

Aniceto Masferrer, (ed.), *La jurisprudencia penal en España (1870 – 1978). Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2023, 928 pp. [ISBN: 978-84-1163-114-3]

I

Aranzadi hace público un extenso y prolijo volumen, dirigido y editado por el Prof. Aniceto Masferrer, Catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Valencia. La ambiciosa obra, que se ocupa del papel de la jurisprudencia en el desarrollo del Derecho penal español, se suma a otras recientes que también abordan ese objeto. Se trata de la obra más extensa y sistemática que se ha publicado desde 1870 sobre la materia. El libro de Masferrer se compone, además de por una breve nota preliminar, de 21 capítulos, que abordan monográficamente una notable cantidad de delitos. Cada uno de ellos se cierra con muy útiles índices de referencias bibliográficas y jurisprudenciales, que simplifican ahora posteriores estudios sobre cada uno de los delitos.

II

El primer capítulo, de corte general, corre a cargo del Prof. Masferrer. En él se examina con vocación totalizante las obras que se han venido ocupando de la cuestión, para advertir todavía los trabajos por hacer. Ese examen sucede bajo la luz de una concepción de la tarea judicial, que es entendida como verdadera fuente del Derecho: «No es menos Derecho el fallo judicial que el precepto normativo» (p. 38). La posición del autor es coherente con el esfuerzo (inédito en España y encomiable) que dedica al estudio de la jurisprudencia, a la que tanta atención debe prestársele –según él– como a la norma legal. De esta afirmación no cabe colegir que el autor atribuya al Juez una función creadora del Derecho. Entiendo que esa posición no sería admisible entre nosotros, no solo porque el art. 1.6 CC atribuye solo una función complementadora a la jurisprudencia, sino porque el principio de legalidad penal exige que las normas sean determinadas *ex ante*. Esa exigencia solo puede ser cumplida por la Ley penal, que debe ser fingida como completa y perfecta. Esto no significa desconocer los límites que aquejan a una norma penal (pequeña encadenación de símbolos lingüísticos) y que exigen, si la pretensión no es absolver constantemente a todos los acusados, concreción por el Juez. En este sentido práctico de resolución de conflictos, de la Justicia como «constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su propio derecho» (Ulpiano) entiende el autor lo anterior: que la sentencia sea tan Derecho como la Ley (incluida la penal). Por lo demás, el capítulo del Prof. Masferrer continúa con el tratamiento minucioso y detallado de las fuentes principales utilizadas en la obra (lo que facilita enormemente trabajos posteriores) y presenta, finalmente, cada uno de los siguientes capítulos.

Gabriela Cobo del Rosal Pérez, Titular en la Universidad Rey Juan Carlos, examina en el capítulo 2 la jurisprudencia sobre el delito de asociación ilícita. Comienza con una pertinente reflexión sobre la hoy consolidada relación entre Derecho penal y Constitución (ya se ha dicho que el CP es una Constitución en negativo)¹. Su análisis, sustentado en una «metodología histórica inversa» (p. 94), comienza con un breve examen del régimen actual (arts. 515 a 521 CP) con el loable deseo de extraer de la historia lo que más interesa para hoy. A esas notas preliminares sigue una evolución

¹ A veces, incluso, en positivo. Como hace notar la Prof. Cobo del Rosal Pérez, el CP 1822 llenó el vacío de la CE 1812 respecto del derecho de reunión (p. 100).

histórica del delito de asociación ilícita desde el CP 1822. Particularmente destacable es el análisis del régimen en el CP 1870, cuya estructura no ha abandonado el CP 1995 (p. 101). Tras el examen del resto de CP vigentes, la Prof. Cobo del Rosal Pérez se ocupa de la jurisprudencia del TS. Allí pone de relieve la intrínseca conexión que hizo notar la jurisprudencia entre la asociación y la moral, que incluso es definida «en el terreno legal» con pretensión total por el TS (p. 112). La aportación de esa jurisprudencia sobre la primera vigencia del CP 1870 fue respecto del delito de asociación ilícita, más allá de esas definiciones de moral, escasa. La situación bajo en el contexto de la II República no fue distinto. De destacar es solo la STS (pp. 115 y 116) que declara la legalidad de Falange. El capítulo se cierra, tras examinar la tampoco particularmente provechosa jurisprudencia dada bajo el CP 1944, con unas sintéticas conclusiones en que se hace notar la ahora más luminosa relación entre *política* y *Derecho penal*: el castigo de las asociaciones ilícitas estuvo inexorablemente ligado a la *ideología* del CP vigente. De destacar son también las reflexiones sobre la preocupante expansión del Derecho penal vigente, que confía en exceso en la cómoda técnica de las normas penales en blanco.

