo verdaderamente relevante es lo que sigue: esta pena máxima de 30 años se consideraba

⁴⁴ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

⁴⁵ Beviá, J. G. "El TEDH pone fin a la Doctrina Parot en España". *Diritto Penale Contemporáneo*.

(antes de la Doctrina Parot) como una nueva pena, independiente de las originales. Por tanto, los beneficios penitenciarios de reducción de condenas debían aplicarse a esta nueva pena de 30 años, en vez de a las penas originarias que por tantos años excedían a la anterior⁴⁶. Es sencillo, por consiguiente, apreciar como este precepto beneficia a los presos, que verán sus sentencias reducidas considerablemente, pues de aplicarse los beneficios penitenciarios a la pena original lo más probable es que los efectos de tales beneficios nunca surtieran efecto alguno. Con un ejemplo este mecanismo se aprecia fácilmente. Vaya por delante que lo que sigue es un ejemplo ficticio: Pongamos que un preso ha sido condenado en concurso real por un delito de asesinato, pertenencia a banda armada y terrorismo, con una pena total de alrededor de 200 años (si bien la pena que cumplirá como máximo será de 30 años, como hemos visto). Pues bien, si durante el cumplimiento de su pena se puede beneficiar de una serie de reducciones de condena en 15 años, estos se venían restando de la nueva pena de los 30 años, no de la pena original. Así, este reo cumpliría 15 años en de condena. De otro modo, la reducción se restaría a los 200 años originales, dejando la pena en 185 años, y siendo en la práctica indiferente para el reo, que seguiría cumpliendo 30 años de todo modo. En efecto, en el caso de Henri Parot, de los más de 3.000 años a los que se le condenaba, la aplicación del criterio tradicional conllevaba que pudiera abandonar la prisión en tan solo 18 años, lo cual generó considerable presión social contra tal práctica, que se consideraba injusta⁴⁷.

Pues bien, en este contexto, nos encontramos con que con la promulgación del nuevo Código Penal⁴⁸ de 1995, se matiza el funcionamiento de esta refundición de penas, y sobre todo, a nuestros efectos, el cómputo de las reducciones condena, ya que el artículo 78.1 del nuevo código de hecho exige al juez la aplicación de los beneficios penitenciarios a las penas impuestas en sentencia individualmente, no a la pena máxima límite (en supuestos de acumulación de condena de 25, 30 o 40 años si la pena a cumplir es inferior a la mitad de la suma de las penas impuestas en la sentencia)⁴⁹. Podríamos decir que hay un cambio en el espíritu de la norma, que era menos beneficiosa para los reos al ser más restrictiva en la aplicación de estos beneficios que venimos comentando. Esta y otras

⁴⁶ Fernández, J. “Del Código Penal de 1973 a la Sentencia de la Gran Sala del TEDH en el Asunto Del Río Prada C. España: El Fin de la Doctrina Parot”. UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología, Extraordinario, n.o 1 (2013)

⁴⁷ Díaz, M. “Cuando Parot Llegó a Estrasburgo”. *Teoría y Realidad Constitucional*. Num. 31. Pp 573-612.

⁴⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴⁹ “Cuando Parot Llegó a Estrasburgo”. Cit.

medidas trataban, en suma, de abordar el acortamiento exagerado de las penas impuestas. No obstante, como se ha comentado anteriormente, en derecho penal la vigencia del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras perjudiciales para el reo es incontestada. Ello supone que a aquellos condenados antes de la entrada en vigor de este nuevo código no debían ser, en caso alguno, perjudicados por las nuevas y más tajantes disposiciones del último, so pena de incurrir en una clara violación de su seguridad jurídica y de la tutela de sus derechos. Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, pasamos a comentar la resolución del TS.

6.1.2. El TS ante la Doctrina Parot

El Tribunal Supremo, en su STS 167/2006, como hemos visto, admite alguno de los motivos alegados por la parte recurrente, por ejemplo, en lo relativo a la acumulación de penas conjuntamente por existir entre ellas conexidad. No obstante, como parte de la crítica ha convenido, en lo relativo a la reducción de condena y su cómputo, esta Sentencia hizo lo que ni la misma ley podía hacer: aplicar retroactivamente disposiciones legales nuevas a hechos pasados⁵⁰. La Sentencia, en su motivo cuarto rezaba:

Ahora bien, una interpretación conjunta de las reglas primera y segunda del mencionado art. 70 del Código Penal, texto refundido de 1973 (RCL 1973, 2255), 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.⁵¹

Para fundamentar tal decisión el TS arguye que de una interpretación literal y gramatical del texto del CP de 1973 no se deduce que el límite de los 30 años constituya una nueva pena. De entre otras justificaciones, cabe resaltar como discute este hecho desde un punto de vista teleológico:

(...) carecería de cualquier sentido que por el expresado camino de la

⁵⁰ Cuerda, M. “Cambios Jurisprudenciales y Retroactividad Desfavorable (A Propósito de la STEDH Del Río Prada c. España)”. Revista Penal, nº 31. 2013. Pp 52-69.

⁵¹ STS 197/2006 de 28 febrero. RJ 2006\467

acumulación se convirtiera en una nueva pena única de treinta años un amplio historial delictivo, igualando injustificadamente al autor de un solo delito con el condenado a una multitud de ellos, como es el caso enjuiciado. En efecto, carecería de cualquier lógica que por tal regla significase punitivamente lo mismo, cometer un asesinato que doscientos.

El debate parece estar, por tanto, en si el TS interpretó, como el mismo afirma haber hecho, el texto del Código vigente (del 1973) y por tanto actuó conforme al principio de legalidad, o si por contra desoyó tal principio, innovando en su resolución al aplicar retroactivamente el Código Penal de 1995. Para poder llevar a cabo esta tarea, contamos con el beneficio del paso del tiempo, que permite tener una mirada más larga, y entrar a debatir estas cuestiones con las opiniones tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la mano. Estos tribunales entraron en acción toda vez que la doctrina comentada fue recurrida en amparo, al calor de lo dispuesto por el artículo 53 de la CE. De estos recursos conoció el TC, y ante su respuesta dubitativa se acabó elevando ante el TEDH, que en su muy comentada resolución *Del Río Prada c. España*⁵² puso fin a la Doctrina Parot. A continuación comentamos la STS 197/2006 a la luz de estas dos últimas resoluciones, para tratar de dilucidar el papel del TS en el caso, y su presunta extralimitación. Lo cierto es que esta sentencia fue bien recibida por muchos⁵³, tanto en el plano social: con el beneplácito de asociaciones de víctimas de ETA; como en lo político, con la aprobación pública de algún partido político; como en el mundo jurídico, viendo como el emérito magistrado del TC, Rafael Mendizabal la tomaba como una *bocanada de justicia*⁵⁴. Así bien, como hemos visto *supra* buena parte de la doctrina, más allá de considerar necesario o conveniente un cambio a nivel legislativo, estimó que el TS se había extralimitado en su actuación.

⁵² Sentencia de la Gran Sala del TEDH en el: Asunto Río Prada c. España. Nº 42750/09. De 21 de octubre de 2013.

⁵³ “Cambios Jurisprudenciales y Retroactividad Desfavorable (A Propósito de la STEDH Del Río Prada c. España)” Cit.

