

VADEMECUM



**SE PONEN A DISPOSICIÓN DEL LECTOR
ALGUNAS DE LAS CONFERENCIAS MAGISTRALES
PRONUNCIADAS EN EL XI ENCUENTRO
INTERNACIONAL JUSTICIA Y DERECHO**



PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

PRINCIPLE OF LEGALITY AND JUDICIAL DISCRETION

■ DR.C. LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho penal y Profesor emérito,
Universidad de Granada, España¹

<https://orcid.org/0000-0003-1431-8506>

lorenzom@ugr.es

Resumen

El presente escrito aborda la trascendencia del principio de legalidad en el Estado de Derecho, como presupuesto de la tutela judicial efectiva. Se destaca, desde semejante dimensión, su incidencia en el sistema de penas y, de ambos, en la aplicación de la norma en vía jurisdiccional, en la determinación y aplicación de aquellas, a solventar sobre los principios básicos del Derecho penal moderno y garantista. Prevalece el requerimiento normativo de las sentencias motivadas como consecuencia del razonamiento objetivo del contenido y la interpretación por parte de los jueces y tribunales. Todo ello se muestra y desarrolla en la relevante importancia de la exigible motivación de las sentencias, garantía del cumplimiento de la legalidad, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica; así como en las respuestas a la situación contraria, es decir, la no motivación o insuficiencia de esta. Para ello, se resaltan las opiniones más destacadas de la doctrina científica y la jurisprudencia, tanto en el contenido y alcance del principio de legalidad, soporte fundamental del Estado de Derecho, como

¹ El autor es, también, Dr. Honoris Causa Múltiple e Investigador Honorario del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología; autor y director de más de 200 publicaciones sobre Derecho penal (general y especial) y Criminología; cuenta con una distinguida actividad académica, nacional e internacional; ha sido reconocido por la Universidad de Granada y es director de la revista *Cuadernos de Política Criminal*.

en el sistema de penas, desde una perspectiva preventiva, general y especial, para dirigir el estudio final al binomio motivación-no motivación y su tratamiento judicial, base esencial de esta intervención.

Palabras clave: Principio de legalidad; discrecionalidad judicial; Estado de Derecho; motivación de las sentencias; garantías jurídico-penales.

Abstract

This paper deals with the transcendence of the principle of legality in the Rule of Law, as a presupposition of effective judicial protection. It highlights, from this dimension, its impact on the system of penalties and, of both, on the application of the law in the courts, in the determination and application of those, to be solved on the basic principles of modern criminal law and guaranteeing the Rule of Law. The normative requirement of reasoned sentences prevails as a consequence of the objective reasoning of the content and interpretation by judges and courts. All of this is shown and developed in the relevant importance of the required motivation of sentences, a guarantee of compliance with legality, effective judicial protection and legal certainty; as well as in the responses to the opposite situation, that is to say the lack of motivation or insufficient motivation. To this end, the most outstanding opinions of scientific doctrine and jurisprudence are highlighted, both in terms of the content and scope of the principle of legality, the fundamental support of the Rule of Law, and in the system of penalties, from a preventive, general and special perspective, in order to guide the final study to the binomial motivation-non-motivation and its judicial treatment, the essential basis of this intervention.

Keywords: Principle of legality; judicial discretion; Rule of Law; statement of reasons for judgments; criminal law guarantees.

Sumario

I. Introducción; II. Principio de legalidad; III. El sistema de penas en su relación con la discrecionalidad judicial; IV. Legalidad y discrecionalidad en la determinación e individualización de la pena. V. Conclusiones; VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Parece conveniente adelantar, al inicio de esta exposición, la dificultad que supone combinar, con precisión, el necesariamente defendido Estado de Derecho, sobre su variable de límite al *ius puniendi* estatal, en este caso sobre la piedra angular del principio de legalidad, y la posible discrecionalidad judicial, su concreción, alcance y efectos; además, con el constante pensamiento de la exigencia de brevedad que impone una intervención de estas características.

