

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de DERECHO

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y CREACIÓN
JUDICIAL DEL DERECHO

Elisa Calcagni

RESUMEN: La Doctrina Parot y el caso Radio Vaticana, representan dos acontecimientos judiciales que extendiéndose más allá de las fronteras de los respectivos ordenamientos, focalizan la atención de los juristas europeos sobre el fenómeno de la creación judicial del Derecho. En estos casos nos encontramos ante un “cono de sombra” del ordenamiento jurídico, debido a una falta de legislación sobre una cierta materia o a un texto legislativo cuyo sentido aparece ambiguo. En estas circunstancias, el poder judicial hace de la actividad interpretativa el medio para tomar decisiones políticas sobre el contenido y alcance de la norma jurídica. Evidentemente, la creación judicial del Derecho representa una falta de los ordenamientos modernos que, aun estando inspirados en las teorías iuspositivistas y aun basándose en el principio de legalidad penal, de hecho producen normas que pueden decirse “creadas” sólo y cuando el intérprete, llamado a expresarse sobre el caso concreto, haya identificado el sentido y el alcance de las mismas. El objetivo que nos proponemos con este trabajo es la localización de un mecanismo que devuelva al legislador, es decir al Pueblo, la última palabra sobre las decisiones políticas que representan la dirección hacia la cual la máquina del Estado tendrá que moverse.

PALABRAS CLAVE: creación judicial derecho; principio legalidad penal; Doctrina Parot;

ABSTRACT: *The Doctrina Parot and the “Radio Vaticana” case represent two judicial events that spread beyond the borders of their respective legal systems and focus the attention of European jurists on the phenomenon of the judicial creation of Law. In these court cases, jurists face a “shadow cone” of the legal system, which is due to the lack of legislation or to the presence of a legislative text whose meaning turns out to be ambiguous. Under these circumstances, the judicial power uses its interpretive activity to take decisions on the content and scope of the legal norm, de facto acquiring a political role. This judicial creation of Law represents a fault of modern legal systems: indeed, even if inspired by positive law theories and based on the principle of criminal legality, in practice it “creates” legal rules only when the interpreter, called to pronounce on a specific case, identifies their sense and scope. The aim of this paper is to identify a mechanism that let legislator to have back the last word on political decisions, which represents the direction towards which the State will have to move to.*

KEY WORDS: *judicial creation of Law; criminal legality; Doctrina Parot;*

SUMARIO: **I. Introducción. II. La fijación de un modelo jurídico de referencia. 1. El modelo iuspositivista: la separación entre derecho y moral. III. El juez y sus prerrogativas. IV. Casos de creación judicial del derecho. 1. La Doctrina Parot entre ciencia y conciencia. 1.1. La STS 197/2006 de 28 de febrero. 1.2. La posición del Tribunal Constitucional. 1.3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Doctrina Parot. 2. El juez italiano y los delitos contra el medio ambiente. 2.1. El caso Radio Vaticana. 2.2. Observaciones críticas a la extensión y alcance del art. 674 CP 2.3. Radio Vaticana y los peligros consiguientes de los delitos de origen judicial. V. La interpretación de la norma jurídica. VI. Conclusiones.**

I. INTRODUCCIÓN.

Los acontecimientos judiciales de los últimos años llevaron a que el 21 de octubre de 2013 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictara una sentencia que anula la aplicación de la doctrina Parot sobre la condena de la etarra Inés del Río, lo que ha provocado el descontento de la opinión pública y ha generado un tema de reflexión para los juristas. La doctrina Parot ha sido sentada por el Tribunal Supremo con sentencia del 28 de febrero de 2006; hasta entonces la redención de la pena de cárcel se aplicaba sobre el total de la pena máxima que un condenado por el Código Penal de 1973 podía pasar en prisión (30 años), mientras que desde 2006 el Tribunal Supremo ha modificado su doctrina, estableciendo que la reducción de los años de cárcel se aplica sobre cada una de las condenas, de modo que extinguida una pena, con las redenciones y beneficios que le puedan ser aplicables, comenzará el cumplimiento de la siguiente, y ello por el orden sucesivo de su respectiva gravedad. La doctrina Parot, aplicándose de forma retroactiva a todas las condenas emitidas según el Código Penal de 1973, había aumentado el tiempo máximo de permanencia en la cárcel de numerosos presos, sobre todo terroristas de ETA, lo cual representaba, de hecho, un paliativo a la necesidad de seguridad social y, al mismo tiempo, una mortificación de la seguridad jurídica de la pena.

La doctrina Parot ofrece la posibilidad de reflexionar sobre una temática extendida no sólo más allá de los meros acontecimientos judiciales en objeto, sino de las mismas fronteras del ordenamiento judicial español, representando un tema de reflexión común a todos los juristas europeos. Por ejemplo, la interpretación jurisprudencial italiana que ha intentado solucionar la ausencia, en el ordenamiento nacional, de una disciplina legislativa que sancionara penalmente el fenómeno de la electropolución, aplicando a la misma la normativa prevista por el artículo 674 CP en materia de “lanzamiento peligroso de cosas”, comparte con la doctrina Parot el mismo interrogante: ¿hasta qué punto la interpretación de una norma jurídica influye sobre la creación de la norma misma? Dicho de otra forma, la originaria concepción que considera “norma” sólo aquella escrita en el texto de la ley y que aparta su momento de creación de la aplicación de la misma, queda vulnerada por la práctica de los órganos jurisdiccionales dirigida a considerar el texto escrito como un mero punto de partida. En la práctica del sistema, el proceso que lleva la norma penal desde su creación por parte del legislador hasta el momento de su aplicación por parte del juez, parece

conllevar en muchas circunstancias la metamorfosis de la norma misma. La interpretación jurisdiccional, entonces, muy lejos de ser una simple actividad mecánica, representa un instrumento de creación del derecho tan fascinante cuanto peligroso.

De aquí deriva la necesidad de reflexionar sobre la especial relevancia de la función atribuida a quien interpreta el texto de la ley para llegar a la aplicación de la misma en el caso concreto y a quien interpreta todos aquellos elementos establecidos por la ley de forma general, para determinar, en concreto, no sólo la forma de ejecución de una pena, sino inclusive la duración de la misma, es decir, los jueces. Surge entonces un segundo y más complejo interrogante sobre cuáles deberían de ser los límites al poder de interpretación de los jueces y si, en los ordenamientos jurídicos modernos, estos límites quedan respetados.

Pero, antes de contestar a estos dos interrogantes e inclusive antes de analizar de forma más profunda cómo se ha llegado a teorizar la doctrina Parot y otros casos de creación judicial del derecho (no sólo españoles), no puede prescindirse de la determinación de unos parámetros generales que cualquier Estado de derecho debería respetar y que, al mismo tiempo, representan los límites de nuestro análisis y un modelo al que haremos referencia. En otras palabras, expresar una opinión crítica sobre la creación judicial del derecho significa en primer lugar tomar una decisión sobre el modelo de sistema jurídico que un determinado Estado debería alcanzar y porqué. En efecto, el objetivo principal de nuestro trabajo no es tanto (o no es sólo) establecer qué hacen en concreto los jueces (es decir si éstos, en el desarrollo de su actividad, crean o menos derecho), sino evaluar si la actividad de creación judicial del derecho parece ser la forma más correcta para conseguir el modelo jurídico deseado.

II. LA FIJACIÓN DE UN MODELO JURÍDICO DE REFERENCIA.

Los ordenamientos jurídicos modernos se han desarrollado alrededor de la relación dialéctica entre “derecho” y “moral”. Entre los autores que con más claridad han abarcado este tema, destaca entre todos Luigi Ferrajoli¹. Ferrajoli, en efecto, diferencia entre “*legitimación externa*” y “*legitimación interna*” del Derecho penal, considerando la primera como el conjunto de todos los criterios de evaluación morales o políticos

¹ FERRAJOLI L. (n. Florencia, Italia, 6 de agosto de 1940) es un jurista florentino y uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, teoría que desarrolló inicialmente en el ámbito del Derecho penal, pero que considera, en general, un paradigma aplicable a la garantía de todos los derechos fundamentales. FERRAJOLI L., *Diritto e Ragione Teoria del garantismo penale*, Bari (Italy), 2011, Editori Laterza, pág. 197 y ss., se define como un “iuspositivista crítico” y elabora un modelo de sistema jurídico al que se hará referencia en este trabajo.

de derivación extra-jurídica, y considerando, por contra, “*legitimación interna*” (o *en sentido estricto*) la que está fundada en principios normativos reconocidos por el ordenamiento positivo. La distinción es la misma que existe entre *justicia* y *validez*: un sistema penal, o inclusive un instituto o práctica jurídica determinados, pueden decirse legítimos, desde un punto de vista externo, si éstos pueden considerarse “justos” según criterios morales, políticos, racionales, naturales o religiosos; por contra, el mismo sistema, instituto o práctica pueden decirse legítimos, desde un punto de vista interno, si pueden considerarse “válidos”, es decir respetuosos de las normas de derecho positivo que regulan su producción.

En la historia del pensamiento jurídico-filosófico, las teorías sobre la justificación del Derecho penal suelen bifurcarse en dos corrientes, es decir, las teorías del *iuspositivismo jurídico*, que separan legitimación externa y legitimación interna, o si se prefiere la justicia de la validez y la moral del derecho, y las teorías del *iusnaturalismo jurídico* que, por contra, confunden las dos formas de legitimación, en el sentido de que consideran la legitimación interna subordinada a la legitimación externa o viceversa.

Considerando que ambos modelos, en su concepción más “pura”, resultan en realidad inalcanzables y que sólo pueden tomarse como fuente de inspiración para mejorar los ordenamientos modernos, la teoría iuspositivista, por las razones que vamos a explicar, parece ser la más garantista y por esto representa el perímetro teórico de este trabajo y el límite necesario de nuestro análisis. En las páginas que siguen se intentará establecer los rasgos característicos de los sistemas jurídicos inspirados en la teoría iuspositivista, y, al mismo tiempo, averiguar porqué se considera que este modelo resulta ser el más adecuado para satisfacer las exigencias de un Estado de derecho.

1. El modelo iuspositivista: la separación entre derecho y moral

A lo largo del siglo XVII y XVIII se empezó a desarrollar entre los juristas la concepción por la que no existe una conexión necesaria entre el derecho “*como es*” y “*como debería de ser*”: el derecho, según dicha teoría, representa simplemente el resultado de “acuerdos legales” que no están predeterminados ni desde un punto de vista ontológico ni desde un punto de vista axiológico, y entonces no tiene por qué reproducir

los valores de la moral o de cualquier otro sistema meta jurídico.² De dicha afirmación de carácter general, Ferrajoli³ hace derivar seis deducciones lógicas: las tres primeras hacen referencia a un problema jurídico de justificación de la norma sin necesidad de recurrir a elementos externos al derecho, es decir, la posibilidad de la norma de justificarse por sí misma. Estas deducciones, que el autor llama *asertivas*, son:

a) “*El derecho válido no es una derivación del derecho justo*”. Esto significa que Ferrajoli considera un “*engaño naturalístico*” toda *ideología*⁴ que define una norma como jurídicamente válida porque es éticamente justa desde el punto de vista subjetivo de quien evalúa, y también toda ideología que considera una norma justa simplemente porque es válida en el sistema jurídico en el que la misma se ha producido. La primera ideología “*engañososa*” es la que lleva a formas de moralismo jurídico, mientras que la segunda suele llevar a formas de estatismo ético.

b) “*La justicia no es condición necesaria ni suficiente de la validez de la norma*”. Dicha deducción, según Herber L. A. Hart, es un “*dado de hecho que permite a los juristas tener una visión más clara*” de la realidad jurídica.⁵ El presupuesto de dicha tesis es que nos encontremos en un sistema de derecho *completamente positivo*: es decir, en un sistema en el que existan normas que regulen la creación de otras normas, de forma que de cada norma del ordenamiento (a excepción de la Constitución) sea posible afirmar su validez e invalidez en función de otras normas del ordenamiento mismo. Este presupuesto se ha alcanzado con aquel fenómeno moderno que es el monopolio estatal de las fuentes de producción y

² La concepción del iuspositivismo jurídico como doctrina de la separación entre derecho y moral corresponde al segundo de los cinco significados de “iuspositivismo jurídico” indicados por HART H.L.A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, Harvard Law Review, 1958, pág. 119-120: “El iuspositivismo jurídico es la teoría según la cual no es necesario bajo ningún concepto que las leyes satisfagan las exigencias de la moral, aunque en la práctica pueda ocurrir que esto pase”. Esta concepción afirmado también por CATTANEO M.A., *Il positivismo giuridico inglese*, cit. en *Novissimo Digesto Italiano*, 1966, vol. XIII, pág. 320-321 – es típica de la tradición del iuspositivismo inglés, sobre todo del pensamiento de BENTHAM J., *A Fragment on Government, or a Comment on the Commentaries*, 1776, en *Works of Jeremy Bentham*, Bowring J., Edinburgo, 1838-1843, pág. 238, en el que se hace una diferenciación entre derecho “as it is” y derecho “as it ought to be”; y del pensamiento de AUSTIN J., *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, a cargo de H. L. A. Hart, Library of Ideas, London, 1954, pág. 184: “The existence of law is one thing; its merit or demerit is another”. La misma teoría ha sido compartida, en épocas más cercanas, por KELSEN H., *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (1945), y por BOBBIO N., *Intervento alla tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Giuffrè, Milano (Italy) 1967, pag. 70: en el que define “Il positivismo giuridico come lo studio avalutativo del diritto reale o quale è o come fatto”.