⁵⁴ “El caso Troitiño y la Doctrina Parot”. *La Ley, Revista Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. Num. 3. 2011. Pag. 1665.

6.1.3. El TC ante la Doctrina Parot.

Empezamos por analizar la respuesta del TC ante la Doctrina Parot, que en general se podría definir como dubitativa, y reacia a realmente posicionarse en el asunto, concediendo en algunos de los casos de este corte el amparo, y denegándolo en otros, fundando sus decisiones en múltiples casos en escollos formales⁵⁵. En su primera Sentencia sobre la doctrina de 29 de marzo de 2012, el TC estima que no se ha violado verdaderamente el principio de legalidad penal con la reinterpretación del modo de computar los beneficios penitenciarios, pues lo que este principio exige es la previa determinación de las conductas delictivas y sus correspondientes penas, y que la doctrina propuesta por la STS 197/2006 no va en contra de tal máxima pues se centraba en la ejecución de la pena, no en la determinación de la misma⁵⁶.

Llama la atención en lo que respecta a esta distinción entre la determinación de la pena y la ejecución de la misma, como en la misma sentencia se expone el posicionamiento del fiscal en el caso, que haciendo cita de previa jurisprudencia del TEDH, argumenta que se está violando el derecho de legalidad penal del artículo 25.1 de la CE, ya que este no solo impide la aplicación retroactiva de nueva normativa penal perjudicial para el reo⁵⁷, sino que también debe extenderse a la ejecución de las penas⁵⁸. No obstante, el TC argumenta que en ningún caso el TS ha aplicado retroactivamente el Código Penal de 1995, y que no ha violado el principio de legalidad penal. Su postura se sintetiza perfectamente en sus propias palabras:

(...) ni las resoluciones recurridas, ni la doctrina del Tribunal Supremo invocada en ellas aplican retroactivamente dicho precepto sino la normativa vigente en el momento de comisión de los hechos por los que el recurrente fue condenado (arts. 70.2 y 100 CP 1973), si bien con una nueva interpretación de la misma que, ciertamente, acoge el criterio de cómputo consagrado expresamente en el art. 78 CP 1995, pero argumentando que tal interpretación

⁵⁵ “Cuando Parot Llegó a Estrasburgo”. Cit.

⁵⁶ Sentencia TC 39/2012, de 29 de marzo. Recurso de amparo 4893-2006

⁵⁷ STEDH Stretetz, Kessler y Krenz c. Alemania, de 22 de marzo de 2001

⁵⁸ STEDH Puhk c. Estonia, de 10 de febrero de 2004

era posible a la vista del tenor literal de los arts. 70.2 y 100 CP 1973 ⁵⁹.

No obstante, este deslinde entre la condena y la ejecución de la misma puede ser criticable, toda vez que la manera de ejecución de la pena alarga muy considerablemente la duración de la misma⁶⁰. En esta línea se pronuncia el voto particular de la Magistrada Adela Asua Batarrita, compartido por el Magistrado Luis Ignacio Ortega Álvarez, que consideran que este súbito cambio de criterio en lo respectivo a las reducciones de condena, afecta gravemente a las expectativas jurídicas de los afectados, y supone un *cambio de las “reglas de juego” en la contabilización del cumplimiento de la condena* ⁶¹. Del mismo modo, este voto particular afirma la asentada diferenciación en el marco del Código Penal de 1973 entre las penas *efectivas* o *reales* y las penas *nominales*, derivada de la incontestada operatividad de las redenciones de penas por trabajo, que suponían considerables acortamientos de las penas, y que en efecto venían generando una expectativa en el condenado. El mismo voto particular considera que esta expectativa no se desprende de ningún premio o favor por parte del juez. Esta redención de las penas, en opinión de estos magistrados, no deben merecerse, simplemente deben ser aplicados conforme a la ley. Es por ello que estos beneficios a favor de los reos no debían haber sido desoídos, pues lo crucial no es analizar la interpretación de estas *reglas del juego*, sino establecer que las mismas reglas estaban en vigor y resultan aplicables al caso, por lo que no se deberían modificar *ex post*.

Más allá de los problemas que pueda suscitar el cambio jurisprudencial perjudicial para el reo de modo retroactivo, o la aplicación de criterios a la par con un Código Penal posterior al aplicable, resulta llamativa la crítica a la STS 197/2006 en lo relativo al principio de taxatividad. Este principio, en resumidas cuentas, exige que una norma penal conste de suficiente determinación y certeza, para evitar que en su aplicación el arbitrio del juez pueda suponer cambios considerables en las consecuencias que de la misma se deriven ⁶². Pues bien, si consideramos que las previsiones del Código Penal de 1973 admiten interpretaciones tan disidentes en el cómputo de las penas, podríamos argumentar que estas no cumplen con tal principio. De este modo el juego que permiten

⁵⁹ Sentencia TC 39/2012, de 29 de marzo. Recurso de amparo 4893-2006

⁶⁰ “Cuando Parot Llegó a Estrasburgo”. Cit.

⁶¹ Sentencia TC 39/2012, de 29 de marzo. Recurso de amparo 4893-2006

⁶² Por todas: STC 53/1994, de 24 de febrero.

al juzgador es exagerado, y el efecto negativo en el reo parece del mismo modo injustificado⁶³. Esta excesiva libertad que el TS se tomó a la hora de dictar sentencia es en efecto lo que nos atañe en este trabajo. Parece que en efecto el TS operó al margen del principio de legalidad, aplicando un criterio negativo para el reo de manera retroactiva.

6.1.4. El TEDH ante la Doctrina Parot.

Como hemos comentado *supra* el TEDH en efecto se pronunció en lo relativo a la Doctrina Parot. En el caso Del Río Prada c. España, el tribunal juzgó un asunto en el que se planteaban cuestiones similares al previamente expuesto que culminó con la STS 197/2006, en el que entraban en consideración principios como el de legalidad penal, tipicidad e igualdad ante la ley. En efecto, estos son los principios debatidos en el caso, si bien comprendidos a la luz de lo dispuesto por el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH). De este modo, uno de los motivos por los que la demandante recurre la Sentencia nacional es por considerar esta en violación del art. 7 del CEDH, que expone: *Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento de que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.*

Pues bien, el TEDH se posiciona en el mismo modo que hacía el voto particular comentado anteriormente, condenando a España, al considerar la Doctrina Parot como contraria a los principios que el CEDH promulga y defiende. Ante la alegación del Gobierno de España de que las penas a estos delitos estaban correctamente tipificadas ya en el Código Penal de 1973 aplicable al caso, el TEDH contesta fundándose en su misma jurisprudencia, precisando que no solo deben quedar tipificadas certeramente las penas de una determinada conducta delictiva, sino que también debe existir certeza sobre la interpretación de la jurisprudencia de estos preceptos⁶⁴. En efecto, el TEDH propone así un principio de legalidad comprendido ampliamente, que como expone GIL GIL, ni exige ni se agota en la existencia de una ley formal, sino que abarca la interpretación del

⁶³ “Cuando Parot Llegó a Estrasburgo”. Cit.