Generalmente, en el Derecho comparado constitucional, es relevante que, desde los primeros artículos de la Constitución, se fije la estructura estatal bajo la bandera del Estado de Derecho, en su dimensión social y democrática. Semejante proclamación tiene una enorme trascendencia, tanto teórica como práctica, e incide en todo el ordenamiento jurídico y, muy especialmente, en el penal. Entre otras hipótesis, conlleva una serie de garantías en relación con la ciudadanía, que cualquier sector de la estructura jurídica ha de respetar.

En tal sentido, el ejercicio del poder punitivo del Estado debe obedecer a una serie de principios que salvaguardan esas mínimas garantías que la ciudadanía ha de poseer para convivir en una sociedad democrática y respetuosa con los derechos y las obligaciones de todos. El intervencionismo estatal no puede, en ningún caso, por necesario que sea —y en el ámbito penal lo es—, avasallar la dignidad y seguridad de sus ciudadanos.

Con tal perspectiva, cabe mostrar un catálogo de principios que van a dirigir y delimitar todos los contenidos de las normas punitivas y que, en consecuencia, es preciso definir y desarrollar, como parte del estudio de los fundamentos que asientan la estructura penal, porque son, precisamente, los pilares básicos e irrenunciables sobre los que esta se cimenta en el Estado garantista.

Una doble variable es presentada sobre la versión jurídica, social e ideológica que se desarrolla: por un lado, la que distingue entre Derecho penal objetivo y subjetivo, que incluye la enumeración de aquellos principios en la narración de esta, sobre la separación de límites materiales al *ius puniendi*, los que, a su vez, se diferencian en la producción de las normas —necesidad de la intervención, dignidad de la persona, protección de bienes jurídicos— y en su aplicación —necesidad de pena—, y límites formales —legalidad. Por otro, se manifiestan los que fundamentan el Estado social y democrático de Derecho, no solo el Derecho penal en sí mismo, sino también y directamente, sus límites.

Mir Puig (2016, p. 114) distribuye, entre los tres componentes de dicha fórmula, los diferentes límites que han de respetar el legislador y los demás órganos encargados de ejercer la función punitiva: Estado de Derecho —principio de legalidad—; Estado social —necesidad social de la intervención penal—; Estado democrático —principios de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano; y en una mayor concreción: culpabilidad, proporcionalidad y resocialización.

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad de los delitos y las penas constituye uno de los postulados más importantes de la estructura punitiva del Estado de Derecho, al mismo tiempo que se muestra como una relevante limitación del poder punitivo estatal. Se expresa de la siguiente forma: ningún hecho puede ser estimado como delito sin que una ley anterior lo haya calificado como tal (*nullum crimen sine lege*); no podrá aplicarse ninguna pena que no haya sido previamente establecida por la ley (*nulla poena sine lege*). Su formulación latina —*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*— procede de Feuerbach (1832, p. 146), que lo expone en relación con su teoría de la pena como coacción psicológica. En sentido inverso, como manifiestan Roxin-Greco (2020, pp. 213-214), supone que, por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado solo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico-penales, si antes lo ha advertido expresamente en la ley.

Estos últimos estudiosos ponen un interesante ejemplo, basado en la tradicional formulación germana y relacionado con la aparición de las máquinas automáticas que funcionan con monedas, cuya inclusión en el mercado fue posterior a la aprobación del StGB (Código penal alemán), en 1871, con lo que algunas personas intentaron sacar provecho de ellas introduciendo en la ranura, en lugar de monedas auténticas, pequeñas fichas metálicas de forma similar y, de este modo, usar gratis dichos aparatos, sobre la hipótesis de no poderse castigar porque el tipo de estafa requiere, según el párrafo 263, un error que desfigure o suprima hechos verídicos, en el que, obviamente, el aparato no puede incurrir —tampoco eran de aplicación los párrafos 146 y 284c del StGB—, de modo que el legislador alemán, para respetar el principio de legalidad y sancionar semejantes conductas, se vio obligado a crear un nuevo precepto penal: el 265a.