³ FERRAJOLI L., *Diritto... cit.*, pág. 204 y ss.

⁴ La definición, dada por Ferrajoli, de *ideología* como “teoría o doctrina lógicamente engañosa porque considera (equivocadamente) que el *ser* es una derivación del *deber ser*” o viceversa, parece una reelaboración fiel del concepto marxista de *ideología* como “mala conciencia”.

⁵ HART H.L.A., *Positivism... cit.*, pág. 116.

convalidación jurídica, que se ha llevado a cabo entre finales del siglo XVIII y los primeros años del siglo XIX, gracias, sobre todo, a las codificaciones y a la creación de las constituciones. Máximo ejemplo de dicho fenómeno es la incorporación en los “Estados de derecho” del *principio de legalidad*, según el cual todos los poderes públicos están sometidos a la ley y todas las normas son válidas en tanto que con respeto a las formas, a las condiciones y por los poderes legalmente establecidos.⁶ Es precisamente agarrándose al principio de legalidad que los autores y filósofos de la Ilustración llegan a reivindicar políticamente las garantías de los ciudadanos frente al Derecho penal: en este sentido T. Hobbes afirma que no es la moral, ni la naturaleza, ni la justicia y tampoco “aquella *iuris-prudentia* o sabiduría de jueces desordenados que hacen la ley, sino la razón de este nuestro hombre artificial, es decir el Estado”.⁷ Antes de seguir en nuestro análisis, es importante subrayar y tener en mente que cuanto más se esfuerza un ordenamiento jurídico por desarrollarse alrededor del principio de legalidad más cerca estará de aquel “sistema ideal” que asumimos como modelo, por el contrario si aumenta el número de excepciones al principio en cuestión, tanto a nivel teórico como a nivel práctico, será necesario un esfuerzo mayor para volver a acercarse al resultado deseado. En este sentido, este trabajo está enfocado a arrojar luz sobre algunas contradicciones internas de los sistemas modernos que, menoscabando de forma más o menos evidente y más o menos inevitable el principio de legalidad, pagan el precio de un alejamiento del modelo asumido, cada vez más preocupante.

c) “*El punto de vista interno y el punto de vista externo al derecho son independientes entre ellos y el uno no excluye el otro*”. La independencia recíproca entre derecho y moral no sólo permite que la una pueda existir sin el otro, sino que los dos puedan coexistir entre ellos, de forma que el derecho no es, y no puede ser, negación de la moral y viceversa. Esto significa que la moral, siendo algo diferente respecto al derecho, aunque no pueda reemplazarle, sí puede ofrecer una visión crítica del mismo, llegando hasta el punto de hacer que surja una necesidad de modificación o sustitución del mismo, pero siempre basándose en el respeto a las formalidades y condiciones de validez interna. Esta función de crítica del derecho que la moral puede representar en algunos casos y épocas, es exactamente lo que hacía que

⁶ FERRAJOLI L., *Diritto... cit.*, pág. 227.

⁷ HOBBS T., *Leviathan*, Public Domain, London 1679, pág. 397.

Cesare Beccaria⁸ pudiera preguntar: “¿cuáles son estas leyes que tengo que respetar, que dejan un intervalo tan grande entre yo y el rico? ¿Quién ha hecho estas leyes? Hombres ricos y poderosos (...) Hay que romper estas uniones fatales a la mayor parte y útiles a algunos pocos e indolentes tiranos, hay que atacar la injusticia en su manantial.”⁹ A estas leyes, que Beccaria define como “el desagüe de los siglos más bárbaros”¹⁰, puede contraponerse la independencia de un juicio externo, capaz de dar voz a la “indignación de la verdad”, que es el presupuesto de toda voluntad de progreso. De forma aún más explícita, Voltaire afirma “¿Queréis unas leyes buenas? Quemad las vuestras y haced unas nuevas”.¹¹ Entonces, la posibilidad de la norma de justificarse por sí misma, como consecuencia de la tercera deducción asertiva, no significa un poder absoluto (en el sentido latino del término de *ab-solutos* “libre de vínculos” o “sin vínculos”) del derecho, sino que representa la premisa necesaria a una visión crítica del mismo.

Una vez establecido el contenido de las tres deducciones asertivas, hay que determinar, desde un punto de vista axiológico, lo que conlleva la separación entre derecho y moral. En otras palabras, una vez afirmado que la norma jurídica puede justificarse por sí misma y que la moral puede representar un punto de vista crítico del derecho, pero siempre externo al mismo, hay que preguntarse cuál es el objetivo que el derecho persigue, es decir cuál es su finalidad. Como se ha dicho, según la visión laica y liberal asumida por Ferrajoli, el derecho y el Estado no sólo no poseen ni representan “valores” de por sí, sino que “tampoco tienen que poseer finalidades éticas independientes del interés o utilidad de los ciudadanos”. El Estado, entonces, se justifica exclusivamente en la persecución de utilidades prácticas,

⁸ BECCARIA C. (Milán, 15 de marzo de 1738 - ibidem, 28 de noviembre de 1794), fue un literato, filósofo, jurista y economista italiano. Después de publicar algunos ensayos de economía, publicó *De los delitos y las penas* en 1764, un breve escrito que tuvo mucho éxito en toda Europa, particularmente en Francia, donde obtuvo el aprecio entusiasta de los filósofos enciclopedistas. Partiendo de la teoría contractualista, que funda sustancialmente la sociedad sobre un contrato encaminado a salvaguardar los derechos de los individuos, garantizando el orden, Beccaria definió los delitos como violaciones de este contrato. La sociedad en conjunto goza por tanto del derecho a defenderse, el cual se debe ejercitar con medidas proporcionales a los delitos cometidos (principio de la proporcionalidad de la pena); por otro lado, Beccaria propugnaba la abolición de la pena capital pensando que esta es una violación del principio de indisponibilidad de la vida humana y sostenía también que tanto los delitos como las penas deben ajustarse al principio de legalidad.

⁹ BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, Torino, 1994, pág. 66: “*Quali sono queste leggi ch'io debbo rispettare, che lasciano un così grande intervallo tra me e il ricco? Chi ha fatto queste leggi? Uomini ricchi e potenti (...) Rompiamo questi legami fatali alla maggior parte ed utili ad alcuni pochi ed indolenti tiranni, attacchiamo l'ingiustizia nella sua sorgente.*”

¹⁰ Ibidem “*queste leggi, che sono uno scolo de' secoli i più barbari*”.

¹¹ Voltaire seudónimo de AROUET F.-M., *Dictionnaire philosophique*, Paris, Flammarion, 2010, pág. 566: “*Voulez vous de bonnes lois? Brûlez les vôtres et faites-en de nouvelles*”.

representadas, en primer lugar, por la garantía de los derechos y seguridad de las personas. Este principio conlleva que “la inmoralidad pueda ser asumida sólo como condición necesaria, pero nunca como condición de por sí suficiente para justificar políticamente la intervención forzosa del Estado en la vida de los ciudadanos”.¹²

En el ámbito del derecho penal, el *principio del utilitarismo jurídico* se ha expresado históricamente en tres *deducciones axiológicas* que hacen referencia, respectivamente, a la concepción de *delito*, de *proceso* y de *pena*. En primer lugar, con referencia al *delito*, es decir, a la justificación de la legislación penal, este principio conlleva que: a) “*el derecho penal no tiene como finalidad imponer o reforzar una dada moral, sino impedir la comisión de hechos perjudiciales para las personas*”. Para que se pueda prohibir una acción dada, no será suficiente, a lo sumo necesario, que el comportamiento en objeto se considere “inmoral”: dicho con otras palabras, se puede elegir no sancionar una conducta porque la misma no se considera reprochable, pero bajo ningún concepto se puede prohibir una acción sólo porque sea reprochable, sin que la misma haya dañado los bienes jurídicos de los (o de algún) ciudadanos. En efecto, el Estado no tiene que entrometerse de forma coercitiva en la vida moral de los ciudadanos y tampoco promover su moralidad forzosamente, sino simplemente amparar la seguridad social, evitando que los ciudadanos se dañen los unos a los otros.¹³

En segundo lugar, por lo que hace referencia al proceso y a los problemas de justificación de la jurisdicción, se afirma que: b) “*el juez no tiene que investigar sobre el alma del imputado, sino averiguar si efectivamente ha cumplido los hechos prohibidos*”. El principio de la separación de poderes conlleva que el objeto del juicio no puede ser el carácter u otro elemento sustancial de la personalidad del reo, sino de determinar los hechos concretos que se le imputan: un ciudadano puede ser juzgado sólo *por lo que ha hecho* y nunca *por lo que es*. Para que el juicio sea de simple “cognición” no es suficiente que los delitos estén establecidos por la ley según el mero principio de legalidad, sino que las mismas conductas delictivas consistan en hechos empíricos concretos según el principio de legalidad *en sentido estricto*, de forma que las diferentes tesis judiciales, sobre el mismo hecho, se puedan comprobar o computar de forma sencilla.

¹² FERRAJOLI L., *Ibidem*.

¹³ HOBBS T., *Leviathan... cit.*, pág. 287, “*Finalidad de las leyes es evitar que los ciudadanos se dañen entre ellos*”.

Finalmente, la tercera deducción axiológica establece que: c) “*la pena no puede tener ni contenidos ni finalidades de corrección moral*”. Si “el derecho penal no tiene como finalidad imponer o reforzar una dada moral” y “el juez no tiene que investigar sobre el alma del imputado”, entonces, en perfecta armonía con lo que hemos dicho hasta ahora, la ejecución de la condena no tiene que perseguir la transformación moral del condenado. El Estado, si por un lado no puede obligar los ciudadanos a no ser malvados, sino sólo a no ocasionar daño a los demás, y por otro lado tampoco puede reeducar o redimir la personalidad de los culpables, las penas, entonces, no tienen que perseguir finalidades pedagógicas, sino que tienen que ser sanciones preestablecidas y no agravantes con tratos personalizados que tengan finalidades éticas o terapéuticas.

Podemos concluir, entonces, que las tres deducciones axiológicas que acabamos de analizar definen en su conjunto las finalidades de tutela y prevención del derecho penal y al mismo tiempo los límites que justifican su intervención en un sistema garantista. Las tres deducciones, además, reflejan una ética liberal porque están fundadas en la libertad de conciencia de los individuos, en su igualdad ante la ley y en la minimización de la violencia punitiva. Puede decirse, entonces, que lo que caracteriza la teoría iuspositivista, que representa nuestro modelo de referencia, es la concepción del Estado y del derecho positivo no como “fines” o “valores” por sí mismos ni, tampoco, como expresiones de una dada moral, sino como *instrumentos de garantía* de aquellos contenidos y de aquellos valores que el derecho natural, como fuente externa al derecho positivo y al Estado, considera merecedores de amparo.

III. EL JUEZ Y SUS PRERROGATIVAS.

Una vez establecido el modelo jurídico de referencia, una segunda premisa necesaria de nuestro análisis es la definición exacta de todas las prerrogativas del juez y la determinación de la función que el mismo tiene (o debería tener) en un sistema iuspositivista. En este sentido, es posible establecer cuatro aspectos o dimensiones del poder judicial:

1. El poder de denotación o verificación jurídica;
2. El poder de comprobación de los hechos;
3. El poder de discernimiento según equidad;

4. El poder de disposición y evaluación ético-política.

Las tres primeras son complementarias entre ellas, en el sentido de que la extensión de una prerrogativa conlleva la extensión de las demás. Todavía, si las tres superan unos determinados límites, pueden degenerar en el poder de disposición, en el que ya no hay denotación jurídica, comprobación probatoria o discernimiento según equidad, sino sólo arbitrariedad decisional. Esto significa que cada prerrogativa tiene que ejercitarse entre límites determinados, para evitar que el poder judicial se convierta en el poder de formular evaluaciones ético-políticas.