⁶⁴ “Del Código Penal de 1973 a la Sentencia de la Gran Sala del TEDH en el Asunto Del Río Prada C. España: El Fin de la Doctrina Parot”. Cit.

ordenamiento jurídico por parte de los jueces, que debe ser lo suficientemente previsible y estable como para garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos ⁶⁵. Comprendido así, siendo lo verdaderamente importante que del conjunto de la ley formal y de la actuación del juzgador se desprenda suficiente previsibilidad como para garantizar la seguridad jurídica, es fácil avistar la total vulneración de los derechos de la demandante, a la que se le impuso una condición absolutamente imprevisible y desajustada al ordenamiento jurídico vigente a la hora de cometer los delitos por las que se le juzgaban. Por todo ello, el TEDH acaba por considerar que era totalmente imprevisible para la demandante prever el cambio de jurisprudencia del TS, además de recordar al Gobierno que los tribunales internos no pueden aplicar retroactivamente el espíritu de nuevas leyes (Código Penal de 1995) a hechos pasados⁶⁶.

Del mismo modo, el TEDH, de nuevo en cierta consonancia con el voto particular del TC en la Sentencia comentada *supra* no alcanza a comprender la tajante distinción entre la pena y la ejecución de la misma que hace el TS. Todo lo contrario, el TEDH considera que no existe una línea divisoria nítida entre ambos conceptos, por lo que el principio de legalidad debería amparar no solo lo relativo a la pena en sí, pero también a su ejecución, pues el cambio de criterio afectó tan gravemente a la manera de cumplir la pena que no se puede distinguir de modo inmediato el alcance de la misma pena impuesta de las condiciones en la que esta debía ejecutarse.

En definitiva, el TEDH dio al caso la solución que, en derecho, era previsible. Negó la validez de la Doctrina Parot, principalmente por considerar que atentaba contra el principio de legalidad, y sus diferentes expresiones (principio de taxatividad, irretroactividad de la ley penal, tipicidad...), y con ello violaba la seguridad jurídica de los afectados por la misma, en mayor medida por la falta de previsibilidad y el alargamiento considerable de sus penas.

⁶⁵ Gil Gil, A., «La excepción al principio de legalidad del n.º 2 del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Tomo 63. 2010, Pp. 131-164

⁶⁶ Rodríguez, T. “Doctrina Parot: Claves para entender las sentencias del TEDH en el caso Del Río Prada c. España”. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad N° 6, marzo – agosto 2014, pp. 137-152

6.1.5. Conclusiones sobre la Doctrina Parot.

En definitiva, y sin perjuicio del debate que suscita esta cuestión, podríamos tomar este caso como ejemplo de uno en que el TS actuó de manera innovadora, poco sujeto por el principio de legalidad, y en definitiva como un operador no meramente aplicador del derecho en el asunto. En vez, en este caso el TS no solo juzgó un caso, interpretando la ley y aplicándola a un caso concreto, sino que por su propia mano creó una realidad jurídica nueva, con importante impacto en el devenir de futuras controversias. Eso se evidencia en el efecto que la misma doctrina tuvo en casos similares de otros miembros de ETA. Así, y sin perjuicio de comentar esta cuestión más a fondo en el apartado final de discusión de los casos, podemos tomar la Doctrina Parot como un verdadero caso de innovación judicial del derecho, alejándose del camino normal de un sistema de *Civil Law*, en los que las leyes escritas, formales, gozan de un papel protagonista, siendo el Poder Judicial el aplicador e interpretador de las mismas, pero no su creador por otros medios.

6.2. El Caso de: *La Manada*.

6.2.1. Introducción al Caso de *La Manada*.

Tomamos este segundo caso como contrapunto de lo expuesto anteriormente. Si bien en el caso de la Doctrina Parot el principio de legalidad quedó relegado a un segundo plano, en el caso de la manada (al menos en las instancias inferiores al TS), los juzgadores hicieron una aplicación rigurosa del texto de la ley, entendida esta en el sentido más estricto. Es decir, nuestra hipótesis tentativa es que en su labor jurisdiccional, la aplicación tajante del texto literal de la ley supuso una interpretación demasiado constreñida del mismo, sin entrar a valorar el caso concreto a la luz del ordenamiento jurídico en su conjunto, incluyendo disposiciones legales más allá del texto del Código Penal vigente, o la jurisprudencia ya existente al respecto. De nuevo, a nuestros efectos, no es preciso el análisis pormenorizado de todas las consideraciones penológicas que rodean al caso, toda vez que lo que verdaderamente nos interesa es analizar la actuación del Poder Judicial en este asunto, y dilucidar si en efecto las primeras instancias hicieron una interpretación demasiado tajante del principio de legalidad, para después comentar la postura final del TS en la materia.

Sin ánimo de ahondar en los detalles de los hechos del caso, que a grandes rasgos son conocidos por la generalidad del público, basta con afirmar que el caso de la manada se edifica sobre lo acontecido el 7 de julio de 2016 en Pamplona. Durante las festividades de San Fermín, una joven de 18 años fue abordada por un grupo de hombres jóvenes, que introduciéndola en un hotel, como expondremos más adelante, la sometieron a una serie de actos de contenido sexual en grupo, ante lo cual la víctima los denunció ante las autoridades por haber sido estos llevados a cabo sin su consentimiento⁶⁷. Es importante aclarar que en el caso comentado se enjuiciaron, además de los delitos contra la libertad sexual de la víctima, otros como delitos contra la intimidad de esta, o de robo de su teléfono móvil. No obstante, a nuestros efectos nos centramos en la tipificación de los delitos contra la libertad sexual, que son de mayor interés para los objetivos de este trabajo.

Pues bien, en este caso la controversia parece radicar en la naturaleza de los actos llevados a cabo por los integrantes de la autodenominada “manada”. Como se desprende de la lectura de los hechos, no cabe duda alguna de que lo que sucedió en las premisas de ese hotel fue constitutivo de una conducta delictiva, pero lo que suscitó un debate, tanto jurídico como social, de gran calado fue la manera de tipificar estos hechos. Las posibles alternativas pasaban por calificar los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual, con sus correspondientes agravantes (el prevalimiento sobre todo), o como un delito de agresión sexual, en su modalidad de violación al haber mediado penetración vaginal por parte de más de uno de los integrantes de la manada.

Por ello, antes de entrar a comentar las resoluciones de los tribunales involucrados en el caso, cabe hacer mención a los principales artículos que se van a manejar por parte de los mismos: estos son el art. 181 del CP de 1995⁶⁸, sobre los abusos sexuales: *El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual (...)*. Y de otra parte, el artículo 178 del mismo Código: *El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o*

⁶⁷ Egea, A. “Subjetividad y Violación Social: El caso de la Manada” (2019). Tropelías. Revista de Teoría de la Literatura y Literatura Comparada, 31.

⁶⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años. Como vemos, y como se expondrá más adelante, es fácil apuntar al principal elemento diferenciador entre ambos delitos: la existencia de violencia o intimidación por parte del perpetrador de los actos será lo que los cualifique para ser considerados como agresión, en vez de cómo abuso sexual.