En esta dimensión, pero con un enfoque diferente, el Artículo 1.3 del Código penal cubano marca que

en la materia regulada por la presente Ley, rige el principio de lesividad social, mediante el cual, para imponer una sanción, se requiere que el hecho produzca una lesión a los bienes jurídicos tutelados por la ley, o los ponga en peligro o riesgo de provocarla. (2022, p. 2558)

El 1.4 añade una importante referencia a los principios recogidos por la Constitución y otros: «Son de aplicación los demás principios que dimanen de la Constitución, los prescritos en los tratados internacionales en vigor en el país, según correspondan, y los demás que se desarrollan en este Código» (p. 2558). De manera más específica y cercana a la idea del principio de legalidad, el Artículo 2.1 mantiene que «solo constituyen delitos los actos expresamente previstos en la ley vigente, con anterioridad a su comisión» (p. 2558); y en el 2.2 señala que

las sanciones que se imponen en el proceso penal son las establecidas en la ley vigente con anterioridad al acto punible; y, en cuanto a las medidas de seguridad, se imponen las que dispone la ley en vigor en el momento en que el tribunal dicte la resolución. (p. 2558)

Sin entrar en más consideraciones, es preciso concluir que dicha aproximación es conforme a tal principio en su doble significado: político

y científico. Por el primero, se propugna la entronización del *ius certum*, la seguridad del Derecho penal, lo que dirige a una serie de garantías políticas —de ahí su origen político—; por el segundo, se desarrolla, en el terreno práctico, un conjunto de principios científicos formulados por la doctrina.

Desde esa perspectiva, son claves las consecuencias de la proclamación del principio de legalidad; en cuanto a ellas, la mayoría de la jurisprudencia se ha manifestado o, al menos, ha deducido que aquel, en el ámbito del Derecho penal, se configura, mínimamente, sobre tres exigencias: la existencia de una ley, generalmente orgánica, reguladora de las conductas delictivas (*lex scripta*); que esta se halle en vigor antes de cometerse el hecho delictivo sometido a enjuiciamiento (*lex previa*); y que describa o delimite, de forma precisa y concreta, la conducta (*lex certa*). En definitiva, el principio de legalidad constituye, en una primera aproximación, el requerimiento de ley previa, escrita y estricta o cierta.

Por tanto, la proclamación del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* en los códigos penales y en las constituciones determina, además, una serie de consecuencias que es necesario agrupar en tres planos: el marco de las fuentes del Derecho penal, el ámbito de las garantías individuales y la técnica de elaboración de las leyes penales.

En el primero, la ley penal es la única fuente formal y directa de estas normas y, coherentemente, la única capaz de crear delitos y penas, estados peligrosos y medidas de seguridad. La afirmación no está exenta de problemas y discusiones doctrinales, tanto en su propia esencia como en repercusiones específicas sobre cuestiones tales como la admisión de la costumbre como fuente, la prohibición de la analogía o su aceptación, la irretroactividad de la ley penal o las normas penales en blanco.

En el segundo —el de mayor interés para este discurso—, aquel axioma se sitúa en el ámbito de las garantías individuales, que se proyectan en cuatro direcciones:

a) Garantía criminal (*nullum crimen sine lege*). Ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya calificado como tal;

b) garantía penal (*nulla poena sine lege*). No podrá aplicarse pena que no haya sido previamente establecida por la ley. Como novedad, el

texto punitivo español vigente, con respecto a los códigos penales anteriores, amplía la garantía —ya no denominada, con acierto, únicamente penal— a las medidas de seguridad;

c) garantía jurisdiccional (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*). «No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales» —Artículo 3.1, Código penal español. Las notas más características son: 1. La ejecución se refiere tanto a la pena como a la medida de seguridad. A diferencia del Código anterior, el legislador español amplía con esta última previsión el campo de protección; 2. Se precisa que exista una sentencia para la ejecución, por lo que se excluye cualquier otro tipo de resolución judicial; además, aquella ha de ser firme, esto es, que no quepa recurso ordinario alguno. Ambas premisas garantizan, a su vez, la realización de un juicio previo; 3. Dicha sentencia firme ha de ser dictada por juez o tribunal competente, lo que, en principio, puede ser innecesario porque parece contenido en el concepto de sentencia firme, pero viene a concretar, en el ámbito punitivo, la declaración constitucional española del Artículo 24.2 de que «todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley»; 4. Lo anterior —y puede ser una nueva reiteración— ha de hacerse de acuerdo con las leyes procesales, ya que, obviamente, la exigencia de cumplimiento de las leyes es exigible en toda actuación y, mucho más, desde la perspectiva penal;