Por lo que hace referencia al *poder de verificación jurídica*, éste se sustancia en una clasificación jurídica de los hechos empíricos que, como ya se ha dicho, encuentra su limitación natural en el principio de legalidad, cuya consecuencia en Derecho penal es la reserva absoluta de ley penal en cuanto a la creación y definición de los delitos y al establecimiento de las penas.¹⁴ Evidentemente, la idea de la claridad, simplicidad, coherencia y del número limitado de leyes, sobre todo penales, representa un objetivo que nunca puede alcanzarse por completo, porque en la interpretación de la ley siempre hay un margen de incertidumbre y por lo tanto de arbitrariedad. Para utilizar una expresión de Herbert Hart, puede decirse que en todas las leyes existe “*alrededor de un núcleo luminoso, una zona de penumbra que cubre los casos discutibles en los que las leyes no resultan aplicables de forma clara, pero tampoco puede excluirse con seguridad que estas vayan aplicadas*”.¹⁵ Evidentemente, un ordenamiento que deja que la “zona de penumbra” se expanda de forma descontrolada, renuncia al mismo tiempo a poner unos límites al poder de denotación o verificación jurídica y lo remite a la arbitrariedad del juez. El *poder de comprobación de los hechos* encuentra sus límites en una regla semántica de formación del lenguaje jurisdiccional dirigido a asegurar la averiguación de los hechos. Básicamente, se trata de reglas procesales que el juez tiene que respetar a la hora de establecer si una determinada hipótesis fáctica pueda decirse verdadera o falsa.¹⁶ El *poder de discernimiento según equidad* se sustancia en la evaluación de las

¹⁴ El art. 1, párrafo I, del Código Penal español establece que “*no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración.*” El art. 1, Código Penal italiano, establece que “*nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge*”.

¹⁵ HART H.L.A., *Positivism... cit.*, pág. 209.

¹⁶ Un ejemplo está representado por el art. 65 CP. italiano en el que se establece que “*la autoridad judicial comunica a la persona sometida a las investigaciones, en forma clara y precisa, el hecho que se le atribuye y le comunica los elementos de prueba existentes contra de ella*”.

circunstancias del caso concreto que la ley no puede prever *ex ante* y que el juez tiene que valorar cada vez. Es importante subrayar como el “discernimiento según equidad” no es una operación extraordinaria, *extra* o *contra-legem*: legalidad y equidad pueden considerarse dos aspectos diferentes, pero complementarios, del conocimiento judicial. Los límites del poder de discernimiento según equidad están representados por las agravantes y atenuantes establecidas por la ley y por los límites máximos y mínimos de pena entre los cuales el juez puede operar una evaluación “según equidad”. En fin, cuando el poder de denotación o verificación jurídica, el poder de comprobación de los hechos y el poder de discernimiento según equidad operan fuera de los límites establecidos por la ley o cuando la ley misma no establece limitaciones para el ejercicio de dichos poderes, el poder de disposición y evaluación ético-política llega a ser el único poder que el juez efectivamente ejerce.

Está claro que establecer un sistema ideal representa una premisa necesaria de todo tipo de análisis, siendo fundamental tener un “punto de partida” para expresar valoraciones y juicios, pero, al mismo tiempo, el modelo de referencia sirve como “punto de llegada” que el ordenamiento intenta alcanzar, es decir, como un verdadero estímulo y fuente de inspiración. Haciendo referencia, por ejemplo, a la función del juez en un ordenamiento inspirado a “nuestro” modelo de referencia, resulta evidente que existen técnicas jurídicas idóneas para acercar al juez de nuestro ordenamiento jurídico a aquel juez ideal que actúa en el derecho, entre sus límites y según sus reglas, sin tener que expresar valoraciones político-ideológicas que no le competen. Básicamente, todo depende de la prerrogativa del poder judicial que el ordenamiento, en concreto, fomenta y de los instrumentos que entrega al juez para ejercer dichas prerrogativas. En el capítulo siguiente, por el contrario, se verá qué sucede en los *casos de creación judicial del derecho*, cuando el ordenamiento jurídico se aleja del modelo de referencia y las problemáticas analizadas hasta ahora se cruzan entre ellas.

IV. CASOS DE CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO:

1. La “doctrina Parot”, entre ciencia y conciencia

La “doctrina Parot” lleva el nombre de un terrorista de ETA, Henri Parot, que interpuso ante el Tribunal Supremo de España el recurso n. 598/2005, ante la negativa de la Audiencia Nacional a convertir en una sola sus 26 condenas. Antes de empezar el análisis de la STS 197/2006, de 28 de febrero, con la que el Tribunal Supremo

ha sentado la tan controvertida doctrina, son necesarias algunas premisas sobre los institutos jurídicos relacionados con dicha sentencia y que han sido en parte modificados por la misma.

En primer lugar, es importante subrayar *que los hechos por los que Henri Parot había sido condenado se presentaban en forma de concurso real de delitos*. Para un exacto enfoque jurídico de los hechos, es necesario precisar la diferencia, en el ordenamiento español, entre concurso ideal y concurso real de delitos. El concurso ideal se da cuando el autor mediante una y la misma acción viola varias leyes penales o varias veces la misma ley penal.¹⁷ A diferencia del ideal, en el concurso real existen dos o más acciones del sujeto. Para su apreciación son necesarios dos presupuestos: uno de Derecho penal sustancial, que un mismo autor haya realizado dos o más acciones que constituyan varios delitos independientes; y otro de Derecho procesal: es decir, la exigencia de la “conexidad”, sobre la que volveremos en este mismo párrafo. El tratamiento del concurso real parte del principio de *acumulación material*: al culpable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo si fuera posible (art. 69 CP de 1973 y art. 73 CP de 1995), y cuando no lo es, *las cumplirá sucesivamente, siguiendo el orden de su respectiva gravedad* (art. 70.1.ª CP de 1973; art. 75 CP de 1995). Ahora bien, puesto que la legislación española no cuenta en su catálogo de penas con la de reclusión perpetua, el legislador dibuja un sistema de limitaciones temporales para el cumplimiento de las diversas penas que hayan sido impuestas al culpable, *cuando todas ellas no puedan ser cumplidas simultáneamente*. En el ámbito de la ejecución de las penas, la refundición (*rectius* acumulación)¹⁸ de condenas (art. 70.2.ª CP de 1973; art. 76 CP de 1995) constituye, entonces, uno de los instrumentos más importantes para la reducción del tiempo de cumplimiento efectivo de las condenas en los casos de concurso real de delitos. La refundición o acumulación de condenas es un procedimiento por el que, respecto de una pluralidad

¹⁷ SAINZ CANTERO J. A., *Delito. Concurso de delitos*, Gran Enciclopedia Rialp, 1991.

¹⁸ Los términos *acumulación* y *refundición* están algo confundidos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La refundición se prevé en el artículo 76 del Código Penal (antiguo artículo 70.2 del derogado Código Penal). Por el contrario, en el ámbito penitenciario se conoce como acumulación o enlace de condenas la suma aritmética de todas las penas que se están cumpliendo para considerarlas como una única, a efectos de la concesión de la libertad condicional, pero sin suponer ningún recorte o limitación en su cumplimiento, según se prevé en el artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario. Sin embargo, la terminología oficial de las Instituciones Penitenciarias es justamente la inversa. De todos modos, el Tribunal Supremo en su sentencia resuelve el problema como si el mismo se fundamentara en una correcta interpretación del art. 70 CP (art. 76 del nuevo CP).

de condenas impuestas, se establecen dos toques máximos de cumplimiento: un límite marcado por el hecho de que *el tiempo de cumplimiento no podrá exceder del resultado de multiplicar por tres la mayor de las penas en que haya incurrido el condenado*; y otro límite que ha variado en las sucesivas versiones del Código Penal:

1. En el Código Penal de 1973 (vigente hasta 1995): la pena máxima es de 30 años de prisión. (art. 70, II com.).

2. En el Código Penal de 1995: la pena máxima es de 20 años de prisión con tres excepciones. Son las siguientes:

a) Hasta 25 años si el condenado ha cometido dos o más delitos y alguno de ellos está castigado con una pena de hasta 20 años (artículo 76).

b) Entre 20 y 30 años si el criminal, perteneciendo a una banda armada, organización o grupo terrorista, ha provocado la muerte de una persona (artículo 572).

c) Hasta 30 años si el criminal ha sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos tiene una pena de más de 20 años de prisión (artículo 76).

3. Tras la reforma de 2003 del Código Penal de 1995: la pena máxima se amplía a 40 años en dos casos (modificación del artículo 76):

a) cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos dos de ellos, estén castigados con una pena de prisión superior a 20 años.

b) cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo y alguno de ellos esté castigado con una pena de prisión superior a 20 años.

Como ya hemos matizado, lo más trascendente para estimar, o no, una solicitud de refundición de condena, es determinar si concurre, o no, la exigencia de la “conexidad”. Los criterios para determinar si dos delitos pueden considerarse conexos y si, consecuentemente, pueden aplicarse los toques máximos de cumplimiento establecidos por ley, han sido objeto de una interpretación extensiva a lo largo del tiempo. Recientemente, ha empezado a surgir una línea jurisprudencial que establece que los principios constitucionales que prohíben las penas degradantes y propugnan la reeducación y la reinserción social de los penados, han de prevalecer sobre la estricta interpretación de la conexidad, sobre todo cuando el total de las condenas excedería de los 30 años antes, o de los 20, ahora (sentencia del Tribunal Supremo

de fecha 27 de diciembre de 1994). Esto significa que, actualmente, ni si quiera el carácter firme de una de las condenas y la consecuente ausencia de conexidad entre delitos independientes, pueden impedir que se apliquen los topes máximos de cumplimiento de las condenas.

En consideración con el hecho de que las limitaciones de condenas ya no representan una norma de aplicación residual, sino la regla general aplicable en cada ejecución de sentencia condenatoria, se ha discutido si el resultado de la acumulación es una nueva pena de consideración única o si, por el contrario, se trata simplemente de una suma aritmética de unas penas que siguen manteniendo su propia sustantividad, si bien quedan extinguidas aquéllas que sobrepasan el triplo de la más grave o el tope legalmente señalado. La cuestión, como veremos, ha tenido y tiene importantes repercusiones prácticas, siendo el objeto central del cambio de jurisprudencia del Tribunal Supremo sentado en la doctrina Parot.

Lo cierto es que se había consolidado, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la STS 197/2006 de 28 de febrero, la teoría de aplicar los límites máximos de cumplimiento de condena como si se tratara de una única pena, de manera que, era lo mismo cumplir una pena que varias, o que muchas, porque los efectos en cuanto a su cumplimiento eran los mismos, aplicándose la reducción de los años de cárcel sobre la pena máxima que el preso podía cumplir en prisión. Así, por ejemplo, un preso condenado a 120 años de prisión por cuatro crímenes (30 años por delito), sólo cumplía el máximo de 30. Era como si todas las condenas se refundieran en una única de 30 años, a partir de los cuales se aplicaba la redención de penas (un día menos en la cárcel por cada dos de trabajo en ella).

1.1. La STS 197/2006 de 28 de febrero.

El caso de Henri Parot, miembro de ETA condenado 26 veces por delitos de terrorismo, llevó al Tribunal Supremo a cambiar por completo la interpretación del contenido y alcance del art. 70 del Código Penal, en su versión de 1973, coincidente esencialmente con el vigente art. 76 CP.. Básicamente, con la doctrina Parot, el Tribunal Supremo establece que la reducción de los años de cárcel se aplica sobre cada una de las condenas. Así, por ejemplo, primero se toma la condena más larga (por ejemplo, 30 años) y sobre esa se aplica la redención de penas; si el preso redime, por ejemplo, 10 años, al cumplir 20 en prisión, se empezaría a contar la segunda

condena en gravedad (por ejemplo, de 15 años) y sobre esa se vuelven a aplicar las redenciones que proceden y así con todas las condenas hasta llegar al máximo de 30 años que el preso podía pasar en la cárcel por el Código de 1973.¹⁹

La argumentación formulada en la sentencia²⁰ del Tribunal Supremo, aunque estimara el recurso de casación formalizado por Henri Parot y, finalmente, estableciera la acumulación de todas las penas conexas para su cumplimiento sucesivo por el condenado, de hecho, conllevaba la extensión del tiempo máximo de su permanencia en la cárcel, no fue compartida por todos los magistrados de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo. En efecto, los magistrados José Antonio Martín Pallín, Joaquín Giménez García y Perfecto Andrés Ibañez redactaron un voto particular en el que criticaron la nueva doctrina sentada por el Tribunal Supremo, afirmando: *“discrepamos del criterio de la mayoría, pues lo que propone como una mera interpretación innovadora de la regla 2ª del artículo 70 del Código Penal de*

¹⁹ Esta forma de proceder se ha aplicado en multitud de ocasiones en otros casos que no son propiamente de terrorismo. Así, por ejemplo, y sin intención alguna de ser exhaustivos, se ha seguido esta interpretación en las SSTs 924/2006, 108/2008, 898/2008, 917/2009, 1076/2009 y 195/2010, y últimamente en la STS 208/2011, de 28 de marzo (junto a la de 3 de mayo de 2011).