6.2.2. La AP de Pamplona ante el caso de *La Manada*.

En una primera instancia, la Audiencia Provincial de Pamplona en su Sentencia nº 38/2018 calificó los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual. Para ello, argumenta que no hubo ni violencia: pues no considera la violencia material ejercida sobre la víctima como idónea para alcanzar a vencer su resistencia⁶⁹ (es decir, considera el tribunal que no hubo una suficiente coerción física violenta para calificar los actos como de agresión sexual); y del mismo modo, no considera que la intimidación ejercida fuera suficiente como para alcanzar la consideración de agresión sexual, al considerar que esta intimidación debe poder equipararse a la violencia por su magnitud⁷⁰. Esta interpretación por parte de la AP cayó como un jarro de agua fría al público en general, levantando una protesta social de magnitudes considerables, que demandaban un enjuiciamiento diferente, acorde a la realidad social, más protectora de los derechos de la mujer frente a tales actos violentos. No obstante, la crítica a esta sentencia también se visibilizó desde la perspectiva más técnica. Así, sectores de la doctrina, y juristas varios se posicionaron en contra de tal resolución desde el conocimiento de la complejidad de la materia. De este modo, autores como RODRÍGUEZ FERNANDEZ, ex magistrado del gabinete técnico del Tribunal Supremo, avisaba de la probabilidad de que esta resolución fuera corregida por las instancias superiores, pues en su opinión los hechos probados proporcionaban una base más que sólida para argumentar a favor de la existencia de intimidación⁷¹. Este mismo autor apunta a la clave de este caso: diferenciar entre la existencia de intimidación (y por tanto de agresión sexual); y la existencia de prevalimiento (y por tanto de una agravante del delito de abuso sexual).

⁶⁹ SAP de Pamplona 38/2018 de 20 de marzo de 2018.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Rodríguez, F. “La Sentencia Contra la Manada. Prevalimiento v. Intimidación”. Diario La Ley, Nº 9209, Sección Tribuna, 1 de Junio de 2018, Editorial Wolters Kluwer

6.2.3. El TSJ de Navarra ante el caso de *La Manada*.

Del mismo modo que la AP de Navarra, el TSJ de Navarra desestima al menos uno de los motivos interpuestos por las acusaciones, que solicitaban se calificaran los hechos como de agresión sexual. A efectos de nuestro trabajo es llamativo ver la literalidad de lo argumentado por el TSJ en su motivo décimo-cuarto: *El enjuiciamiento de la agresión o abuso ha de hacerse respetando el principio de legalidad, esto es desde la definición legal de los tipos penales*⁷². Esta aseveración choca de bruces con la despreocupación por el principio de legalidad analizado previamente en el caso de la Doctrina Parot. De esta manera, si bien el Tribunal reconoce la fina línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento, acaba por argumentar que: *la calificación agravatoria de los hechos como agresión presupone inferir una fuerza o amenaza, siquiera fuera implícita, que no está explicitada en el relato fáctico de la sentencia recurrida*⁷³. En efecto, el principio de legalidad rige en el ordenamiento jurídico en general, y en el orden penal en particular, pero como exponíamos anteriormente, a la luz del TEDH el mismo no se ve limitado al texto de la ley formal, sino que se desprende de la interpretación conjunta del ordenamiento jurídico en global⁷⁴.

Es preciso reconocer el difícil papel que ocupan los juzgadores en el estado de derecho, quienes se ven en su labor sujetos a múltiples restricciones, como el principio de legalidad, la presunción de inocencia...⁷⁵. Y si bien la solución del caso pudiera parecer en la conciencia de cada uno evidente, la tarea de los juzgadores en casos de este calado es ciertamente compleja. No obstante, hemos de apuntar que si bien se precisaba una reforma de la tipificación de los tipos penales (al menos por parte de la doctrina), no debemos caer en la equivocada idea de que tal reforma fuera absolutamente necesaria para la calificación de los hechos del caso de la manada como

⁷² STSJ de Navarra 08/2018 de 4 de diciembre de 2018.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ «La excepción al principio de legalidad del n.º 2 del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos» Cit.

⁷⁵ Tena, R. “El Caso de La Manada y el Problema del Consentimiento” (30 de abril, 2018). *Hay Derecho: Expansión*. Recuperado de: <https://hayderecho.expansion.com/2018/04/30/el-caso-de-la-manada-y-el-problema-del-consentimiento/>. Última consulta a 9 de abril, 2020.

constitutivos de un delito de violación⁷⁶. En llegar a tal realización parece conveniente traer a colación lo expuesto por FRANCESCO PALAZZO: (...) *debemos hoy preguntamos si la función y la sustancia de la legalidad todavía son verdaderamente realizadas sobre un plano puramente «textual», de adherencia lingüística a la palabra legislativa, por así decir, o, en cambio si se debe comenzar a mirar hacia una dimensión más «discursiva» de la legalidad*⁷⁷. Es decir, una apreciación de los hechos acaecidos no desde la literalidad de la ley, sino desde la interpretación conjunta del ordenamiento, informada por la jurisprudencia del TS (como en efecto dispone el art. 3 del CC), conduce a la tipificación de los hechos de manera distinta. Esto es precisamente lo que hace el TS, como vemos a continuación, al considerar que hubo un error de subsunción de los hechos al tipo penal apropiado por parte del tribunal de instancia, al no mediar consentimiento alguno por parte de la víctima⁷⁸.

6.2.4. El TS ante el caso de *La Manada*.

En efecto, el Tribunal Supremo acata los contenidos de la ley, y más en concreto del Código Penal, pero no se limita a su aplicación directa al más puro estilo de lo propuesto por Montesquieu⁷⁹. Por el contrario, entra a valorar las circunstancias del caso en su conjunto, y conjugándolas con el resto del ordenamiento, y a la luz de su propia jurisprudencia, al estilo de lo expuesto *supra* por DWORKIN⁸⁰, el TS da respuesta a un caso ciertamente complejo de manera más holística y reflexiva de lo que hacen las instancias previas. Para evidenciar este papel que asume el TS, pasamos a analizar sintéticamente su Sentencia núm. 344/2019, que acabó por considerar los hechos del caso como constitutivos de un delito de agresión sexual. De nuevo es preciso aclarar que analizamos los elementos más esenciales de la Sentencia a efectos de este trabajo, si bien en ella se abarcan múltiples problemáticas penales de una complejidad elevada. Nosotros nos centramos en la interpretación de las disposiciones

⁷⁶ Adel, L.I. “Caso La Manada: Diferentes Interpretaciones Judiciales” (26 de junio, 2016). *Legal Today*. Recuperado de: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/caso-la-manada-diferentes-interpretaciones-judiciales>. Última consulta a 9 de abril, 2020.

⁷⁷ Palazzo, F. (2003). “Conclusiones” en: *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo*” Coord: Arroyo, L., Newman, U. & Nieto, A. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha. Pp: 307-317.

⁷⁸ Lárrayoz, I. “Puntos Clave de la Sentencia de la Manada de San Fermín”. *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 8/2019 parte Jurisprudencia. Fichas de Jurisprudencia.

Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2019.

⁷⁹ Recuérdese la noción clásica propuesta por Montesquieu de que el juez es la *boca muda que dice las palabras de la ley*.

⁸⁰ “Law as Interpretation”. Cit.

comentadas anteriormente relativas a la calificación de los hechos como constitutivos de delitos de abusos o de agresiones sexuales.