d) garantía de ejecución. No podrá ejecutarse pena alguna en forma diferente de la prescrita por la ley y los reglamentos. A la garantía estricta de ejecución de penas y medidas de seguridad, se añade, expresamente, la judicial de la ejecución, hasta ahora no contemplada en los textos punitivos anteriores y que otorga dicho control al juez o tribunal sentenciador y a los jueces de vigilancia, como competentes en la materia, de acuerdo con el Título V, artículos del 76 al 78, de la Ley orgánica general penitenciaria española.

Como tercera consecuencia, aparece la técnica de elaboración de las leyes penales. El TCE es reiterativo, como se ha dicho, en manifestar que el principio de legalidad implica una *lex certa* —«*lex certa, previa, scripta et stricta*»— [TCE, Sala Segunda, Sentencia 151 (Septiembre 29, 1997), Recurso 3983/1994; Pleno, Sentencia 136 (Julio 20, 1999), Recur-

so 5459/1997; Sala Segunda, Sentencia 129 (Junio 30, 2003), Recurso 3081/2000].

La auténtica eficacia del principio viene determinada, en la práctica, por la técnica de elaboración empleada en la descripción de conductas prohibidas y en la fijación de las penas. Aunque el grado de previsión exigible al legislador no es el mismo cuando se trata de describir delitos que cuando implica establecer penas, en cualquier caso, este tiene el deber de concretar —obligado por el principio de legalidad—, con exactitud y claridad, tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica de la norma penal, cuestión esta extensible, también, a los jueces en la aplicación de dicha norma, para que no se conviertan en instancias alternativas de elaboración normativa. En este sentido, es referente, entre otras, la sentencia del TCE (Sala Segunda) que afirma:

La garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones [*lex certa*]. Esta exigencia tiene implicaciones no sólo para el legislador sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in mala partem* [...]. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes. (Sentencia 127, junio 4, 2001, Recurso 4859/1997)

Con similar abordaje inicial, sobre la susodicha dicotomía existente entre principio de legalidad y discrecionalidad judicial, cabe valorar —como posible factor de incidencia en el primero— la propia discrecionalidad, en términos de actuación en el ejercicio de su función jurisdiccional de aplicación de la norma, pues uno de los problemas

que, con mayor intensidad, ha sido planteado en toda la estructura normativa del Código penal y, más específicamente, en atención con el sistema de penas, sobre todo en fase de individualización, es el del cumplimiento efectivo de algunas previsiones del citado principio, que en este sentido se afrontará. Para ello y por ello, es preciso hacer una escueta valoración del sistema de penas, siempre entroncado con la susodicha discrecionalidad.

III. EL SISTEMA DE PENAS EN SU RELACIÓN CON LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Pocos temas en la ciencia jurídica merecen mayor atención que el relacionado con el sistema de penas; como puso de manifiesto Welzel (1987), «el hombre ha meditado sobre el sentido y finalidad [sic] de la pena, desde que la reflexión filosófica acompaña su existencia» (p. 328). Del concepto del que se parta, de su justificación y fines, dependerá, en gran medida, la propia idea de Derecho penal que se defienda, desde el momento en que, para muchos autores, la función de este depende de la función que se asigne a la sanción, como medio más característico de la intervención penal (por todos, Mir Puig, 2016, p. 84).