En el capítulo 3 se ocupa Julián Gómez de Maya, funcionario de la Administración General del Estado, de la jurisprudencia relativa a los delitos contra la salud pública. Su pulcro examen abarca delitos variados, que van desde conductas relacionadas con sustancias tóxicas o estupefacientes, al traslado de cadáveres, a la contaminación de alimentos, de aguas o a la propagación en general de enfermedades. El texto de Gómez de Maya comienza un ajustado del devenir normativo desde el CP 1822 hasta 1995. El autor hace notar el peligroso recurso a la norma penal en blanco y al Derecho penal del peligro y del riesgo, que abona la jurisprudencia del TS examinada.

De los delitos de juegos y rifas se ocupa, en el capítulo 4 el Prof. Miguel Pino Abad, Catedrático en la Universidad de Córdoba. El autor hace saber con claridad cómo el TS exigió que los juegos fueran, efectivamente, de azar. Es decir, «que el resultado no dependiera para nada de la habilidad o destreza del jugador» (p. 160). La comisión de tales delitos exigía, además, que el juego transcurriera en zonas particularmente habilitadas para ello. Se trataba de castigar, entonces, a quienes teniendo derecho sobre el lugar, lo destinaban a *lo ilícito*. Esa idea explica que la jurisprudencia del TS negara castigo para los meros curiosos y para los que, siendo propietarios de los locales, solo los habían alquilado. El castigo justo era para el inquilino y no para el propietario (al que el Derecho penal no permitía reprochar una suerte de *culpa in vigilando*). El capítulo se cierra, además de con un sucinto examen de los delitos sobre loterías y rifas, con una mención al régimen penal del Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977. Sus normas fueron *confirmadas* por la jurisprudencia del TS, orientada a castigar solo las conductas que mostraran su lesividad en el juego de importantes cantidades de dinero (p. 176). No resulta convincente, sin embargo, la relación que el autor construye entre el juego de *altas cantidades* y el *ánimo de lucro*: este último es independiente de la cuantía. De prosperar un nexo tal, habría que llevar a la poco satisfactoria conclusión de que los hurtos (por ejemplo) de escasa cuantía no son delictivos y que, por tanto, al propietario hurtado no le queda más que la vía civil para restaurar su posición jurídica. Por otra parte, la indeterminación de la noción *altas cantidades* impide un ámbito de operatividad sano de la norma penal que, por indeterminada, no podría regir en un Estado de Derecho.

El capítulo 5, escrito por Isabel Ramos Vázquez, Catedrática en la Universidad de Jaén, lleva por título «Parricidio, uxoricidio por causa de honor e infanticidio. La muerte entre parientes en el Derecho contemporáneo y la jurisprudencia histórica del Tribunal

Supremo (1870 - 1995). La autora muestra cómo la jurisprudencia del TS siguió, en justo cumplimiento del principio de legalidad, las distintas reformas penales. Eso no oscurece las diferenciaciones que la jurisprudencia realizaba en función de los familiares involucrados. Ominosa es, en este sentido, la STS de 25 de abril de 1933, que fue generosa con el marido había dado muerte a su mujer (que «contraviniendo lo que le tenía ordenado, había salido [...] en su ausencia»). La resolución contrasta con el inexorable castigo de las autoras femeninas del delito (p. 225). De otra parte, especial atención merece hoy el análisis de las muertes por honor, que se han tomado actualidad, en que estos delitos vuelven a aparecer en el contexto europeo.² Concluye Ramos Vázquez haciendo notar que la jurisprudencia del TS no se atemperó a las demandas sociales, castigando lo que la Ley exigía que fuera castigado (p. 229).