En concreto, por tanto, nos es de interés el motivo quinto de la Sentencia, en el que el tribunal elabora los motivos por los cuales considera que no debe aplicarse el tipo de abuso sexual con prevalimiento, y en vez deberían subsumirse los hechos en el tipo de las agresiones sexuales. Para ello es preciso entender bien ambas figuras. Tal y como expone el ministerio fiscal, el prevalimiento consiste en emplear una determinada superioridad (física, numérica...) para conseguir que la víctima acceda a mantener tales relaciones sexuales⁸¹. No obstante, del *factum* de la Sentencia no se desprende en ningún momento que la víctima accediera a nada, ya que en ningún momento prestó su consentimiento de ninguna manera. Atendiendo a esta alegación, el TS hace una tarea de introspección encomiable, y haciendo uso de una abundante cantidad de jurisprudencia, desgrana punto por punto las posibles calificaciones de los hechos, hasta alcanzar su conclusión. Es decir, no se limita a aplicar el texto del CP, sino que va un paso más allá. Es más, el mismo tribunal reconoce la complejidad en la catalogación de estos delitos: *La nueva catalogación jurídico-penal de los delitos contra la libertad sexual que se diseña en el Código Penal de 1995, ha producido cierta confusión que ha sido recogida en varias sentencias de esta Sala.*⁸² De esta dificultad es precisamente que se desprende el esfuerzo “extra” para su correcto enjuiciamiento.

Pues bien, en esta recopilación de jurisprudencia se va apuntando a una definición más precisa de estos delitos. En ello, la STS 216/2019 de 24 de abril expone: (...) *en el delito de abuso sexual el consentimiento se encuentra viciado como consecuencia de las causas legales diseñadas por el legislador, y en el delito de agresión sexual, la libertad sexual de la víctima queda neutralizada a causa de la utilización o el empleo de violencia o intimidación*⁸³. Sin perjuicio de la exposición mucho más detallada que lleva a cabo el Tribunal en su argumentación, esta suerte de definición operativa es la que guiará su razonamiento. Para poder considerar que ha habido intimidación

⁸¹STS núm. 344/2019 de 4 de julio de 2019

⁸²STS núm. 344/2019 de 4 de julio de 2019

⁸³STS 216/2019 de 24 de abril de 2019

efectiva, lo importante es determinar si, en efecto, la actuación del que comete los actos delictivos ha sido suficiente para poder coartar o anular la voluntad de la víctima⁸⁴. La clave por tanto es dilucidar si el consentimiento existe, pero está viciado (por lo que estaríamos ante abusos sexuales), o si el consentimiento no existe realmente, pues los actos buscados se consiguen a la fuerza, doblegando a la víctima ya sea por una *vis physica* o una *vis moral*. Ahora bien, tal y como ya exponía el TS en su STS 953/2016 esta fuerza no debe alcanzar a ser irresistible o abrumadora, siendo suficiente que alcance a conseguir el fin perseguido inhibiendo la capacidad de reacción de la víctima⁸⁵. Asimismo, en su Sentencia de 2 de mayo de 1996, el TS exponía que: *la gravedad de la infracción se ha de valorar siempre en función de los factores concurrentes en cada caso, personales y circunstanciales*⁸⁶. Vemos por tanto como el TS, haciendo cita de esta jurisprudencia va sentando las bases para una interpretación propia del texto del CP a la luz del caso concreto.

Así las cosas, un elemento que probó ser determinante en la calificación final que hace el TS de los hechos es el de intimidación ambiental. En efecto, este término no aparece como tal en el CP, y es un buen ejemplo de cómo el TS interpreta el ordenamiento adaptándolo a la complejidad del caso en cuestión. A su vez, es un claro exponente de cómo las instancias inferiores no tuvieron en cuenta la totalidad de las interpretaciones previas del TS, atendiendo a la literalidad de la ley casi en exclusiva. Pues bien, la intimidación ambiental ya se había venido teniendo en consideración en Sentencias previas, que consideraban que la presencia de múltiples personas en el contexto de un delito sexual forma parte del “cuadro intimidatorio”, debilitando o llegando a anular la voluntad de la víctima⁸⁷. En otros casos, habiendo actuado activamente dos sujetos, estos fueron condenados como coautores en concepto de cooperador necesario⁸⁸. La conclusión, más allá de la consideración penológica de los presentes, es que una multiplicidad de personas involucradas apunta a una mayor intimidación, ya que, en palabras del TS: (...) *la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo*

⁸⁴Pina, M.N. “Estudio temas jurídicos y doctrinales de la Sentencia N.º 344/2019 del caso de «La Manada», comparativa entre la Sentencia de la Audiencia Provincial y la del Tribunal Supremo”. Diario La Ley, N.º 9497, Sección Comentarios de jurisprudencia, 14 de Octubre de 2019, Wolters Kluwer

⁸⁵STS 953/2016 de 15 de diciembre de 2016

⁸⁶Sentencia de 2 de mayo de 1996

⁸⁷STS 1291/2005 de 8 de noviembre de 2005

⁸⁸STS 1169/2004 de 18 de octubre de 2004

*el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio mucho más frente a una única joven y en lugar solitario*⁸⁹. Es más, esta circunstancia (la presencia de múltiples personas participantes en la agresión) no solo sirvió para probar la intimidación ambiental que sufrió la víctima, sino también para aplicar la agravante de “actuación conjunta de dos o más personas”. No queda fuera de debate que esto pueda ser considerado una violación del *non bis in ídem*, pero como argumenta el TS, la actuación en grupo conlleva un mayor desvalor, pues supone una mayor intimidación para la víctima, pero también un mayor sentimiento de impunidad para los agresores. Por ello, y puesto que una cosa es la calificación del delito y otra la forma de llevarlo a cabo, el TS no considera esta doble sanción como una violación de este principio⁹⁰.

Este caso, como hemos comentado anteriormente, da pie a comentar mucho más en detalle algunas cuestiones relativas a los delitos contra la libertad sexual, como puede ser la manera de enjuiciar los delitos en grupo (en este caso como delitos continuados de violación), de si considerar estos delitos como de propia mano o no, de la aplicación de las agravantes... No obstante, por las propias restricciones de este trabajo, no nos adentramos en su análisis.

6.2.5. Conclusiones sobre el caso de *la manada*.

En definitiva, si algo queda claro es que en ningún caso es sencilla la subsunción de estos hechos en uno u otro tipo. Como expone BOLDOVA PASAMAR, y en consonancia con la jurisprudencia del TS, la línea entre el prevalimiento y la intimidación no siempre es fácil de demarcar. Es por ello que en estos *casos límite*, se pone realmente a prueba la hermenéutica de la legislación, y con ella el grado de acierto del legislador en su elaboración⁹¹. Es por ello que este autor, y algunos otros⁹²,

⁸⁹ STS núm. 344/2019 de 4 de julio de 2019

⁹⁰ «Puntos Clave de la Sentencia de la Manada de San Fermín». Cit.