No faltan, sin embargo, los que, en una diferenciada perspectiva, presentan la pena «como un torpe remedio, porque no se ha sabido inventar otro mejor, al que se acude para reforzar una serie de prohibiciones cuya observancia se considera absolutamente necesaria para mantener el orden establecido» (Quintero Olivares, 1981, p. 14), también en su comprensión de acto de fuerza de la sociedad frente al delincuente, «lo que no significa cuestionar su necesidad o su licitud sino solo poner de manifiesto su naturaleza esencial» (Quintero Olivares, 2015, p. 552). En cualquier caso, su significado y activa presencia en el ámbito punitivo es innegable.

A partir de semejante visión, no cabe duda de que la pena y, dentro de ella, la de privación de libertad, ha sido —y es— el instrumento más demandado y utilizado por una sociedad en la que parece que aumentan los peligros, hasta convertirse en una sociedad de riesgo, y donde las reacciones a determinadas convicciones, generalmente asentadas en premisas mediáticas, son las de exigir una más intensa y rígida lucha contra la criminalidad que, inevitablemente, camina

hacia una intensificación de los medios de reacción punitivos. Además, los gobiernos se muestran interesadamente sensibles a trasladar dichas demandas a los textos penales, cuando no a incentivarlas.

La pena de prisión continúa presentándose como referencia principal de los sistemas punitivos a nivel mundial, incluso en los países más avanzados en este ámbito de las reacciones jurídicas a los comportamientos delictivos, y se exhibe como ariete esencial del progresivo expansionismo del Derecho penal. En tal sentido, Van Zyl Smit y Snacken (2013, p. 523) mantienen, con buen criterio, que tanto Europa como Estados Unidos se acercan, con temible velocidad, a la mano más dura del Derecho penal para tratar los problemas sociales, con la creciente utilización del encarcelamiento, como respuesta convenida y sólidamente asentada en su estructura de seguridad, con lo que, posiblemente, caminen hacia un utilitarismo punitivo de necesaria valoración crítica.

Frente a —o junto con— ello, el penalista, el estudioso del Derecho ha de reaccionar con prudencia, rigor en sus investigaciones y estudios, imaginativos aportes dogmáticos y prácticos, y absoluto respeto a los principios básicos del Estado de Derecho, para conseguir propuestas político-criminales que, continuamente, mejoren el sistema, en general, y el de penas, en particular, sobre la aureola, imprescindible y nunca renunciable, del garantismo punitivo. Ello conduce a la actuación judicial y cobra especial relevancia en el sistema jurídico-penal, en clave de posibilidad de discrecionalidad o arbitrio, necesariamente reglado, de jueces y tribunales en la determinación de la pena y su ejecución.

Cuando se escribe sobre el sistema de penas, se refiere, en una parca síntesis de lo mucho que se puede hablar sobre él, con adecuación al contenido de este escrito, a la estructura programática y normativa que el texto punitivo ofrece, sobre esta llamada estrella referencial valorativa del conjunto del Código penal que se quiere analizar y sus respuestas a la delincuencia. Quintero Olivares (2015) se congratula de que, en la actualidad y a diferencia de recientes pasados, los juristas se percatan de que, precisamente, en el propio sistema de sanciones, reside el núcleo del problema: «por qué se castiga, cuándo se puede castigar, con qué finalidad, y, sobre todo, en relación con la pena privativa de libertad, si es posible imaginar formas diferentes de reacción frente al delito, menos toscas y marginadoras» (p. 558),

a lo que se añade cómo se determina la sanción a aplicar y su ejecución para coordinarla con los principios básicos que sustentan el Derecho penal sustantivo e, igualmente, el procedimental.

A la hora de desarrollar, por muy brevemente que se haga, un sistema de estas características o cualquier otro, es preciso, como preámbulo justificador, analizar su fundamento y fin, sobre los cuales gravita no solo el sistema en examen, sino, asimismo, el del conjunto de la ciencia punitiva; pero esos elementos han de situarse, prioritariamente, en aquel. Coincidencia, casi pacífica, es la necesidad de pena para poder ser justificada, aunque, en instituciones de similar trayectoria, no faltan posiciones extremas negacionistas de su propia esencia con respecto a la sanción y al Derecho penal. En este último sentido, determinados enfoques —más desde perspectivas filosóficas— han cuestionado cualquier justificación a aquella y, en consecuencia, al Derecho punitivo; así, propuestas idealistas y utópicas, pero en ocasiones brillantes y solidarias, y anarquistas, marxistas-ortodoxas y algún sector correccionalista, positivista o alternativo, han visto la pena como injusta, inútil y hasta perjudicial —entre otros, Conde Remigio (1968, p. 165), para quien el Derecho, lo mismo que el Estado, se extinguirá cuando todos los hombres hayan aprendido a vivir sin preceptos reguladores de la conducta humana, bajo la amenaza de una pena y con la ayuda de la coacción; cuando los hombres se hayan acostumbrado a respetar, sin necesidad de coacción, las reglas fundamentales de la convivencia.