²⁰ *“a) una primera aproximación gramatical nos conduce a tener presente que, en modo alguno, la ley penal considera la limitación de treinta años (ahora de veinte años o las excepcionales) como una nueva pena, y que sobre ella se aplican las redenciones de que pueda beneficiarse el reo; (...); b) todo lo contrario: pena y condena resultante son dos módulos diferentes; la terminología del Código se refiere a la limitación resultante con el término de “condena” (cumplimiento efectivo de la condena del culpable, y no como “pena”), de modo que construye los diversos máximos de cumplimiento de tal condena con respecto a las respectivas “penas” impuestas, tratándose de dos módulos distintos de computación, que se traducen, conforme a la regla primera, en el cumplimiento sucesivo de las diversas penas por el orden de su gravedad (módulo denominado “condena”), hasta llegar a los dos tipos de máximos que diseña el sistema (el triple del tiempo de la más grave de las penas que se le impusieren o, en todo caso, el aludido de treinta o veinte años); c) esta interpretación resulta también de la forma con que el Código se expresa, declarando extinguidas (es decir, dejando de cumplir) las que procedan (esto es, las siguientes en el orden citado) desde que las ya impuestas (en plural, y que quiere decir, cumplidas) cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años; d) que los referidos veinte años (antes 30), no se convierten en una nueva pena distinta de las anteriores impuestas al reo, se demuestra también porque la condena total resultante se encuentra englobada bajo los parámetros de un concurso real, resultado de la aplicación del art. 73 (antes 69) del Código Penal (pues al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, o sucesivo, por las reglas de los arts. 75 y 76), sin embargo en nuestro sistema jurídico-penal solamente resulta una nueva pena distinta de las diversas infracciones cometidas, como consecuencia de la aplicación de un delito continuado (ex art. 69 bis, hoy art. 74), o de un concurso ideal (medial o pluri-ofensivo, ex art. 71, hoy art. 77), cuya construcción dogmática permite afirmar que resulta una nueva pena distinta y diversa de las correspondientes a las infracciones cometidas; e) teleológicamente, porque carecería de cualquier sentido que por el expresado camino de la acumulación se convirtiera en una nueva pena única de treinta o veinte años, un amplio historial delictivo, igualando injustificadamente al autor de un solo delito con el condenado a una multitud de ellos. En efecto, carecería de cualquier lógica que por tal regla significase punitivamente lo mismo, cometer un asesinato que doscientos; f) y, para terminar con el razonamiento, procesalmente es lo que determina con toda claridad el art. 988 Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim.), pues con esta operación lo que se hace es fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas (dicho así en plural por la ley), «determinando el máximo de cumplimiento de las mismas» (expresado de igual forma así de claro).”*

1973, es, en realidad, una alteración drástica del sentido de la norma y de su contexto prescriptivo.” Las críticas expresadas no sólo merecen ser compartidas, sino que sirven para matizar cuánto lábil pueda ser el confin entre interpretación y creación de la norma y qué fuerte puede ser en el juez la tentación de ir más allá de los límites impuestos a su función jurisdiccional.

Los magistrados empiezan poniendo de manifiesto cómo el sentido que la mayoría de la Sala Segunda del Tribunal Supremo quiere atribuir al artículo 70 del Código Penal de 1973 (coincidente con el vigente art. 76) no está apoyado ni en el criterio gramatical, como el Tribunal intenta demostrar, ni tampoco en atención a la ubicación sistemática del precepto en el contexto normativo. En efecto, afirman los magistrados que el hecho de que el art. 70 no puede hacer referencia a una suma aritmética de penas que siguen manteniendo su propia sustantividad, está confirmado por la misma conducta tenida en cuenta por el legislador, que, con Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio, ha tomado unas “medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”. Con dicha Ley, el legislador introdujo el artículo 78 CP (que todavía sigue vigente)²¹, que, por un lado, confirma la regla general de la “unidad punitiva” a extinguir por el reo, sobre la que operará por regla general la redención de penas por el trabajo, y, por el otro, introduce unos casos especiales (entre los cuales se encuentran los delitos de terrorismo) en los que el legislador establece el cumplimiento de todas y cada una de las penas impuestas hasta llegar al máximo establecido por ley, aplicando directamente sobre la totalidad de las penas impuestas en las sentencias “los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la

²¹ El art. 78 CP, redactado por el número tres del artículo primero de la L.O. 7/2003, de 30 de junio, “de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas” (B.O.E. 1 julio), establece que: “1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. 2. Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. 3. En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable: a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena. B) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.”

clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional".²² Está claro, entonces, que si el legislador quiso establecer con la reforma de 2003 unos casos especiales de *cumplimiento íntegro de la pena*, ésto significa que la regla general expresada por el art. 70 CP (y, ahora, por el art. 76), es la de aplicar los límites máximos de cumplimiento de condena como si se tratara de una única pena, de tal modo que la reducción de los años de cárcel se realizaría sobre la pena máxima que el preso puede cumplir en prisión.

En segundo lugar, los magistrados en el voto particular expresado por ellos, subrayan que *"en fechas aún no lejanas, todos los tribunales españoles, es decir, todos sin excepción, éste incluido cuando entró en vigor el Código Penal de 1995, tanto al enjuiciar los casos pendientes en ese momento, como en el trámite de revisión de las condenas en curso de ejecución, para determinar la ley penal más beneficiosa, partieron del dato normativo, nunca cuestionado, de que sobre la pena resultante de la aplicación de la regla 2ª del art. 70 del Código Penal de 1973 tendría que incidir la redención de penas por el trabajo"*. Con esta afirmación se pone de manifiesto cómo, hasta la STS 197/2006 de 28 de febrero, no sólo el texto de la ley aparecía claro, sino la misma interpretación que de éste se daba resultaba incontrovertible.²³ De hecho, añaden los magistrados, el mismo Ministerio Fiscal, recurriendo la resolución dictada por la Audiencia Nacional, solicitó que se anulase la insólita e insostenible refundición llevada a cabo por ese Tribunal, al estimar que la agrupación de la pena en dos bloques de treinta años cada uno era contraria a Derecho, dando, además, por supuesto que nada se oponía a que a la pena máxima legal de treinta años se aplicasen las redenciones a que hubiera lugar, según ese criterio uniformemente observado y nunca discutido.

Pero, la más significativa de las críticas que los magistrados disidentes dirigen contra la doctrina sentada por la sentencia en cuestión, es que la misma *"equivale, lisa y llanamente, a aplicar de manera tácita -y retroactiva en perjuicio del reo- el art. 78 del Código Penal de 1995, en su actual redacción debida a la LO 7/2003"*. En otras

²² Es decir que *si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas*, los beneficios serían absolutamente ineficaces, aunque el tercer inciso del artículo 78 siempre permite que si el pronóstico es bueno, siga el régimen normal, con algunas limitaciones por los delitos de terrorismo.

²³ Entre las sentencias citadas por lo magistrados disidentes destaca la STS de 15 de septiembre de 2005 que declara que la pena acumulada *"opera ya como una pena nueva resultante y autónoma, y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la ley como son la libertad condicional, permisos de salida (...)"*. Lo más significativo de esta resolución es que la misma se refiere no al Código Penal de 1973 sino al de 1995.

palabras, con la STS 197/2006 de 28 de febrero, el Tribunal Supremo, fundamentándose en el art. 3, párrafo I, del Código Civil²⁴, efectúa un cambio de criterio que no sólo no respeta el sentido de la norma en cuestión (que permite el recurso a la jurisprudencia evolutiva sólo cuando la necesidad del cambio pueda desprenderse de la evolución del ordenamiento jurídico *en su totalidad* y no pueda justificarse en la exigencia de adoptar decisiones puntuales que no se fundamentan en razones jurídicamente aceptables), sino que resulta totalmente ilegítimo, porque:

1. la innovación interpretativa es contra el reo;
2. incorpora una filosofía de cumplimiento íntegro de las penas, ajena al Código Penal de 1973;
3. puede ser fuente de trato diferencial de situaciones penitenciarias equivalentes, en una materia, como ésta, que afecta de manera tan intensa al bien fundamental de la libertad personal.

Como bien se afirma en el voto particular, *“es claro que tal giro interpretativo tiene que ver con la llamativa singularidad del caso concreto, es decir, con el sanguinario historial del recurrente y su cruel autocomplacencia en lo realizado. Y que tampoco es ajeno al comprensible eco de ambos factores en los medios de comunicación y en la opinión pública”*.

Las críticas realizadas a la doctrina sentada por la mayoría de la Sala sintetizan todas las problemáticas relacionadas con la creación judicial del derecho y merecen algunas reflexiones. En primer lugar parece claro, y por otro lado no puede negarse, que la interpretación del art. 70 CP llevada a cabo por la jurisprudencia (inclusive la del TS) hasta la STS 197/2006 de 28 de febrero, ha tenido un papel central en la *creación de la norma jurídica*. En otras palabras, la norma contenida en el art. 70 CP representa, sin duda, uno de aquellos casos en los que el poder de creación de la norma jurídica no ha sido ejercitado en exclusiva por el legislador, sino compartido entre éste y el juez. En efecto, el texto de la ley afirmaba simplemente que *“el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las*

²⁴ El art. 3, párrafo I, del Código Civil establece: *“las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*.

ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 30 años (...)”, dicho texto no se prestaba de por sí a una interpretación unívoca, sino que dejaba un margen de incertidumbre que el juez estaba llamado a disipar, estableciendo que la pena máxima de 30 años tenía que entenderse como “unidad punitiva” sobre la que aplicar la redención de penas . Ahora bien, esto ya representa de por sí una primera violación del principio de legalidad porque se ha dejado que otro sujeto diferente del representante de la voluntad popular, eligiera entre dos posibles interpretaciones de la norma, dejando un inevitable margen de discrecionalidad en las manos del poder judicial. Pero mientras dicha violación “inicial” del principio de legalidad puede considerarse, por lo menos en parte, excusable, en consideración del hecho de que entre dos interpretaciones posibles de la ley se ha elegido la más favorable al culpable (respetando el principio general de derecho que establece “*in dubio pro reo*”), por contra, una violación mucho más grave del principio de legalidad se ha cometido con la doctrina Parot. En efecto, con la nueva doctrina se ha llevado a cabo un cambio drástico en la interpretación de la norma con un desprecio total del principio de legalidad formal. Como ya se ha tenido ocasión de reflejar, el principio de legalidad penal formal es un *axioma jurídico por el cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que la ley anterior lo haya previsto como tal*. La descripción del delito tiene que preceder al acto delictivo o al comportamiento peligroso, con la consecuencia de que se considera y castiga como delito todo hecho que esté en la ley como tal y, por contra, no se consideran ni castigan los hechos que no estén en la ley, aun cuando esos hechos sean lesivos para la sociedad o el individuo. Con la doctrina Parot, el juez ha sustituido al legislador y la interpretación judicial del texto de la ley ha sustituido a la ley misma. El resultado ha sido la creación de una norma “nueva” de origen jurisprudencial e inclusive más poderosa que la ley misma, porque ha sido capaz de lograr lo que ninguna ley escrita podría alcanzar: la aplicación en forma retroactiva y en perjuicio del imputado de la *lex posterior*. En fin, la doctrina Parot ha sido el expediente para atribuir al art. 70 CP de 1973 el contenido y el alcance del art. 78 del Código Penal de 1995, en su actual redacción debida a la LO 7/2003, consiguiendo que el mismo se aplicara a hechos anteriores a su entrada en vigor. Aún más preocupante son las razones que han llevado al Tribunal Supremo a actuar con total desprecio de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, es decir, la llamativa consideración según la cual “*en el caso de un condenado por 150 asesinatos, unos consumados y otros en grado de tentativa acabada, el*

principio de humanidad estará siempre al lado de las víctimas". Dicha afirmación esconde un sentido muy profundo y al mismo tiempo alarmante, porque parece traslucir que el Tribunal sintió sobre sí toda la responsabilidad *moral* de tener ante sí un homicida, un terrorista de ETA, un enemigo del Estado. Nos encontramos, entonces, ante uno de los mayores riesgos de la creación judicial del derecho, es decir, la confusión entre el hombre y el magistrado, entre la moral y el derecho, olvidando que el "proceso" no es el lugar de las víctimas, sino el lugar del imputado y que la función del juez no es la de colocar su humanidad ni al lado de las primeras, ni al lado del segundo, sino la de garantizar los derechos y libertades de todos los individuos, inclusive de los terroristas.

Tanto el Tribunal Constitucional español como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvieron la oportunidad de expresarse sobre el cambio de jurisprudencia introducido por la doctrina Parot, aunque con resultados diferentes.