⁹¹ Boldova, M.A. “Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como «caso de La Manada»”. Diario La Ley, Nº 9500, Sección Doctrina, 17 de Octubre de 2019, Wolters Kluwer

⁹² Por ejemplo, RODRIGUEZ FERNANDEZ, citado previamente, si bien considera que: *Los hechos probados de la sentencia referida proporcionan una base sólida para considerar que se produjo una agresión sexual y no un abuso sexual con prevalimiento*. Admite la permisibilidad de tal resolución, toda vez que considera que: *El Tribunal ha aplicado el derecho, ha aplicado la ley al caso concreto. Y eso es lo*

si bien comulgan con la calificación de los hechos llevada a cabo por el TS, no comparten su consideración de que esta distinción entre el prevalimiento y la intimidación se presente evidente en este caso, “*sin ningún género de dudas del terrible relato de hechos probados*”⁹³.

La crítica a la actuación de las instancias previas al TS no pasa por considerar su posición como arbitraria, o plenamente desacertada, alejándose de la palabra de la ley. Es más, el problema es el contrario. Podemos decir que en este caso tanto el TSJ como la AP toman el principio de legalidad como referido casi exclusivamente al texto material de la ley formal (CP), no al ordenamiento jurídico en su conjunto. En lo que respecta a nuestro trabajo, por tanto, podríamos decir que hasta que este caso no llegó al TS, estamos en un marco totalmente opuesto al de la Doctrina Parot comentada anteriormente. En la Doctrina Parot los tribunales se tomaron una amplia libertad interpretativa, llegando a aplicar normas retroactivamente movidos por un sentir de justicia que si bien podría estar basado en convicciones nada exageradas, iba en contra de los derechos de los reos. Por contra, en el caso de la manada, tanto la AP como el TSJ parecen aplicar el texto legal tajantemente, y es el TS el que hace una interpretación más comprehensiva del caso, entendiendo el principio de legalidad como hacía el TEDH en el caso de Río Prada c. España: globalmente. En el apartado final que sigue, a la luz de estos dos casos nos planteamos las preguntas que rigen este estudio: ¿Crea el TS en la práctica derecho? ¿Cuál debe ser su papel en el ordenamiento jurídico?

7. CONCLUSIONES

Los casos analizados sirven para evidenciar el papel que el Poder Judicial (vía TS) ejerce en el ordenamiento jurídico español. Como exponíamos con anterioridad, en concreto resultan útiles para comentar el papel del Poder Judicial en lo relativo al principio de legalidad. Este principio podría considerarse como una de las máximas del Estado de Derecho, tal y como expone la citada STC 108/1986 de 29 Julio de 1986. Sobre todo en el marco de estados con ordenamientos basados en el sistema de derecho

que les pide, les obliga la Constitución. Ver “La Sentencia Contra la Manada. Prevalimiento v. Intimidación” Cit.

⁹³STS núm. 344/2019 de 4 de julio de 2019

continental, el peso de la palabra de la ley es mayúsculo, y si cabe, por tanto ,el principio de legalidad parece tener mayor vigencia.

No obstante, como se desprende de lo comentado sobre la Doctrina Parot, y en consonancia con lo propuesto por el TEDH, no debemos entender que el principio de legalidad se agota en la palabra de la ley. Esto es de especial importancia, pues dando por buena esa premisa se abre la puerta a que los tribunales (incluso en sistemas de derecho continental) creen derecho. Si entendemos que el principio de legalidad no se agota en la palabra de la ley, debemos aceptar que la jurisprudencia, si bien en ningún caso tiene reconocida una capacidad formal de creadora de derecho, equiparándose por tanto al poder legislativo, si juega un papel relevante en lo que respecta a este principio. Como veíamos en el caso de la Doctrina Parot, el TEDH hacía referencia a cómo el principio de legalidad también abarca a las resoluciones judiciales, de las que se debía desprender suficiente previsibilidad para los afectados por las mismas. De esta manera, vemos como los tribunales van a tener un papel importante, tal vez no tanto en la creación de derecho entendida tradicionalmente en los sistemas continentales (elaboración de leyes formales en sede parlamentaria), pero si mediante sus interpretaciones de la ley.

Como hemos visto en el caso de la manada, si bien las instancias inferiores parecieron actuar aplicando el texto de la ley algo restrictivamente, el TS es un claro ejemplo de como la actuación de un tribunal puede marcar una línea jurisprudencial clara, adaptando el ordenamiento a la realidad social y a su propio tiempo. Esta línea influirá en futuras controversias, y así, podríamos decir que suma a la legalidad que rige el ordenamiento jurídico, aunque no como una ley formal. El punto clave reside en asumir que no solo las fuentes del derecho (la ley, la costumbre y los principios generales del derecho) constituyen nuestro ordenamiento jurídico. La jurisprudencia no es fuente del derecho, al menos no en los sistemas de derecho continental, y al menos no por ahora. No obstante, informa al ordenamiento jurídico, y de este modo lo moldea en su aplicación. Equiparar las facultades del Poder Judicial en su labor a las capacidades del legislador es demasiado aventurado. No obstante, reducir a los tribunales a meros aplicadores automáticos de normas también lo es. La Doctrina Parot podría ser un buen ejemplo de extralimitación por parte del tribunal, que como exponía

VIVES ANTÓN⁹⁴, trató de hacer lo que ni el legislativo puede. No obstante, ello no significa que el camino a seguir por parte del TS sea el de la AP o el TSJ en el caso de la Manada.

Tanto las propuestas de OTTO: que defendía el papel creador de derecho de la jurisprudencia por ser su infracción de algún modo sancionable; como la de DWORKIN, y su aproximación novelística al papel de los tribunales resultan válidas e interesantes. Asimismo, la doctrina que deniega cualquier papel creador a la jurisprudencia lo hace en fundados razonamientos, y con argumentos más que válidos que merecen atención. Como exponíamos en las primera líneas, la aproximación de CÁMARA del Poder Judicial como aquel poder independiente que pretende a garantizar la seguridad de los ciudadanos conforme a la definición de esta que la ciudadanía misma le da, no imponiendo la suya propia es del todo acertada⁹⁵. No obstante, la tesis que deducimos de todo lo expuesto es que la afirmación citada no choca con la posibilidad de una cierta libertad creadora por parte de los tribunales. Sin negar que la principal fuente del derecho sea la ley, que emana del pueblo, el Poder Judicial en el ejercicio de su labor, adaptará esta ley a la realidad del caso concreto, afectando así a otros similares.

De este modo parece apuntarse a una cierta convergencia con el modelo anglosajón. En efecto, como parte de la doctrina parece apuntar, este camino es el que nuestra justicia está andando. Todo ello pasa, aparentemente, por el reconocimiento de que el principio de legalidad no se agota, como venimos diciendo, en un seguimiento exhaustivo de la literalidad de la palabra de la ley, sino también en su interpretación y adaptación por parte de la jurisprudencia. En un sistema como el nuestro no se debe reconocer al Poder Judicial una libertad pseudo-política en la creación de la ley, por ir esto en contravención de nuestra misma concepción del estado, de la ley, y de sus fuentes y su legitimidad. No obstante, consentir que el TS, si bien algo de soslayo, cree derecho parece más allá de apropiado o no, algo ineludible. Para evidenciar esta idea, parece conveniente hacer cita de ENTERRÍA, que en relación a esta cuestión exponía:

⁹⁴ “Cambios Jurisprudenciales y Retroactividad Desfavorable (A Propósito de la STEDH Del Río Prada c. España)”. Cit.