Tales afirmaciones, como dialéctica de ideas, son de interés, pero en la realidad social y jurídica no han sido suficientemente atendidas, en ocasiones, por sus propios errores de puesta en práctica ideológica o por la misma aducción que suponen en una sociedad cada vez más alejada de estos planteamientos —sobre todo ello, con amplitud, Jiménez de Asúa (1964, p. 170) y Morillas Cueva (1978, p. 35).

Como consecuencia, descartadas las hipótesis negacionistas, es necesario situarse en parámetros de justificación y permanencia de la sanción y del Derecho punitivo. En este último, se ha de asumir la rotunda afirmación que, en su momento, ya hizo Roxin (1998): «no será posible una supresión del Derecho penal —ni de sus presupuestos básicos, como es la pena—, el Derecho penal todavía existirá dentro de cien años» (p. 440), como también han sostenido Morillas Cueva (2002, pp. 17-23), y Hassemer (1984), para el que «quien pretenda

abolir el Derecho penal, lo único que quiere es ahuyentar al diablo con Belcebú» (p. 400).

En atención a aquella, se ha de partir, inicialmente, de su realista sustento en la justificación de la pena en cuanto a la necesidad para mantener la estabilidad social. Ello no quita un planteamiento reduccionista y crítico de su actual expansionismo. Los mismos autores que participaron en el proyecto alternativo alemán (1966) —14 grandes penalistas: Roxin, Baumann, Stratenwerth, Stree, Noll, Kaufmann Arthur, Brauneck, Hanack, Klug, Lampe, Lenckner, Maihofer, Schmitt, Schultz—, se enfrentaron a ella con la percepción de su amarga necesidad, la *ultima ratio*, a la que tiene que acudir la sociedad para intentar preservar sus reglas de convivencia —en atención a la pena de prisión, esta se muestra como la *ultima ratio* de la *ultima ratio* que es el Derecho penal.

Sin entrar en el gran debate entre retribucionismo, preventivismo y teorías unitarias, se profesa la idea de la prevención, tanto general como especial. En ello influyen, notoriamente, la ideología de la que se parte y los planteamientos político-criminales que se desarrollan. No siempre se comprende de esta manera. Así, desde otra dimensión —patrocinada, entre otros, por Hassemer (1984, p. 351)—, se mantiene que las teorías de la pena no se eligen: se ubican y encuentran raíces en una cultura determinada, en este caso jurídica, lo que no evita que los esquemas culturales que propician alguna de aquellas puedan cambiar; es el caso, por ejemplo, de la teoría pura de la retribución de compleja adecuación a la actualidad, pues para eso tendría que cambiarse de época, de justificación de la propia pena y las exigencias sociales sobre ella. Verdad es que no puede predecirse la permanencia de los parámetros básicos que sustentan la situación contemporánea, inclinada hacia las teorías relativas de la prevención, pero, también es cierto que ello puede alterarse y obstruir su alcance.

Dicho lo anterior y, en parte, próximo al planteamiento de Hassemer (1984, p. 347), se ha de añadir la necesidad de dar fluidez a las opciones político-criminales, incluidas las ideológicas, para presentar una propuesta no especialmente encorsetada en la no elección. Al hilo director de este escrito, el autor considera que la pena hay que conceptualizarla como un mal, en el sentido de acto de fuerza que la sociedad emplea para su defensa, y supone, para el individuo que la recibe, una privación de derechos, lo cual no significa que se esté adelan-

tando ningún otro criterio, pues ese mal no tiene por qué comportar retribución en ningún caso.