La Prof. Iñesta-Pastor, Profesora Contratada Doctora en la Universidad de Alicante, se ocupa en el capítulo 6 del delito de homicidio. Su análisis comienza con la evolución normativa del tipo del homicidio, desde el CP 1822 en adelante. A un sucinto examen del bien jurídico protegido (que desde antiguo se identifica con la *vida*, aunque no exista acuerdo en determinar qué debe subsumirse bajo esa noción), le sigue el análisis de la tipicidad. En su seno, la Prof. Iñesta aborda las resoluciones más relevantes, como la STS de 7 de mayo de 1902, que negó la calificación de homicidio (respecto del feto) a la muerte de una mujer embarazada. Particularmente destacable es el estudio histórico de cuestiones tan problemáticas en la doctrina moderna como la causalidad o las reglas que unen a la acción delictiva con su resultado (como la imputación objetiva). Con acierto muestra la autora cómo la jurisprudencia no deslindó suficientemente la causalidad natural de la jurídica (que Iñesta-Pastor conoce como «responsabilidad»: p. 277). Menos convincente resulta el tratamiento de la tentativa y frustración (pp. 272 y ss.) y autoría y participación (pp. 274 y ss.) en el epígrafe dedicado a la tipicidad subjetiva (en que con acierto examina la Prof. Iñesta-Pastor las resoluciones sobre dolo y distintas formas de imprudencia). El estudio se cierra con unas provechosas conclusiones en que se sintetizan con claridad las principales aportaciones jurisprudenciales: la consideración de criterios puramente biológicos como la respiración pulmonar para determinar cuándo existe un ser humano *vivo* (que pueda ser sujeto pasivo del delito); o la calificación de homicidio consumado de los supuestos en que transcurre un amplio período de tiempo entre la acción y el resultado (muerte), entre otros.

Del delito de aborto se ocupa el extenso capítulo 7 (pp. 287 a 401), autoría de Juan B. Cañizares Navarro y Ana-Paz Garibo Peyró, Profesores en la Universidad de Valencia. El examen de los antecedentes romanos y los CP 1870, 1928 y 1932 es autoría del Prof. Cañizares. El estudio de la situación posterior ha sido realizado por la Prof. Garibo Peyró. El examen del Derecho romano ha permitido saber, entre otras cuestiones, que el *bien jurídico protegido* (si se puede hablar de tal en aquella época) fue el interés del *pater familias* en tener un descendiente, lo que explica que, cuando aquel carecía de interés, el aborto no fuera constitutivo de delito. Al margen de esos antecedentes, los autores se ocupan con pulcritud de la notable cantidad de resoluciones que el TS pronunció sobre el aborto. Hacen notar algunas de las aportaciones más destacadas, como la concreción de la noción *aborto*, que podía ser abordada desde un punto de vista físico o jurídico. El TS asumió desde 1870 una noción normativa de aborto, a cuyo amparo fue posible castigar conductas que hubieran quedado impunes, de asumir una noción *totalmente física* de aborto. Los autores dan cuenta de la relevancia de la jurisprudencia del TS a ese respecto,

² Cfr: Greco, L., «Ehrenmorde im deutschen Strafrecht», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 7 - 8, 2014, pp. 309 ss.

que incluso toma cuerpo en el CP 1928 (p. 318). Particularmente llamativo es el examen del bien jurídico que pretende tutelar el castigo del aborto (pp. 326 y ss.), en que se concluye que es la «vida intrauterina del feto» lo que, mayormente, fue objeto de protección.

La Prof. Leyre Saenz de Pipaón del Rosal (Colegio Universitario de Estudios Financieros) aborda, en el capítulo 8 el régimen del delito de lesiones. Al necesario examen normativo acompaña la autora un detallado análisis jurisprudencial, que concluye haciendo notar la particular ambigüedad del régimen histórico, que termina por perjudicar al sujeto pasivo del proceso (p. 454). No solo al sujeto pasivo, en realidad, sino a toda la sociedad e incluso al Estado. La primera no puede saber exactamente qué conductas se esperan de ellas. El segundo no acierta a castigar lo que pretende.