⁹⁵ Cámara, G. “La organización de la Justicia”. En: “Introducción al Derecho Constitucional” Balaguer, F. Ed. Tecnos. Madrid. 2016. Pp. 313-315.

(...) el principio de legalidad de la Constitución, lejos de imponer un legalismo entendido en el sentido del positivismo normativo, apela en realidad a un Estado material de Derecho y a una jurisprudencia de valoración o de valores, resulta un amplísimo campo creador a la jurisprudencia de los Tribunales, la cual, sin mengua de su debida fidelidad a la Ley, puede crear y encontrar las soluciones jurídicas más propias para hacer pasar por el sistema los valores materiales de la Constitución y los institucionales de toda la materia jurídica.⁹⁶

En efecto, esta es la conclusión del estudio de estos dos casos. El papel creador de la jurisprudencia del TS es consecuencia de una aproximación comprensiva del principio de legalidad. No obstante, este campo creador de la jurisprudencia debe hacerse siempre desde la fidelidad a la ley. Esta fidelidad por ejemplo se echa en falta en la Doctrina Parot. Por el contrario, tomamos la Sentencia del TS de la manada como un claro ejemplo de contribución dentro de la legalidad, que más allá de influir de por sí al ordenamiento jurídico, puede decirse que incluso motivó futuras reformas materiales.

Pues bien, como exponíamos en las primeras líneas de este trabajo, nos ocupa también hacer una reflexión sobre el camino a seguir desde aquí. Está claro que el papel del Poder Judicial no se debería limitar a repetir las palabras de la ley, y que en la práctica ese no suele ser el caso. No obstante, en algunos supuestos vemos por parte de los tribunales esta interpretación constreñida del principio de legalidad. Asimismo, estos no deberían tomarse la justicia por su mano, imitando a los tribunales anglosajones en una creación de *case law* a la española. Ello no suele ser el caso, pero como vemos, en determinados supuestos (en la Doctrina Parot) sucede. Por lo tanto lo que parece evidente es la necesidad de aclarar conceptos en nuestro ordenamiento, y trasladar parte de la literatura y doctrina expuesta en este trabajo a la legislación.

Debemos aclarar qué supone que la jurisprudencia complemente el ordenamiento jurídico, como expone el Código Civil. Es cierto que de parte de la doctrina vemos argumentos bastantes que apoyan la tesis de este trabajo sobre el principio de legalidad,

⁹⁶ “Principio de Legalidad, Estado Material de Derecho y Facultades Interpretativas y Constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución” Cit.

sin necesidad alguna de reforma legislativa. Esta tesis parece respaldada por disposiciones del mismo Código, como la lista interpretativa del art. 3 de su texto, que de hecho prevé la interpretación teleológica de la ley, apuntando a lo expuesto por ENTERRÍA⁹⁷, o PALAZZO⁹⁸. Es decir, podría argumentarse que no es necesaria reforma alguna, pues la misma palabra de la ley, entendida a la luz de la Constitución y sus valores permiten, y es más, animan a una interpretación comprensiva del principio de legalidad. De este modo se invita a la jurisprudencia a la construcción continua y conjunta de la legalidad en nuestro ordenamiento. En este sentido, autores como ALBADALEJO exponen como incluso la capacidad interpretativa de los jueces acaba por poner su papel por encima del de la ley, pues a fin de cuentas lo que prevalece no es la palabra de la anterior, sino la interpretación que el juez hace de ella⁹⁹. Sin embargo, no falta parte de la doctrina, como hemos expuesto, que niegue en rotundo cualquier posibilidad que se acerque a la noción de que el Poder Judicial crea derecho. Desde este punto de vista la sentencia de Del Río Prada c. España no tendría cabida alguna en nuestro ordenamiento, y el principio de legalidad debería entenderse taxativamente.

Por tanto, y si bien en nuestra opinión la legalidad entendida ampliamente a la luz de lo expuesto anteriormente es posible en el marco actual legislativo, una aclaración del papel judicial, y su labor de *informar* el ordenamiento a través de su jurisprudencia podrían dar por finalizado este debate, aunque bien es posible que abriera muchos otros nuevos. Dotar legalmente a la jurisprudencia de cierto poder a la contribución al principio de legalidad más explícitamente no es más que reconocer, como hace MÜLLER, que el ordenamiento jurídico, por muy preciso y detallado que trate de ser en sistemas continentales, jamás alcanzará a prever totalmente las realidades que se dan en la práctica, y que es ahí donde el Poder Judicial debe entrar en acción, concretando la abstracción de las leyes¹⁰⁰. Por tanto, si bien es más que posible aceptar estas tesis, y enmarcarlas en nuestro ordenamiento tal y como está, una reforma del poder judicial, que le permita una mayor flexibilidad y contribución al principio de legalidad de modo menos controvertido podría ser acertada.

⁹⁷“Principio de Legalidad, Estado Material de Derecho y Facultades Interpretativas y Constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución” Cit.

⁹⁸ “Conclusiones” en: *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo*” Cit.

⁹⁹ Albadalejo, M. (1987). *Curso de Derecho civil español*. I, 4ª ed, pp. 93 ss

¹⁰⁰Müller F. (1987), *Juristische Methodik*, 6ª ed, pp. 153 ss

En todo caso esta contribución debería ser desde la fidelidad al texto de la ley, como hemos expuesto anteriormente, y en todo caso, también debería ser acorde a los criterios interpretativos del Código Civil y de los valores de la Constitución. Todo ello es algo que, en la práctica, presumiblemente ya se da. Lo cierto es que como comentábamos en las primeras líneas de este trabajo, nuestro sistema de fuentes viene alejándose del tradicionalismo que supone el acogerse tajantemente al texto de la ley, y que estamos viviendo una verdadera diversificación de nuestras fuentes normativas. Reconocer en una reforma del Poder Judicial su contribución al ordenamiento no sería más que dejar por escrito una realidad que ya se está dando. No obstante, institucionalizar tal realidad serviría precisamente para garantizar lo que el mismo principio de legalidad pretende defender: la seguridad jurídica de los ciudadanos, y su derecho a saber a qué atenerse.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Legislación:

Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicada en el «BOE» núm. 7, de 08/01/2000.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Publicada en el «BOE» núm. 167, de 14/07/1998.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 157, de 02/07/1985.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Publicado en: «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.*

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. Publicado en el «BOE» núm. 289, de 16/10/1885.

- Jurisprudencia consultada:

- Resoluciones del Tribunal Constitucional:

Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986, de 29 Julio de 1986. Recurso de inconstitucionalidad 108-1986

Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1988 de, 21 de enero de 1988. Cuestión de inconstitucionalidad 926-1984, 237-1986

Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1994, de 24 de febrero. Cuestión de inconstitucionalidad 358-1989, 570-1989

Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1999 de 8 de marzo de 1999. Recurso de amparo 2406-1995

Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2012, de 29 de marzo de 2012. Recurso de amparo 4893-2006.

- Resoluciones del Tribunal Supremo:

Sentencia del Tribunal Supremo 1169/2004 de 18 de octubre de 2004

Sentencia del Tribunal Supremo 1291/2005 de 8 de noviembre de 2005

Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 20 de febrero de 2016.
Sentencia del Tribunal Supremo 953/2016, de 15 de diciembre de 2016.
Sentencia del Tribunal Supremo 2200/2019, de 4 de julio de 2019.
Sentencia del Tribunal Supremo 216/2019, de 24 de abril de 2019.
Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019, de 4 de julio de 2019.
Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007 (rec.-4881/00).
Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2008. (rec.-2907/01).