1.2. La posición del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional no llegó a pronunciarse, por razones procesales, sobre el asunto principal del recurso de amparo interpuesto por Henri Parot contra la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 197/2006. Ahora bien, esta doctrina se ha aplicado en numerosas ocasiones posteriores y la cuestión ha sido de nuevo puesta sobre la mesa del Tribunal Constitucional. En efecto, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó en la sentencia del 29 de marzo de 2012 avalar la doctrina Parot y sólo ha anulado su aplicación a tres miembros de ETA, del total de 31 recursos que fueron resueltos por esta instancia. Los recursos estimados por unanimidad han sido los de José Ignacio Gaztañaga, Juan María Igarataundi y José María Pérez Díaz. En el caso de Pérez Díaz, condenado en 1989 a 197 años de cárcel por el atentado cometido en 1986 contra los Grupos Antiterroristas Rurales de la Guardia Civil en Zarauz (Guipúzcoa) donde falleció un agente y otro resultó con graves lesiones, la Audiencia Nacional fijó, al calcular su liquidación definitiva de condena, que el condenado podría salir de prisión el 15 de diciembre de 2008. Esta decisión no fue recurrida por ninguna de las partes por lo que adquirió firmeza. Posteriormente, cuando el Tribunal Supremo sentó jurisprudencia al aplicar un nuevo cómputo de la penas al sanguinario etarra Henri Parot, la Audiencia dictó un nuevo licenciamiento de condena que retrasaba la salida de prisión de José María Pérez Díaz hasta el 16 de noviembre del año 2017. El Tribunal Constitucional

señaló que esta decisión lesionó el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del etarra José María Pérez Díaz, en tanto que se vulneró el *principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes* que “*impide a jueces y tribunales, fuera de los casos expresos previstos en la ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto, incluso si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, pues la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el debate sobre lo ya resuelto por una resolución judicial firme en cualquier circunstancia*”. El intérprete supremo de la Carta Constitucional considera que “*en definitiva, el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española como una de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva (...) se proyecta sobre todas aquellas cuestiones respecto de las que pueda afirmarse que una resolución judicial firme ha resuelto, conformando la realidad jurídica en un cierto sentido, realidad que no puede ser ignorada o contradicha ni por el propio órgano judicial ni por otros órganos judiciales en procesos conexos*”.

Básicamente, el Alto Tribunal sentenciando de esta manera estimó que se podía alargar la estancia de prisión hasta cumplir el máximo previsto por la Ley, siempre que no se hubiera comunicado al afectado su fecha de libertad, con la consecuencia de que los que hubieran cometido los hechos delictivos bajo la vigencia del Código Penal de 1973 o del Código Penal de 1995 y que todavía no hubieran sido condenados con sentencia firme, podían ver aplicada legítimamente la doctrina Parot.

En otras palabras, el Tribunal Constitucional trata la doctrina Parot como si la misma conllevara una modificación (*in peius*) de una ley procesal y considera que la misma se pueda aplicar a los procedimientos todavía no resueltos con sentencia firme. En realidad, como ya hemos tenido manera de precisar, lo que el Tribunal Supremo lleva a cabo con la STS 197/2006 es un cambio (arbitrario) de la *interpretación de la norma de derecho penal sustancial*, contenida en el Código Penal de 1973, que regula el tiempo máximo de permanencia en la cárcel de los presos y que, aún admitiendo (si es que puede admitirse) que dicho cambio pueda llevarse a cabo por la jurisprudencia y no (como debería) por el legislador, seguramente no puede aplicarse a hechos delictivos cometidos antes de la STS 197/2006, a pesar de que los mismos hayan sido decididos con sentencia firme. Básicamente, aunque se intente seguir el razonamiento del Tribunal Constitucional, no puede negarse que las normas de derecho penal sustancial, como el art. 70 del Código Penal de 1973, se

aplican a todos los hechos delictivos acaecidos bajo su vigencia y un cambio eventual de la norma puede afectar sólo a los hechos ocurridos después del cambio mismo. Entonces, la interpretación asumida por el Tribunal Constitucional no puede estimarse lo suficientemente razonada como para considerarse completamente libre de la presión ejercida por la opinión pública y de la repulsión ocasionada por la especial crueldad de los crímenes enjuiciados.

1.3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Doctrina Parot.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 21 de octubre 2013, ha resuelto la demanda n.42750/2009 interpuesta el 3 de agosto de 2009 por una ciudadana española, la Sra. Inés Del Río Prada, contra el Reino de España. En dicha sentencia el Tribunal considera que la STS 197/2006 vulnera, antes que nada, un derecho protegido por el *artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Para Inés del Río la diferencia en años de cumplimiento que estaba en juego era de nueve años. Es decir, y como el Tribunal de Estrasburgo recuerda, si el Tribunal Supremo no hubiera variado su interpretación, en 2008 Inés del Río habría sido puesta en libertad con su pena legalmente cumplida, mientras que con la aplicación de la doctrina Parot su excarcelación habría sido en 2017. El artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos afirma, en su primer apartado, que *“nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en 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”*.

Estamos de nuevo ante el principio de legalidad penal, el mismo que se ampara en el art. 25 de la Constitución española y que, en lo referido a la irretroactividad de la ley penal desfavorable, se recoge en el art. 9. Todavía, la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece avanzar un paso más, entendiendo que la cuestión central no se basa en que a Inés del Río se le hubiera aplicado retroactivamente una norma *legal* desfavorable, sino en que se le aplicó retroactivamente *una interpretación jurisprudencial perjudicial*, la del Tribunal Supremo de 2006, la de la “doctrina Parot”. Dice el Tribunal que esto vulnera el derecho a la legalidad penal y a la irretroactividad de la ley penal desfavorable (art 7) y, por extensión, el derecho a la libertad del art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, porque *“la legislación española era lo bastante precisa como para permitirle comprender el alcance de*

la condena y su modalidad de ejecución” y, sin embargo, “no podía haber previsto que el método para calcular la redención de pena sería objeto de un cambio de jurisprudencia, como hizo el Supremo en 2006. La aplicación de la doctrina Parot a la situación de la Sra. Del Río Prada ha privado de efecto útil a las redenciones de pena a las que en principio tenía derecho”. Esto le parece al Tribunal relevante desde este punto de vista: si ella hubiera sabido que, pasado el tiempo, el Tribunal Supremo iba a variar de esa forma la relevancia de sus actividades para la redención de pena, tal vez no habría realizado dichas actividades. Se le frustró una expectativa que ella tenía, fundada en la interpretación de la ley durante todo ese tiempo vigente, aplicada por el Tribunal Supremo hasta 2006.

La relevancia de la decisión del TEDH está en el hecho de que, por primera vez, se ha reconocido como la *interpretación* de la norma jurídica influya sobre la *creación* de la norma misma, hasta el punto de poder alterar por completo el contenido del texto de la ley y reemplazarlo. Básicamente, el Tribunal de Estrasburgo confirma el derecho de los ciudadanos no sólo a que no se les aplique retroactivamente la ley desfavorable, que entre en vigor con posterioridad a la comisión del delito, sino *a que tampoco se les apliquen los cambios jurisprudenciales perjudiciales para ellos*, con lo que reconoce implícitamente los peligros de la actividad interpretativa y la necesidad de encontrar medios eficaces de controlarla.

2. El juez italiano y los delitos contra el Medio Ambiente.

Los casos de creación judicial del derecho no son, como ya se ha tenido ocasión de precisar, un problema exclusivo del Ordenamiento español, sino que la mayoría de los ordenamientos europeos se encuentran con la dificultad de establecer un límite entre la actividad interpretativa y la actividad creativa del juez. En este sentido, el Ordenamiento italiano no sólo no representa una excepción a la regla general, sino que se encuentra en la necesidad de conciliar la imposibilidad del legislador nacional de estar al paso con la rápida evolución normativa europea y el riesgo de dejar conos de sombra en los que mande la arbitrariedad judicial.

En efecto, en el ámbito europeo, para asegurar un nivel elevado de protección del medio ambiente, se está afrontando el problema cada vez más grave de los crímenes ambientales. La Unión Europea ha adoptado numerosos instrumentos legislativos para la protección del medio ambiente, que los Estados miembros deben

acoger y cumplir. Sin embargo, como demuestra la experiencia, las sanciones vigentes en los Estados miembros no resultan siempre suficientes para garantizar el respeto completo del derecho de la Unión. No todos los Estados miembros prevén sanciones penales por las violaciones más graves de la normativa europea en materia de protección del medio ambiente. Para enfrentar esta problemática, la Decisión Marco 2008/99/CE, adoptada el 19 de noviembre de 2008, obliga a los Estados miembros a aplicar sanciones determinadas sobre actividades contaminantes desde el ámbito penal en lugar que desde el ámbito administrativo. El artículo 3 impone a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para clasificar como crímenes penales, en el ámbito del derecho nacional, una serie de violaciones de la normativa de la Unión Europea en materia de protección del medio ambiente, como por ejemplo, la polución del aire, del suelo y del agua, el tratamiento de residuos y el comercio ilegal de especies animales o vegetales protegidas. Es necesario introducir no solamente sanciones para castigar los comportamientos ilícitos de los individuos, sino también para castigar los mismos crímenes ambientales cuando son cometidos por personas jurídicas. En este último caso, sin embargo, los Estados miembros tienen la posibilidad de elegir si aplicar sanciones penales o administrativas. Las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para adecuarse a la nueva normativa habrían tenido que entrar en vigor en los Estados miembros el 26 de diciembre de 2010, pese a lo cual todavía muchos países, entre ellos Italia, están aplazando su ajuste al nuevo sistema europeo.

Básicamente, el hecho de que la creación de *nuevas tipologías* de delitos contra el medio ambiente se haya retrasado, por razones técnicas y burocráticas, por el legislador italiano, ha conllevado la intervención supletoria del juez nacional. Otra vez más, nos encontramos ante un legislador demasiado ocupado y un juez demasiado atrevido que atribuye a las normas de derecho penal sustancial un sentido y un alcance que rozan, si no superan, los límites de la legalidad. Por lo cual, el riesgo principal sigue siendo el quebrantamiento del principio de legalidad que, como ya se ha afirmado, conlleva para el juez la prohibición de castigar aquellas conductas que no estén estrictamente contenidas en la ley penal. En consecuencia, el juez penal no puede utilizar la analogía para considerar una conducta constitutiva de delito. La analogía consiste en aplicar una norma jurídica a un caso que no está incluido en el tenor literal de la norma pero que resulta muy similar a los que sí están previstos en ella, de forma que se le da el mismo tratamiento jurídico. Mientras que en otras ramas del

ordenamiento jurídico la analogía es utilizada por el juez como método de integración del Derecho para completar las lagunas legales, en el Derecho Penal la analogía está prohibida²⁵.

2.1. El caso de Radio Vaticana.

Entre 1994 y 2000 se registraron entre los habitantes de las zonas de Santa María de Galeria y Cesano, donde están situadas las instalaciones de Radio Vaticana, algunos casos de leucemia y tumores, además de otras molestias menores a la salud como cefaleas, insomnio y depresión. En 2003, la Fiscalía de la República de Roma pidió al Juez de Investigación Sumaria que averiguara si existía o no un nexo de causalidad entre la emisión de ondas electromagnéticas de Radio Vaticana y las muertes por leucemia, imputando homicidio culposo a los responsables de la Radio. En 2000 la Fiscalía de Roma, una vez llevadas a cabo las investigaciones solicitadas por algunas asociaciones ambientalistas y por algunos residentes en las zonas donde se encontraban las instalaciones de Radio Vaticana, acusó a los responsables²⁶ de la emisora *“del delito castigado por el artículo 110 y 674 del Código penal, en cuanto, en concurso entre ellos, en su calidad de responsables de la gestión y del funcionamiento de Radio Vaticana, difundieron, por las instalaciones situadas en S. Maria de Galeria, radiaciones electromagnéticas adecuadas para ofender o molestar personas residentes en las áreas circundantes y, en particular, a Cesano di Roma, trayendo a las mismas molestias y enfermedades.”*²⁷

Se desarrollaron, así, las indagaciones por *“lanzamiento peligroso de cosas”* que ocasionaron la imputación de Radio Vaticana durante más de diez años: dos procesos de primer grado, dos ante la *Corte d’Appello*, tres en Casación hasta llegar a la sentencia n. 3765/2011 de 24 de febrero que confirmó la sentencia de la *Corte d’Appello* de Roma, declarando que aunque el delito de *lanzamiento peligroso de cosas* no podía perseguirse porque había incurrido en prescripción, el cumplimiento

²⁵ Así, el art.14 Disp. Prel. c.c. italiano establece que *“las leyes penales y aquéllas que conllevan una excepción a reglas generales o a otras leyes no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos a los comprendidos expresamente en ellas”*.²⁵ Aunque sólo implícitamente, esta prohibición encuentra fundamento en el art. 25 de la Constitución italiana, en cuanto está destinado a eliminar cualquier riesgo de arbitrariedad tanto por parte del poder judicial, como por parte del mismo legislador en la interpretación y aplicación de las normas penales.

²⁶ Es decir, el Cardenal Roberto Tucci, presidente del comité de gestión de Radio Vaticana entre los años 1999 y 2000, Padre Pasquale Borgomeo, director general desde 1999 hasta 2004 y al ingeniero Costantino Pacífico, vicedirector técnico desde 1999 hasta 2004.