Del delito de calumnias se ocupa el capítulo 9, a cargo del Prof. Antonio Bádenas Zamora, Titular en la Universidad Rey Juan Carlos. El texto comienza con pertinentes reflexiones sobre el rol de la jurisprudencia, que permite «verificar cómo el natural carácter abstracto de la ley adquiere un perfil bien definido y perfeccionado (pp. 462 y 463) cuando se acomoda a la *praxis*. El autor hace notar la ausencia de contornos definidos en la primera jurisprudencia, entre la que destaca una pronta STS (20 de marzo de 1973), que reconoce el derecho de *todas las personas, sea la que quiera su condición*, a ver su tutelado su honor (p. 468). El análisis concluye afirmando el rol trascendental de la jurisprudencia, cuya comprobación era indispensable para determinar si la conducta era verdaderamente calumniosa o no.

Pascual Marzal Rodríguez, Catedrático en la Universidad de Valencia, aborda las detenciones ilegales, la sustracción de menores y el abandono de niños (capítulo 10). Su examen hace patente el cierto *desuetudo* que afectó a los delitos de sustracción de menores y al abandono de niños. La reflexión es actual, en un momento en que la sustracción de menores (incluso como expresión de criminalidad transfronteriza) ocupa la tutela no solo penal, sino también civil. El examen de Pascual Marzal hace notar, en definitiva, que la jurisprudencia ha realizado un aporte clave al desarrollo de estos tipos penales. Con acierto pone de relieve la íntima conexión entre el aumento de la calidad de las resoluciones y la incorporación de Catedráticos (como Antón Oneca o Quintano Ripollés) a la Alta Magistratura.

El Prof. Dionisio A. Perona Tomás, Titular de la Universidad de Castilla-La Mancha, se encarga del examen de los delitos de amenazas, coacciones, allanamiento de morada y revelación de secretos, en el capítulo 11. El análisis del Prof. Perona Tomás es preciso en sistemática: repite respecto de cada delito (salvo el de descubrimiento y revelación de secretos) un examen estructuralmente similar, que facilita percibir las líneas comunes. Particularmente provechosas son las reflexiones sobre los bienes jurídicos protegidos en los diversos delitos, cuya correcta identificación es condición necesaria para el (justo) castigo. El autor concluye sintéticamente haciendo notar cómo la jurisprudencia del TS ha contribuido, efectivamente, a concretar el ámbito de aplicación de estos tipos delictivos.

Del hurto y del robo se ocupa el Prof. Fernando Hernández Fradejas en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (capítulo 12). Pertinente es el primer abordaje conjunto de los dos delitos que realiza el autor. Poco convincente es la primera postura del TS (*cf.*: nota 34 del capítulo) que presume la existencia de ánimo de lucro

siempre que hay apoderamiento de cosa ajena. Una concepción tal podía asegurar la punición de quien toma cosa mueble ajena, pero no era compatible (no ya con la todavía por concretar presunción de inocencia), sino con el clásico *in dubio pro reo*. El análisis concluye con algunas cuestiones sobre el robo, en que el autor hace notar la contribución de la jurisprudencia en la concreción del delito.

El capítulo 13, titulado «Entre el hurto de hallazgo y la apropiación indebida de cosa perdida: la protección penal de los bienes de interés histórico encontrados en muebles o inmuebles en la Codificación española anterior a 1995» corre a cargo de la Prof. Patricia Faraldo Cabana, Catedrática en la Universidad de la Coruña. El prolijo análisis hace notar cómo la jurisprudencia se ha mantenido, en algunas ocasiones, anclada en un particular entendimiento de los elementos delictivos, a pesar de que el legislador marcó otra dirección (p. 629). El régimen jurídico y la jurisprudencia del TS, para la autora, no han conseguido otorgar a los bienes de interés histórico hallados en obras, terrenos o muebles, una protección penal suficiente.