-Resoluciones de Tribunales Superiores de Justicia:

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 08/2018 de 4 de diciembre de 2018.

- Resoluciones de Audiencias Provinciales:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona 38/2018 de 20 de marzo de 2018.

- Resoluciones del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos:

Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en el asunto: Río Prada c. España. Nº 42750/09. De 21 de octubre de 2013.

Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en el asunto: Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania, de 22 de marzo de 2001

Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en el asunto: Puhk c. Estonia, de 10 de febrero de 2004

- Obras Doctrinales:

- Libros consultados:

Albadalejo, M. (1987).Curso de Derecho civil español. I, 4ª ed. Librería Bosch. Barcelona. Pp. 93-97.

Aparicio, M. "Formación y Constitucionalización del Estado" en: Manual de Derecho Constitucional. Coord: Aparicio, M. & Barceló, M. Atelier. Barcelona. 2016. Pp. 53-57.

Banacloche, J. "La jurisdicción como función del Estado" en Banacloche, J. y Cubillo, I. J. *Aspectos Fundamentales del Derecho porcesal civil*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016. Pp. 29-33.

Cámara, G. "La organización de la Justicia". En: "Introducción al Derecho Constitucional" Balaguer, F. Ed. Tecnos. Madrid. 2016. Pp. 313-315.

Ferejohn, J., Rosenbluth, F., Shipan, C. "Comparative Judicial Politics" en: *The Oxford's Handbook of Comparative Politics*. Eds: Boix, C. & Stokes, S. Oxford University Press. Oxford. 2007. Pp. 736-740.

Ferrajoli, L. Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción. INCACIPE, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Méjico D.F. 2010.

Hobbes, T. *El Leviatán o la Materia, Forma y Poder de un Estado Elesiástico y Civil*. Alianza Editorial. Madrid, 2004. P. 157.

Jiménez, R. "El Poder Judicial ante los demás poderes" en González, F. et al. *¿Quién Manda Aquí? La crisis global de la democracia representativa*, Penguin Random House, Barcelona, 2017. Pp. 103-105.

Landecho, C.M & Molina, C. "Derecho Penal Español". Tecnos. 2015. P. 133.

Müller F. (1987), *Juristische Methodik*, 6ª ed. Pp. 153-ss.

Muñoz, F. & García, M. "Derecho Penal, Parte General". Tirant Lo Blanch. 2010. P. 101.

Ripollés Serrano, M. R., "El poder Judicial" en Álvarez, M. I. (coord.), *Lecciones de Derecho Constitucional*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014. Pp. 231-232.

Serrano, P. (1984). *Tratado de Derecho Político*. Civitas. Madrid. Pp. 480-481.

Otto, I. "Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes". Editorial Ariel S.A. Barcelona. 1987. P. 285.

Palazzo, F. (2003). "Conclusiones" en: *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo* Coord: Arroyo, L., Newman, U. & Nieto, A. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha. Pp- 307-317.

Vives Antón, T. "Del Poder Judicial" en: *Comentarios a la Constitución Española*. Dir: Casas Baamonde, M. & Rodríguez-Piñeiro, M. Fundación Wolters Knowler, Madrid. 2008. Pp. 1823-1825.

- Publicaciones académicas y revistas:

Adel, L.I. “Caso La Manada: Diferentes Interpretaciones Judiciales”. *Legal Today*. 26 de junio, 2016.

Beviá, J. G. “El TEDH pone fin a la Doctrina Parot en España”. *Diritto Penale Contemporáneo*. Recuperado de: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1401896143GIMENO%20BEVIA_2014.pdf. Última consulta a 8 de abril, 2020.

Boldova, M.A. “Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como «caso de La Manada»”. *Diario La Ley*, Nº 9500, Sección Doctrina, 17 de Octubre de 2019. Wolters Kluwer.

Cuerda, M. “Cambios Jurisprudenciales y Retroactividad Desfavorable (A Propósito de la STEDH Del Río Prada c. España)”. *Revista Penal*, nº 31. Pp. 52-69. Enero 2013.

Díaz, M. “Cuando Parot Llegó a Estrasburgo”. *Teoría y Realidad Constitucional*. Num. 31. 2013. Pp 573-612.

Dworkin, R. “Law as Interpretation”. *Critical Inquiry*. 9 (1):179-200. 1982.

Egea, A. “Subjetividad y Violación Social: El caso de la Manada” (2019). *Tropelías. Revista de Teoría de la Literatura y Literatura Comparada*, 31. 2019. Pp. 86-96.

El caso Troitiño y la Doctrina Parot”. *La Ley, Revista Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. Num. 3. 2011.

Fernández, J. “Del Código Penal de 1973 a la Sentencia de la Gran Sala del TEDH en el Asunto Del Río Prada C. España: El Fin de la Doctrina Parot”. UNED. *Revista de Derecho Penal y Criminología, Extraordinario*, n.o 1 (2013).Pp. 377-416

García-Berrio Hernández, T. “La Controversia sobre el Precedente Judicial: Un clásico del Derecho en Constante Renovación”. *Foro, Nueva época*, núm. 4/2006. Pp. 127-152.

García de Enterría, E. “Principio de Legalidad, Estado Material de Derecho y Facultades Interpretativas y Constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 4, Num. 10. Enero-abril 1984. Pp. 11-61.

Gil Gil, A., «La excepción al principio de legalidad del n.º 2 del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 63. 2010. Pp. 131-164

Lárrayoz, I. “Puntos Clave de la Sentencia de la Manada de San Fermín”. *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 8/2019 parte Jurisprudencia. Fichas de Jurisprudencia. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2019.

Rodríguez, R. “La Sentencia Contra la Manada. Prevalimiento v. Intimidación”. Diario La Ley, Nº 9209, Sección Tribuna, 1 de Junio de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

Rodríguez, T. “Doctrina Parot: Claves para entender las sentencias del TEDH en el caso Del Río Prada c. España”. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad Nº 6, marzo – agosto 2014. Pp. 137-152.

Tena, R. “El Caso de La Manada y el Problema del Consentimiento” (30 de abril, 2018). *Hay Derecho: Expansión*. Recuperado de: <https://hayderecho.expansion.com/2018/04/30/el-caso-de-la-manada-y-el-problema-del-consentimiento/>. Última consulta a 7 de abril, 2020.

Pejovic, C. “Civil law and common law : Two different paths leading to the same goal”. *Poredbeno Pomorsko Pravo*. 40. 2001. P. 7-32.

Pina, M.N. “Estudio temas jurídicos y doctrinales de la Sentencia N.o 344/2019 del caso de «La Manada», comparativa entre la Sentencia de la Audiencia Provincial y la del Tribunal Supremo”. Diario La Ley, Nº 9497, Sección Comentarios de jurisprudencia, 14 de Octubre de 2019. Wolters Kluwer

Zaccaria, G. La Jurisprudencia Como Fuente del Derecho: Una Perspectiva Hermenéutica. *ISONOMÍA* No. 32 / Abril 2010. Pp. 93-117.