²⁷ FRAGALE F.R., Parte segunda, en Ramaccioni, Fragale, *Bomba atomica. Inchiesta su Radio Vaticana*, Roma, 2011, pág. 118 y ss.

de los hechos delictivos tenían que considerarse probado.²⁸ El problema principal de la jurisprudencia sentada por la Corte d'Appello y confirmada por la Corte de Cassación italiana, reside en el hecho de que la jurisprudencia ha intentado solucionar la ausencia de una normativa que sancionara penalmente el fenómeno de la electropolución, aplicando a la misma la normativa prevista por el primer apartado del art. 674 CP. Éste artículo establece que: *“el que lanzara o volcara, en un lugar de público tránsito o en un lugar privado pero de utilización común o ajena, cosas idóneas a ofender o ensuciar o molestar a otras personas, o bien, fuera de los límites establecidos por ley, provocara emisiones de gas, de vapores o de humos, idóneas para causar tales efectos, será castigado con la detención hasta un mes o con la multa hasta 206 euros.”*²⁹

Para justificar la aplicación del art. 674 CP. a la hipótesis de emisión de ondas electromagnéticas, se ha hecho referencia a dos argumentaciones: lógico-sistemática, la primera, y naturalista, la segunda.³⁰ En primer lugar, se ha hecho referencia a lo establecido en el art. 624 segunda parte CP.³¹, en el que se igualan las energías eléctricas y las otras energías con valor económico a las cosas móviles. Según la argumentación lógico-sistemática, sería la noción de *“cosa penalmente relevante”* lo que permitiría atribuir al art. 674 CP. un sentido más amplio de aquel originario, otorgándole la idoneidad de incluir el fenómeno de la polución electromagnética. Esta interpretación estaría confirmada, desde el punto de vista naturalista, por la consideración de que la energía electromagnética estaría dotada de características materiales, bien pudiendo ser medida, utilizada por los objetivos más diferentes y hecha objeto de apropiación. Una vez admitido que las ondas electromagnéticas pueden ser comprendidas en el concepto de *“cosa penalmente relevante”*, la jurisprudencia afirma que la conducta consistente en propagar o difundir las ondas electromagnéticas puede integrar los extremos de la conducta típica del *lanzamiento peligroso de cosas*, considerando que el término *“lanzar”* es de amplio alcance e indica

²⁸ GALLI E., *Il caso di Radio Vaticana: problemi antichi e nuovi in tema di elettrosmog*, Archivio Penale 2014, pág. 1-2.

²⁹ Art. 674 c.p.: *“Chiunque getta o versa, in un luogo di pubblico transito o in un luogo privato ma di comune o di altrui uso, cose atte a offendere o imbrattare o molestare persone, ovvero, nei casi non consentiti dalla legge, provoca emissioni di gas, di vapori o di fumo, atti a cagionare tali effetti, è punito con l'arresto fino a un mese o con l'ammenda fino a euro 206”*.

³⁰ GIZZI L., *Inquinamento elettromagnetico e responsabilità penale: la Cassazione sul caso Radio vaticana. Nota a Cass. pen., sez. IV, 24 febbraio 2011, Pres. Brusco, Rel. Zecca, Borgomeo*, artículo de 6 de julio de 2011, publicado en www.penalecontemporaneo.it.

³¹ El art. 624, párrafo II, c.p. establece que: *“Agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico.”*

no sólo la acción de quien lanza algo en algún lugar, sino también la de “mandar fuera, emitir, expulsar”.³² La solución propuesta, básicamente, impondría, según la jurisprudencia, una interpretación evolutiva del texto de la ley dirigida a armonizar la norma con la realidad económica y social con ella relacionada.³³

2.2. Observaciones críticas a la extensión y alcance del art. 674 CP.

Para averiguar si la interpretación de la proposición normativa dictada por la primera parte del art. 674 CP permite incluir el fenómeno de la polución electromagnética, o bien si nos encontramos ante un vacío del ordenamiento jurídico penal, llenado por la extensión analógica de la norma en cuestión, es necesario determinar el sentido de las palabras “cosa” y “lanzar”, con los cuales el legislador ha descrito el hecho delictivo típico. En efecto, el sentido que se quiso atribuir a los términos empleados en la proposición normativa constituye el límite extremo de la interpretación, inclusive de la interpretación extensiva.

Por lo que hace referencia al sentido que puede atribuirse al término “cosa”, hay que matizar como, en primer lugar, no existe una opinión unívoca sobre el hecho de que las ondas electromagnéticas puedan considerarse “entidades físicas”.³⁴ En segundo lugar, aunque se considerara, desde el punto de vista físico, que las ondas electromagnéticas sean entidades reales, susceptibles de medición por distancia e intensidad, esto no conllevaría necesariamente que ellas puedan incluirse en la noción de “cosa jurídicamente relevante”. En otras palabras, el problema que surge a la hora de interpretar el art. 674 CP no es establecer si la energía electromagnética es o no es una entidad física y real como una *res corporales*, sino averiguar si, desde el punto de vista jurídico, energía electromagnética y “cosa” son la misma realidad y si puedan reglamentarse de la misma manera. Por lo tanto, la constatación de que la

³² GIZZI L., *Inquinamento... cit.*, pág. 2-3.

³³ Esta solución hermenéutica ha sido compartida por la predominante jurisprudencia y ha sido confirmada por la Cass., sez. III, 13 maggio 2008, n. 36845 (la primera emitida por la Cass. sobre el caso “Radio Vaticana”), que ha considerado que la aplicación del art. 674 CP en la hipótesis de emisión de ondas electromagnéticas no constituye el resultado de una inadmisibile aplicación analógica de la norma penal con el fin de agravar la responsabilidad penal, sino que sería el fruto de una simple interpretación extensiva directa a sacar a la luz el efectivo sentido de la norma, aunque no sea evidente a primera vista.

³⁴ Existen diferentes opiniones: LAMANNA C., *Considerazioni in tema di inquinamento atmosferico*, en *Giur. mer.*, 1983, pág. 415, considera que físicamente la energía no es comparable a una mesa o a un coche, porque no es una sustancia sólida. Opiniones contrarias son las de MANTOVANI F., *Patrimonio (delitti contro)*, en *Enc. giur.*, vol. XXII, Treccani, 1990, pág. 5; PEDRAZZI C., *Appropriazione indebita*, en *Enc. dir.*, vol. II, Torino, 1958, pág. 840.

energía electromagnética es una entidad física no sería suficiente para sustentar la solución hermenéutica que la reconduce al concepto de “cosa jurídicamente relevante” y, en particular, al concepto de “cosa”, contenido en la primera parte del art. 674 CP.

Además, la jurisprudencia de la Corte de Casación ha llegado a considerar las ondas electromagnéticas como “cosas jurídicamente relevantes” simplemente fundamentándose en lo establecido por el art. 624 segunda parte CP, que afirma: “*a los efectos de la ley penal, se considera cosa móvil la energía eléctrica y cada otra energía que tenga un valor económico*”. En realidad, es el mismo contenido del artículo 624 segunda parte CP, que demuestra como, en el lenguaje jurídico-penal, la palabra “cosa” suele tener un sentido genérico, como cuerpo sólido o líquido, que tiene forma tangible. En efecto, si la palabra “cosa” hubiera tenido en sí una capacidad de dilatación tal de incluir cada entidad del mundo físico, aunque no dotada de materialidad, como por ejemplo las energías, no habría sido necesario introducir la norma definitoria del art. 624 CP.³⁵ En otras palabras, la equiparación entre “cosa” y “energía”, efectuada por el artículo 624 CP, podría aplicarse en los casos regulados por dicho artículo, pero no conllevaría automáticamente su aplicación a todos los hechos criminales sancionados por el Código Penal, en los cuales se utiliza la palabra “cosa”.³⁶ La teoría opuesta, según la cual cada vez que se utiliza la palabra “cosa” debería aplicarse la norma prevista en el art. 624 CP, con la consecuencia de que esta palabra siempre comprendería, además de las *res corporales*, también las energías naturales, se basa en el erróneo supuesto de la constancia terminológica en el lenguaje legislativo, según el cual el legislador emplearía cada término con el mismo sentido, independientemente del contexto lingüístico y normativo.³⁷ Pero esta teoría no puede compartirse porque representa opinión constante en la doctrina y la jurisprudencia que es posible que un mismo término tenga sentidos parcialmente

³⁵ GIZZI L., *Inquinamento... cit.*, pág. 5.

³⁶ En este sentido GIUNTA F., *Elettrosmog*, en *Studium iuris*, 2002, pág. 778; MARTIELLO G., *Rilevanza penale dell'inquinamento elettromagnetico: a proposito dell'art. 674 c.p.*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, pág. 897; GIZZI L., *Il getto pericoloso di cose*, Napoli, 2008, pág. 216.

³⁷ Sobre la constancia terminológica en el lenguaje legislativo, véase: GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, en *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993, pág. 170; TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Torino, 1980, pág. 377; VELLUZZI V., *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002; pág. 144.

diferentes en cada una de las normas penales donde está empleado.³⁸ El sentido de una palabra, en efecto, puede bien variar según el contexto en el que recurre, y es por lo tanto erróneo sustentar la identidad de sentidos de una misma palabra en todas las disposiciones normativas.³⁹ De acuerdo con lo anterior, se tendrá que determinar el sentido del término “cosa” directamente en el art. 674 CP, fundamentándose exclusivamente en el contexto lingüístico y normativo de este artículo. Entonces, el término “cosa” tendrá que analizarse en relación con los términos “lanzar” y “verter” respecto de los cuales representa el complemento directo. La doctrina mayoritaria⁴⁰ ha tenido ocasión de matizar cómo se resuelve el dilema sobre la utilización de dos verbos alternativos, en atención a la diferente naturaleza de las cosas que pueden constituir su objeto: el “lanzar” se refiere a las cosas sólidas, mientras que el “verter” atañe la materia líquida. En fin, es el mismo enlace entre el verbo “lanzar” y la palabra “cosa”, que induce a creer que ésta pueda estar representada sólo por las *res quae tangi possunt*.⁴¹ Las cosas que pueden ser lanzadas, en efecto, sólo son los cuerpos sólidos y no las ondas electromagnéticas que, incluso siendo entidades físicas, no tienen forma tangible y corporal y, por tanto, son susceptibles de ser propagadas, difusas, emitidas en el espacio aéreo circundante, pero no de ser lanzadas o echadas de un punto a otro del espacio.⁴² Puede concluirse que las ondas electromagnéticas no son atribuibles al sentido propio de la palabra “cosa”, empleada por el legislador en conexión con el verbo “lanzar” para describir el hecho típico del art. 674 CP.

³⁸ DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale, tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, pág. 137; PAGLIARO A., *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 435.

³⁹ En este sentido: GUASTINI R., *L'interpretazione... cit.*, pág. 170; VELLUZZI V., *Interpretazione... cit.*, pág. 141.

⁴⁰ CALCAGNO E., *Elettrosmog: illecito penale o amministrativo*, en *Dir. pen. proc.*, 2002, pág. 1491; EQUIZI G., *Aspetti penalistici dell'inquinamento elettromagnetico: un vuoto di tutela*, en *Cass. pen.*, 2002, pág. 2094; GIAMPIETRO F., *Versamento pericoloso di cose*, en *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, pág. 636; MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1986, pág. 461; SABATINI G., *Incolunità pubblica (contravvenzioni concernenti la)*, Torino, 1957, pág. 578; SABATINI G., *Delle contravvenzioni in particolare*, en *Trattato di diritto penale*, Milano, 1937, pág. 251; RANIERI F., *Manuale di diritto penale*, Padova, 1952, pág. 483; VIGNA P.L.-BELLAGAMBA G., *Le contravvenzioni nel codice penale*, Milano, 1974, pág. 197.

⁴¹ EQUIZI G., *Aspetti... cit.*, pág. 2098; ZANOTTI R., *L'art. 674 c.p. e l'inquinamento elettromagnetico: interpretazione adeguatrice o violazione di principi fondamentali?*, en *Radio Vaticana e ordinamento Italiano*, a cura di Dalla Torre e Mirabelli, Torino, 2005, pág. 94; MARTIELLO G., *Rilevanza... cit.*, pág. 901; GARGANI A., *Reati di comune pericolo mediante violenza*, Milano, 2008, pág. 680;

⁴² En tal sentido, influye también la indicación del lugar del lanzamiento. La circunstancia de que la norma indique que el lanzamiento tenga que ocurrir en “*un lugar de público tránsito o un lugar privado, pero empleado por terceros*” conduce a circunscribir la naturaleza de las cosas que pueden ser lanzadas, excluyendo que en ellas puedan ser comprendidas las ondas electromagnéticas, que, por su esencia, se dispersan en todas las direcciones de la atmósfera. En este sentido, Corte d'Appello Roma, Sez. I, 4 giugno 2007, Borgomeo, in *Cass. pen.*, 2008, pág. 274.