El Prof. Miguel Cuerdo Mir, Titular de la Universidad Rey Juan Carlos, se ocupa en los capítulos 14, 15 y 16 de diversos delitos patrimoniales: ocupación ilegal de inmuebles, alzamiento de bienes, quiebras e insolvencias punibles y maquinaciones fraudulentas para alterar el precio de las cosas. Respecto de la ocupación ilegal de inmuebles, el autor hace notar cómo la jurisprudencia configura un concepto de ocupación que presupone actos de dominio con vocación de permanencia, realizados sabiendo que no se tiene derecho. Notable es la aproximación entre el delito de ocupación ilegal de inmueble por quien tiene un cierto derecho sobre el con el delito de ejercicio arbitrario del propio derecho. Ahí destaca la flexibilidad del TS en reconocer un error de prohibición en quien ocupa creyendo que puede hacerlo (p. 659). Particularmente llamativas son, por otra parte, las reflexiones sobre la accesoriedad del Derecho civil, llamado a concretar los presupuestos de la tipicidad en el Derecho penal. Igualmente provechoso es el estudio del alzamiento de bienes, en que también las reflexiones sobre la accesoriedad civil son trascendentales (p. 666). En ese sentido, hace notar el autor cómo el TS contribuye a la delimitación de los elementos típicos, concretando la definición del *alzamiento* de los bienes. Menos convincentes me parecen las reflexiones sobre el elemento subjetivo del delito, que no puede identificarse ni con el «perjuicio a los acreedores» ni tampoco, como propone el Prof. Cuerdo Mir (p. 672), con el «peligro de causarlo». Más bien, el elemento subjetivo se compone (además de por el dolo: conocimiento y voluntad de *alzar* los bienes), por la intención de perjudicar al acreedor. Cuestión distinta es que, para la consumación del delito sea suficiente o no que no haya perjuicio real para el acreedor. Notable es también el examen de las maquinaciones para alterar el precio de las cosas. Particularmente aprovechable es el estudio de la colusión mercantil, en un momento en que los poderes públicos dedican vastos recursos a garantizar la libre competencia. La aportación del Prof. Cuerdo Mir es, por tanto, una saludable aportación al Derecho penal económico, que no puede abordarse solo desde la fugacidad del hoy.

Julián Gómez Maya aborda, en los capítulos 17 y 18 los delitos usurarios y los de incendios, respectivamente. Los primeros están hoy exentos de pena. Durante su larga vigencia, sin embargo, se encargó el TS de determinar *in abstracto* las características de la usura a efectos penales. También son de destacar las reflexiones sobre los delitos de incendio, en que el autor hace notar particularmente la función creadora de Derecho que asume la jurisprudencia del TS. No resulta convincente, sin embargo, que esa función

creadora del Derecho se manifieste cuando el TS determina condiciones de culpabilidad o dirime si el incendio es un delito de consumación anticipada y no de resultado (p. 764). En esos supuestos no existe, creo yo, ninguna función *creadora*, sino simplemente la concreción casuística del reproche penal. No solo porque la creación de la norma no corresponde a los Jueces, sino porque las resoluciones no despliegan vocación de permanencia alguna (ni siquiera para el TS, que puede variar su jurisprudencia cuando estime pertinente). No existe en las resoluciones una pretensión de permanecer (ni siquiera de entrar) en el ordenamiento, sino un deseo mucho más mundano: resolver un conflicto particular. Y es en ese *resolver el conflicto* en que el TS complementa las normas o las protege (en ejercicio de su obligación nomofiláctica), pero no las crea. Al margen de esa discrepancia, creo que la aportación del Prof. Gómez Maya, pulcramente escrita (además), es de gran valor.

El capítulo 19, obra de Lucía Aparicio Chofre, Profesora de la Universidad de Valencia, tiene por objeto los delitos contra el estado civil. La autora aborda con prolijidad la evolución jurisprudencial en el TS sobre la suposición de parto, la usurpación del estado civil y los matrimonios ilegales. Especialmente aprovechable es el estudio del delito de matrimonio ilegal. De la jurisprudencia del TS extrae la autora diez grandes y nítidas líneas, que permiten abordar la cuestión con una sistemática clara. El estudio es verdaderamente sugerente y plantea algunos puntos de conexión verdaderamente complejos en los supuestos en que el matrimonio ilegal sucede con elementos de extranjería. En tales casos, el Tribunal de instancia debe indagar el Derecho extranjero para determinar en qué medida el matrimonio presuntamente ilegal es, primero, un matrimonio válido. Las corrientes migratorias en la UE, que traen instituciones matrimoniales ajenas a las clásicas de este territorio, hacen particularmente provechosas las reflexiones de la Prof. Aparicio Chofre. Su capítulo se cierra con una tabla de equivalencias entre las disposiciones normativas, verdaderamente de agradecer. Facilita, desde luego, futuros trabajos.