Además, como se ha afirmado por la doctrina *“la acción del echar cosas adecuadas para ofender, molestar o ensuciar a las personas, en determinados lugares, presupone la preexistencia de estas cosas en la naturaleza, mientras que la emisión de ondas electromagnéticas consiste en generar campos de energía de los cuales se propagan flujos de ondas que no existían antes de la acción generadora”*.⁴³

Finalmente, apoya esta lectura interpretativa la consideración de que el legislador italiano para atribuir relevancia a la difusión, propagación o emisión de sustancias diferentes de los cuerpos sólidos y líquidos, ha creído necesario introducir en el vigente Código Penal unos nuevos hechos delictivos. En efecto, la segunda parte del art. 674 CP contiene una nueva hipótesis de “lanzamiento peligroso de cosas”, consistente en la emisión de humos, gases o vapores. La introducción de una nueva norma que atribuye relevancia penal a la conducta consistente en provocar emisiones, denota, de modo aún más evidente, que las nociones de “lanzar” y “verter” no pueden ser ampliadas hasta comprender la propagación o la difusión de determinadas sustancias en el espacio aéreo que no sean *“humos, gases o vapores”*.⁴⁴

En conclusión, hay que considerar que la aplicación del art. 674 CP al fenómeno de la polución electromagnética es posible sólo lacerando el límite literal de las palabras empleadas por el legislador. Contrariamente a lo afirmado por la Corte de Casación en el caso “Radio Vaticana” y en otros sucesivos, la expresión “lanzar cosas” no puede incluir, a través de una simple interpretación, aunque sea extensiva, la creación, la emisión y la propagación de ondas electromagnéticas. En efecto, el sentido literal de la palabra “cosa”, interpretado conjuntamente al verbo “lanzar”, indica una entidad material y concreta que no puede llegar a incluir la generación y propagación de flujos de ondas sin que esto conlleve una analogía en *malam partem* prohibida por el Ordenamiento penal.

⁴³ Cass., sez. I, 27 febbraio 2002, Suraci, in Riv. amb., cit., pág. 45, *“l’azione del gettare cose atte a offendere, molestare o imbrattare le persone, in determinati luoghi, presuppone la preesistenza di queste cose in natura, mentre l’emissione di onde elettromagnetiche consiste nel generare campi elettromagnetici da cui si propagano flussi di onde, che prima dell’azione generatrice non esistevano”*.

⁴⁴ La segunda parte del art. 674 c.p., en efecto, hace referencia exclusivamente a la emisión de “humos, gases o vapores” y no a la propagación de ondas electromagnéticas.

2.3. Radio Vaticana y los peligros consiguientes de los delitos de origen judicial.

La ampliación del alcance del art. 674 primera parte CP hasta comprender entre las conductas típicas sancionadas por este artículo la “polución electromagnética”, ha sido posible sólo forzando el sentido literal del texto de la ley y representa una verdadera violación de la “*prohibición de la analogía in malam partem*”. La interpretación creativa del art. 674 CP hasta comprender hechos delictivos a los que el texto de la ley no hace ninguna referencia, ha sido una forma tanto precipitada como inoportuna de adecuación del ordenamiento penal italiano a las nuevas directivas europeas en ámbito de delitos contra el medio ambiente. Habría sido preferible y jurídicamente más correcto si el legislador (y no el juez) hubiera introducido en el ordenamiento penal normas nuevas, en las cuales se reglamentaran los hechos típicos de la emisión de ondas electromagnéticas. Dicha solución habría sido sin duda la más adecuada, sobre todo considerando que el legislador ha introducido en la Ley n. 36/2001 una reglamentación especial para “*la protección de las exposiciones a campos eléctricos, magnéticos y electromagnéticos*”, cuyas normas y sanciones tienen naturaleza administrativa. En la práctica se han generado no pocas dificultades en el intento de diferenciar entre violaciones que conllevan la aplicación de sanciones administrativas y violaciones que representan infracciones perseguibles penalmente. En efecto, el art. 15 de la ley n. 36/2001, afirma que las sanciones administrativas se aplicarán “*a menos que el hecho no represente una infracción de carácter penal*”. Resulta claro que si el hecho delictivo ha sido creado en ámbito judicial, es decir, en vía interpretativa, la misma diferenciación entre ilícito administrativo e ilícito penal queda en la arbitrariedad de la interpretación judicial.

V. LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA.

Llegados a este punto de nuestro trabajo y habiendo analizado casos diferentes de creación judicial del Derecho, parece evidente cómo la distancia existente entre “ley escrita” y “ley aplicada” se encuentra en un fallo en el proceso de interpretación de la norma. Para ser más precisos, el aspecto problemático de la interpretación judicial atañe a la identificación de la “norma”, entendida como regla abstracta aplicable al caso concreto. Según la teoría clásica, el método que el juez debería utilizar para averiguar

la correspondencia entre hecho histórico y hecho delictivo típico tiene que ser reconducido al esquema de la “subsunción”⁴⁵: más exactamente, la *premisa mayor* estaría representada por la regla general y abstracta; la *premisa menor* sería el hecho material, efectivamente ocurrido; y la *conclusión*, en fin, estaría representada por la aplicación al autor del hecho material efectivamente ocurrido, de la sanción establecida por la previsión abstracta e hipotética de la ley.⁴⁶

Todavía algunos autores, entre ellos Trapani⁴⁷, se preguntan si existe en los ordenamientos jurídicos modernos una sola manera de llevar a cabo dicha subsunción de la “situación particular” en la “previsión general”. En efecto, aunque admitiendo que pueda decirse “verificado” el hecho histórico objeto de imputación, el problema parece ser la posibilidad de predicar la “verdad”, aunque sea “convencional”, de la existencia de una sola norma jurídica. En otras palabras, *«se trata de averiguar si el hecho de que el juez predica la existencia de una norma, corresponda a la efectiva existencia de la norma misma, así como pensada por la voluntad legislativa expresada en el texto de la ley; más exactamente, (...) hay que determinar si existe correspondencia con el enunciado que afirma que una dada norma pertenece al Ordenamiento jurídico, porque representa el sentido de la voluntad legislativa»*.⁴⁸ Al fin y al cabo, lo que, según Trapani, hay que preguntarse es *«si a un mismo texto legislativo siempre corresponde una sola norma como sentido de aquel texto»*.

En efecto, los casos de creación judicial del derecho que han sido objeto de nuestro análisis han dejado muy claro cuánto lábil puede ser el límite entre interpretación y creación del derecho y cómo no sólo el sentido de los enunciados que

⁴⁵ La subsunción “es la relación lógica de una situación particular, específica y concreta con la previsión abstracta e hipotética de la ley”; GARRONE, J. A., *Diccionario Jurídico – Tomo IV*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005, pág. 538).

⁴⁶ TRAPANI M., *Considerazioni su verità e metodo nel giudizio penale*, en *Verità e metodo in giurisprudenza: scritti dedicati al Cardinale Agostino Vallini in occasione del 25° Anniversario della consacrazione episcopale*, a cargo de Dalla Torre G. y Mirabelli C., Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2014, pág 635.

⁴⁷ TRAPANI M., catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Roma³, Catedrático de Derecho Procesal Penal en el *Institutum Utriusque Iuris* de la Pontificia *Universitas Lateranensis* (Città del Vaticano) y Profesor de Derecho Penal en el Campus-University of Malta. Entre las numerosas publicaciones del autor, “*Verità e Metodo in Giurisprudenza*”, todavía pendiente de publicación, ofrece una visión revolucionaria de la norma jurídica, tal y como ha sido considerada hasta el momento por la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias.

⁴⁸ TRAPANI M., *Considerazioni... cit.*, pág 635: “*Detto altrimenti, si tratta di vedere se l'enunciato con cui il giudice predica l'esistenza di una norma corrisponda all'effettiva esistenza di quella norma come significato della volontà legislativa espressa nell'atto documentato “legge”; più esattamente, seguendo ancora una volta la concezione semantica della verità applicata al diritto inteso come linguaggio, se possa esserci corrispondenza con l'enunciato che afferma che nell'ordinamento esiste quella certa norma in quanto significato della volontà legislativa.*”

forman parte del texto de la ley no resulta ni claro ni unívoco para el juez, sino que, actualmente, tampoco existe, en el proceso de formación de la norma jurídica un instrumento que permita averiguar si la interpretación hecha por el juez corresponde efectivamente al sentido que el legislador quiso atribuir al texto de la ley. La Doctrina Parot sentada por el Tribunal Supremo español ha subrayado de un modo muy llamativo cómo la interpretación de una dada norma jurídica, compartida de modo uniforme por la jurisprudencia constante del mismo Tribunal, pueda cambiar en un momento dado, fundamentando dicho cambio en un razonamiento jurídico de signo inverso respecto a cuanto se había argumentado hasta aquel momento, y, aún así, perfectamente sostenible. Por otro lado, las recientes sentencias de la *Corte di Cassazione* italiana que han establecido, en vía jurisprudencial, una extensión del alcance del delito de “lanzamiento peligroso de cosas”, tipificado en el art. 674 CP a la emisión de ondas electromagnéticas, ha puesto de manifiesto cómo el método de la subsunción de la “situación particular” en la “previsión general”, en realidad, no está fundamentado en un razonamiento inductivo que tiene como único punto de referencia una sola norma jurídica a la que los hechos históricos pueden o no pueden ser reconducidos, sino una pluralidad de normas que pueden, de hecho, extender su alcance hasta el punto de abarcar acontecimientos completamente diferentes o muy distantes entre ellos.

Partiendo de los casos de creación judicial del derecho analizados en el capítulo anterior, se ha tenido ocasión de observar cómo en todos los ordenamientos modernos, a pesar de la apariencia de conformidad de la decisión judicial a la voluntad política del legislador expresada en disposiciones generales y abstractas, el único método interpretativo realmente utilizado por los jueces es aquel que está fundamentado en criterios prácticos de reglamentación de ciertos fenómenos, teniendo en cuenta las exigencias que en su momento se trata concretamente de satisfacer. Está claro, entonces, que este método aleja cada vez más la actividad interpretativa de su función de mero reconocimiento de un derecho existente, asignándole un papel cada vez más “creativo” del ordenamiento jurídico. Advertido lo anterior, no pueden no aventurarse las consecuencias “políticas” de la naturaleza exclusivamente creativa de la interpretación y, por otro lado, de la norma como resultado de la interpretación jurídica. En efecto, si el juez aplica la “ley” aparentemente “precisando” lo que ella establece de forma general y abstracta, es simplemente porque sus “valoraciones” se mueven en el mismo contexto cultural e ideológico del legislador, es decir, compartiendo su misma

línea “política” de “valores”. La situación es diferente en los momentos de “crisis del sistema”, cuando legislador y los jueces se hacen portadores de instancias político-sociales diferentes e inclusive antitéticas: en estos casos, el fenómeno de la creación del derecho por parte de los jueces no puede quedar escondido, emergiendo en toda su crudeza. Es precisamente en dicha circunstancia que, según Trapani, «*el juez “primero” decide y “luego” justifica racionalmente su decisión, más bien, cuanto más quiera “alejarse” de la voluntad política manifestada por el Parlamento en un dado contexto histórico, más recurrirá a cánones hermenéuticos basados en la “ficción” del respeto formal de aquella voluntad legislativa a la que, en realidad, no quiere “someterse”*».⁴⁹ De aquí surge, según el autor, «*la necesidad (...) de un “control político” sobre las elecciones interpretativas, o sea sobre las “normas” creadas por el juez*». Dicho de otra manera, si son más de una las normas que pueden desprenderse de un texto legislativo, la única solución posible es que el representante del pueblo, es decir, el Parlamento establezca cuál de ellas tendrá que ser aplicada por el juez.

En este sentido, Trapani propone tres “mecanismos” por medio de los cuales el “pueblo soberano” puede efectuar su “control” directo o indirecto sobre la “aceptabilidad política” de las reglas creadas por el juez, garantizando su “legitimación democrática”:

1. Elección directa de los jueces;
2. Control de “legitimidad” de última instancia por parte del Parlamento (piénsese, por ejemplo, en la función jurisdiccional desarrollada en Inglaterra por la House of Lords);
3. Creación de un Tribunal Supremo de Casación nombrado por el Parlamento y sometido a éste.

En fin, aunque se admita que la concepción del principio de *estrecha legalidad formal en materia penal* es, en realidad, “ingenua” o inclusive “mítica”, hace falta sin embargo “extrapolar” su sentido profundo, rescatando su sustancia política de garantía del ciudadano, que no puede ser dejada a un poder del juez penal, objetivamente

⁴⁹ TRAPANI M., *Considerazioni... cit.*, pág. 640: “*Il giudice cioè “prima” decide e “poi” giustifica la sua decisione attraverso “processi argomentativi” il più possibile “razionalmente plausibili”; anzi, quanto più voglia “discostarsi” dalla volontà politica manifestata in un certo contesto storico dal Parlamento, ma senza volere assumersi la correlativa responsabilità, tanto più farà ricorso a canoni ermeneutici fondati su “finzioni” di formale ossequio a quella volontà legislativa cui non vuole in realtà “soggiacere”.*”

político, y que no teniendo hoy en día límites efectivos puede fácilmente degenerar en un albedrío total.