José Franco-Chasán, Profesor en la Universidad Rey Juan Carlos, aborda el siempre interesante tema del duelo (capítulo 20). Su examen hace notar la tensión que subyace en el duelo. Como dice Franco-Chasán, en el duelo subyace una condena *de iure* y una promoción *de facto*. La jurisprudencia del TS asume un papel mediador en esa contradicción, tendente a armonizar el castigo jurídico con el deseo fáctico (p. 853). Destaca el autor la pretensión jurisprudencial de reducir el papel de la institución del duelo, a pesar de las relativamente escasas resoluciones sobre la materia. A un lenguaje cuidado y a la precisión en la escritura se agrega, en el texto del autor, algunas distensiones que hacen la lectura no solo académicamente provechosa, sino también verdaderamente agradable. Buen ejemplo es el epígrafe 7 del capítulo, dedicado al suicidio, las excusas y el Código de Comercio.

Por último, el libro se cierra con el capítulo 21, dedicado a la pena de muerte entre 1870 y 1900. Viene redactado por el Prof. José María Puyol Montero, Titular en la Universidad Complutense de Madrid. El examen del Prof. coincide con las reflexiones de Michel Foucault que en *Vigilar y castigar* (*Vigilar y castigar*, traducción de Garzón del Camino, Siglo XII, Buenos Aires, 2002) hace notar para Francia cómo la pena de muerte (o su ejecución, en realidad) pasa de ser una expresiva vorágine de violencia a un «extraño

secreto» (*ibidem*, p. 23) entre el reo y el Estado.³ En España sucede esto, como hace notar el autor, a finales del siglo XIX. De destacar es cómo el autor enlaza una institución puramente procesal, como es el examen de oficio del asunto por el TS cuando se prevé la pena de muerte, con la humanización que se iba haciendo presente en las normas penales (y, ahora, procesales penales). En un provechoso estudio empírico, el autor expone la realidad de la pena de muerte, que se preveía en la mayor parte de los casos para asesinatos, robos con homicidio y parricidios. Testimoniales eran las penas de muerte en otros delitos. A lo anterior suma el Prof. Puyol Montero, un prolijo examen de algunos elementos esenciales en el castigo capital, como son las atenuaciones y agravaciones de la responsabilidad criminal (pp. 879 y ss.). De interés es el examen particular de la jurisprudencia sobre el parricidio, asesinato y el robo con violencia en las personas (aunque no resulte convincente la subsunción del asesinato como «delito complejo» [p. 883], como sí lo es el robo con resultado de muerte). Destacable es también el análisis de algunas cuestiones procesales, como la jurisprudencia del TS relativa al jurado (p. 886), que puede ser, como dice el autor, objeto de un análisis separado. El capítulo se cierra con un extenso apéndice documental, en que queda condensado lo más relevante de la pena de muerte. Se trata de una saludable aportación que, como las anteriores, facilitará el trabajo de posteriores estudiosos. Su examen es de provecho, además, para las naciones que todavía mantienen la pena de muerte y que ahora podrán encontrar otra rigurosa fuente sobre el Derecho español.

III

En definitiva, la obra dirigida por el Prof. Masferrer supone una muy saludable contribución no solo a la historiografía, sino al Derecho penal del *papel* y de la *vida*: la tarea de interpretar las normas con arreglo a sus antecedentes (obligue a ello o no el art. 3.1 CC) es, desde la publicación de esta obra, mucho más sencilla. La doctrina española puede sentirse orgullosa de contar entre sus filas (no solo a los autores) sino una obra como la que reseño. Solo resta esperar que el Prof. Masferrer y el resto de los autores continúen en la misma línea que traza la obra.

Brian Buchhalter Montero
Universidad Complutense de Madrid

³ «[...] la ejecución misma es como una vergüenza suplementaria que a la justicia le avergüenza imponer al condenado; mantiénese, pues, a distancia, tendiendo siempre a confiarla a otros, y bajo secreto. Es feo ser digno de castigo, pero poco glorioso castigar» (p. 17).