VI. CONCLUSIONES.

A la luz de las averiguaciones de nuestro trabajo, podría parecer que las conclusiones a las que hemos llegado sobre la naturaleza ambigua de la interpretación judicial, llevan inevitablemente a refutar la idea que hemos tomado como punto de partida de nuestro análisis. En efecto, hasta ahora, todos los juristas iuspositivistas clásicos que consideran la ley como punto focal del sistema, han resuelto la cuestión de la creación judicial del derecho reduciéndola a un simple caso de inobservancia o errónea aplicación de la ley penal.⁵⁰ En otras palabras, según estos juristas, el juez que haya interpretado equivocadamente la ley penal no estaría “creando” una norma nueva porque la sentencia que en esta se fundamentara sería declarada nula, es decir, incapaz de producir efectos vinculantes. Dicha perspectiva, aunque sea aceptable desde el punto de vista formal, no tiene en cuenta las implicaciones prácticas del fenómeno. En efecto, como hemos tenido manera de matizar a lo largo de este trabajo, no sólo la única forma de control de la actividad interpretativa es la motivación de la sentencia, sino que el juicio último sobre la conformidad a la ley de una dada sentencia no deja de ser una evaluación que corresponde al órgano judicial.

Por otro lado, los juristas que consideran la norma penal como el resultado de la actividad interpretativa, es decir, como un producto del juicio penal en el que ésta tiene su principio y su fin, llegan todos a la conclusión de que el modelo clásico tiene que considerarse superado porque no asume la importancia de problemas de interpretación, de prueba, de relevancia y de calificación con los que es normal que se encuentre el juez y que demuestran la insuficiencia y los límites de la justificación deductiva. Estas argumentaciones sin duda tienen el valor de no “cerrar los ojos” ante la realidad de un ordenamiento en el que se multiplican las fuentes internacionales y las necesidades sociales crecen y varían mucho más rápidamente que los remedios dispuestos para hacerles frente. Resulta evidente, entonces, que, como afirman algunos juristas, *“no existe un ordenamiento claro, unívoco y pleno, por esto el juez se*

⁵⁰ En estos casos el ordenamiento admite la interposición del recurso de casación. Por ejemplo, el art. 849 LECrim española regula los casos en los que puede interponerse el recurso de casación por infracción de Ley. En el Ordenamiento penal italiano el art. 606 párrafo primero letra b) CPP, regula los casos en los que puede interponerse el recurso de casación por inobservancia o errónea aplicación de la ley penal.

encuentra con el problema de que el material normativo que el legislador ha puesto en sus manos no le sirve de manera exclusiva para tomar la decisión que se le exige".⁵¹ Desafortunadamente, estas críticas al modelo tradicional no tornan en la creación de un modelo nuevo y diferente. Básicamente, estos juristas proponen una actividad creadora del juez que sea diferente y autónoma de la del legislador, pero no saben encontrar en los ordenamientos modernos ningún principio jurídico que pueda legitimarla.

Con el estudio llevado a cabo en estas páginas, hemos intentado analizar el problema de la creación judicial del derecho bajo una perspectiva diferente. Los casos concretos de creación judicial del derecho abarcados en este trabajo nos han permitido observar quiénes son, en la *práctica* de los ordenamientos modernos, los sujetos que tienen la última palabra en el proceso de producción de la norma jurídica. Actualmente, parece ser que entre las diferentes etapas que forman parte del proceso productivo la balanza se ha inclinado a favor de las fases interpretativa y aplicativa de la norma, las cuales han "fagocitado" en sí el momento de creación de la norma. En otras palabras, puede decirse que una norma ha sido "*creada*", sólo y cuando el intérprete llamado a expresarse sobre el caso concreto haya identificado el sentido y el alcance de la misma. Dicha circunstancia representa sin duda un fallo del sistema iuspositivista clásico; pero, en nuestra opinión, este quebrantamiento no llega hasta el punto de acabar con el modelo originario. Para hacerlo debería sustituir los principios de legalidad penal y de separación de poderes, en los que se apoya el sistema iuspositivista, por otros principios, igualmente válidos, y capaces de servir de fundamento de un nuevo sistema jurídico. Pero si, como en este caso, el fallo no es capaz de convertirse en "regla", entonces no deja de ser un simple "error del sistema", que el Ordenamiento está llamado a remediar.

En efecto, el objetivo que nos hemos propuesto con este trabajo ha sido determinar qué actividades que forman parte del poder judicial deberían ser limitadas y cuáles, por el contrario, incentivadas para conseguir un sistema jurídico en el que la intensidad y naturaleza del poder judicial resulten funcionales y no

⁵¹ ANSUÁTEGUI ROIG F. J., *Creación judicial del derecho: crítica de un paradigma*, VVAA, *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, IDHBC-Dykinson, Madrid, 2006, pág. 553.

perjudiciales en la persecución de las finalidades propias del derecho. El punto de referencia, entonces, sigue siendo un ordenamiento que encuentra su fundamento en la diferenciación entre derecho y moral. Un ordenamiento que como una máquina funciona sólo gracias a la intersección de sus engranajes y gracias a *reglas internas* de actuación. Esto significa que todo estímulo o información externo tiene que ser traducido en el “lenguaje” interno de la máquina. En la máquina del ordenamiento jurídico, entonces, las instancias externas, las ideologías y necesidades sociales, tienen que ser traducidas en un lenguaje que los engranajes de la máquina puedan comprender: dicho lenguaje es la Ley. El poder del Estado que tiene la función de traducir las instancias sociales en lenguaje jurídico es el Parlamento, es decir, el único poder del Estado directamente vinculado a la voluntad popular. La política, en otras palabras, es la correa de transmisión entre el “externo” y el “interno” de la máquina, entre la moral y el derecho. Todavía, una vez “traducido” el mensaje perderá toda la carga emotiva típica del mundo de la moral: se hará norma y entrará a formar parte del Derecho.

Según esta impostación, la creación judicial del derecho representa un verdadero fallo de la máquina, porque el mensaje representado por las instancias sociales y políticas, en lugar de adquirir una forma clara e inalterada, permanece ambiguo e indefinido hasta el momento de su interpretación y aplicación por parte del poder judicial. Además el juez, no teniendo un hilo directo con las instancias sociales que han generado la producción del mensaje jurídico, volverá inevitablemente a cargar sobre sí mismo la visión ético-política que puede no reflejar la voluntad popular. Entonces, si es verdad que el mensaje traducido por el legislador en Ley puede no ser claro, unívoco y pleno, también es verdad que el legislador tiene libertad para desarrollar su proyecto político dentro de los márgenes que le ofrece la Constitución y, consecuentemente, es el único poder del Estado legitimado para aclarar y completar el sentido del mensaje social escondido entre los enunciados del texto legislativo.

Los ordenamientos modernos, en conclusión, carecen de un mecanismo que devuelva al legislador, es decir, al Pueblo la última palabra sobre las decisiones políticas que representan la dirección hacia la cual la máquina del Estado tendrá que moverse. En este sentido, entonces, los esfuerzos de los juristas modernos deberían basarse en la introducción de un control de “legitimidad” de última instancia por parte del

Parlamento⁵², capaz de garantizar no sólo la uniformidad del Derecho, sino inclusive su correspondencia con la visión político-social de un Estado democrático.

En una época histórica en la que se ha perdido confianza en la política y los ciudadanos ya no se sienten representados por un Parlamento dividido en miles de corrientes y destrozado por miles de escándalos, alcanzar la correspondencia entre “ley escrita” y “ley aplicada” no parece para la opinión pública una exigencia irrenunciable. En momentos de crisis es muy sencillo sacrificar el principio de legalidad penal en los altares de la “justicia” (¿o de la venganza?). Si quebrantar la ley, volcar su sentido y alterar su alcance, tienen como consecuencia inmediata la condena de un terrorista o de cualquier otro “enemigo del Estado”, entonces, el sacrificio, de cara a la opinión pública siempre aparecerá justificado. Todavía, como ya se ha dicho, el Ordenamiento jurídico es una máquina delicada y la alteración de un solo engranaje compromete irremediabilmente el funcionamiento de todo el aparato. Delegar las decisiones de política penal al poder judicial, o a cualquier otro poder que no fundamenta sus evaluaciones en el mandato de representación popular, significa entregar la libertad de los ciudadanos (de todos los ciudadanos) a la arbitrariedad de las contingencias. Una sola infracción de la ley, una sola interpretación arbitraria de sus palabras y de sus silencios, representa un precedente de otros quebrantamientos, cuyas consecuencias pueden ser imprevistas e imprevisibles.

Respetar el funcionamiento de la máquina, no forzar sus engranajes, significa inevitablemente aceptar la visión de un ordenamiento imperfecto que tiene que hacer renuncias y equilibrar los intereses, cuya finalidad tiene que ser necesariamente el “compromiso”. Aun así, para quien concibe la Ley como un escudo y nunca como una espada, esta máquina y sus engranajes representan el único baluarte de los ciudadanos contra el poder del Estado, la única diferencia entre un Estado fundado en el Derecho y un Estado fundado en la fuerza.

⁵² Así como propone TRAPANI M., *Considerazioni...*, cfr. cap. V.

BIBLIOGRAFÍA

- ANSUÁTEGUI ROIG F. J., *Creación judicial del derecho: critica de un paradigma*, VVAA, *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, IDHBC-Dykinson, Madrid, 2006.
- AROUET F.-M., *Dictionnaire philosophique*, Paris, Flammarion, 2010.
- AUSTIN J., *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, a cargo de H. L. A. Hart, Library of Ideas, London, 1954.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, Torino, 1994.
- BENTHAM J., *A Fragment on Government, or a Comment on the Commentaries*, 1776, en *Works of Jeremy Bentham*, Bowring J., Edinburgo, 1838-1843.
- BOBBIO N., *Intervento alla tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Giuffrè, Milano (Italy) 1967,
- CALCAGNO E., *Elettrosmog: illecito penale o amministrativo*, en *Dir. pen. proc.*, 2002.
- CATTANEO M.A., *Il positivismo giuridico inglese*, cit. en *Novissimo Digesto Italiano*, 1966, vol. XIII.
- DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale, tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.
- EQUIZI G., *Aspetti penalistici dell'inquinamento elettromagnetico: un vuoto di tutela*, en *Cass. pen.*, 2002.
- FERRAJOLI L., *Diritto e Ragione Teoria del garantismo penale*, Editore Laterza, Bari (Italy), 2011
- FRAGALE F.R., Parte segunda, en Ramaccioni, Fragale, *Bomba atomica. Inchiesta su Radio Vaticana*, Roma, 2011.
- GALLI E., *Il caso di Radio Vaticana: problemi antichi e nuovi in tema di elettrosmog*, Archivio Penale 2014.
- GARGANI A., *Reati di comune pericolo mediante violenza*, Milano, 2008.
- GARRONE, J. A., *Diccionario Jurídico – Tomo IV*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005.
- GIAMPIETRO F., *Versamento pericoloso di cose*, en *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993.
- GIUNTA F., *Elettrosmog*, en *Studium iuris*, 2002.
- GIZZI L., *Il getto pericoloso di cose*, Napoli, 2008.
- *Inquinamento elettromagnetico e responsabilità penale: la Cassazione sul caso Radio vaticana. Nota a Cass. pen., sez. IV, 24 febbraio 2011, Pres. Brusco, Rel. Zecca, Borgomeo*, artículo de 6 de julio de 2011, publicado en www.penalecontemporaneo.it.
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, en *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993.
- HART H.L.A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, Harvard Law Review, 1958..
- HOBBS T., *Leviathan*, Public Domain, London 1679.
- KELSEN H., *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (1945).
- LAMANNA C., *Considerazioni in tema di inquinamento atmosferico*, en *Giur. mer.*, 1983.
- MANTOVANI F., *Patrimonio (delitti contro)*, en *Enc. giur.*, vol. XXII, Treccani, 1990.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1986.
- MARTIELLO G., *Rilevanza penale dell'inquinamento elettromagnetico: a proposito dell'art. 674 c.p.*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007.

- PAGLIARO A., *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000.
- PEDRAZZI C., *Appropriazione indebita*, en Enc. dir., vol. II, Torino, 1958.
- RANIERI F., *Manuale di diritto penale*, Padova, 1952.
- SABATINI G., *Incolunità pubblica (contravvenzioni concernenti la)*, Torino, 1957.
- *Delle contravvenzioni in particolare*, en *Trattato di diritto penale*, Milano, 1937.
- SAINZ CANTERO J. A., *Delito. Concurso de delitos*, Gran Enciclopedia Rialp, 1991.
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Torino, 1980.
- TRAPANI M., *Considerazioni su verità e metodo nel giudizio penale*, en *Verità e metodo in giurisprudenza: scritti dedicati al Cardinale Agostino Vallini in occasione del 25° Anniversario della consacrazione episcopale*, a cargo de Dalla Torre G. y Mirabelli C., Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2014.
- *“Verità e Metodo in Giurisprudenza”*, pendiente de publicación.
- VELLUZZI V., *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002.
- VIGNA P.L.-BELLAGAMBA G., *Le contravvenzioni nel codice penale*, Milano, 1974.
- ZANOTTI R., *L'art. 674 c.p. e l'inquinamento elettromagnetico: interpretazione adeguatrice o violazione di principi fondamentali?*, en *Radio Vaticana e ordinamento Italiano*, a cura di Dalla Torre e Mirabelli, Torino, 2005.