La pena se justifica en su necesidad para la protección de bienes jurídicos, a través de la prevención. Su fundamento es doble: por un lado, la culpabilidad, que actúa, prioritariamente, como limitación de la intervención; por otro, la necesidad, y aquí enlaza con la justificación: una pena adecuada a la medida de la culpabilidad, únicamente, puede fundamentarse cuando, en realidad, sea necesaria para la protección de la sociedad y del individuo; si no lo fuera, para atender a las exigencias preventivas, no debiera ser aplicada. La culpabilidad desempeña un notable papel de garantía: cuando la pena adecuada a la culpabilidad entre en conflicto con los fines preventivos de aquella, el límite superior será invariable, mientras que el inferior podrá ceder para disminuirla o, incluso, sustituirla, si los fines preventivos así lo demandan, con la única restricción de que las causas de rebaja o sustitución vengan legalmente establecidas en la ley.

Esta introducción lleva al compromiso con dos ideas claves: la renuncia a toda retribución, incluido el supuesto de acompañamiento secundario junto a la prevención, y el asumir que los fines a perseguir por las penas serán puramente preventivos, tanto generales como especiales; en caso de antinomia entre ellas, se prefiere la prevención general.

Para una mejor comprensión de semejantes conceptos y sus diversos significados, es conveniente acomodarlos en las tres fases que, con cierta frecuencia, atiende la doctrina:

- La de conminación legal tiene un marcado carácter preventivo general —la pena abstracta señalada en la ley con anterioridad a la comisión del delito se dirige a la colectividad, y se fundamenta y justifica en la necesidad para la convivencia a través de la protección de bienes jurídicos.
- La de determinación e imposición, en la que la justificación es la misma, pero para su fundamento, junto a la necesidad, hay que situar la culpabilidad, con el carácter garantista que ella le ha otorgado; los fines son, preferentemente, preventivo-generales, aunque también pueden advertirse algunos especiales. Al suponer la determinación e imposición de la sanción una confirmación de la amenaza abstracta tipificada, de forma previa, en la ley, se está sirviendo, en esencia, a criterios preventi-

vo-generales; no obstante, en ciertos casos, la punición actúa como elemento de prevención especial, cuando incide en el delincuente, frente a una posible reincidencia. En esta fase, es de relevante interés la actuación judicial, pues será el juez o tribunal quien concrete la extensión y efecto de la pena, con mayor o menor discrecionalidad, según los casos y la normativa vigente. Para Mir Puig (2016, p. 105), en este momento de determinación judicial de la pena es donde resulta más difícil conciliar las exigencias de justicia, prevención general y prevención especial.

- La de ejecución, que se encamina, primordialmente, hacia la prevención especial, aunque sin anular los efectos preventivo-generales, como pueden ser los producidos por una ejecución efectiva, que reitere la seriedad de la conminación legal para el resto de los ciudadanos.

IV. LEGALIDAD Y DISCRECIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

En la línea de garantismo penal que se defiende es preciso afrontar, después de todo lo dicho, la exigencia de adaptación de los sistemas punitivos a los principios político-criminales que lo dibujan en el Estado social y democrático de Derecho, lo informan y limitan. Enumerarlos y analizarlos todos no sería adecuado en un trabajo como este —legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad, resocialización, intervención mínima, presunción de inocencia, necesidad, *non bis in idem*. De ellos, los más directamente relacionados con aquel, y así lo ha entendido la doctrina (Mapelli Caffarena, 2011, pp. 25-35; Morillas Cueva, 2021, pp. 109-144), son los primeros cinco y, sobre todo, el de legalidad, especialmente, en cuanto a la individualización de la pena. Su importancia deviene, así, mandato de certeza, tanto en su vertiente de garantías individuales, ya comentadas, que afectan a la sanción —penal, jurisdiccional y de ejecución—, como en la de técnica de elaboración de las leyes respectivas, con sus delitos y sanciones. Acaso sea en este ámbito en el que, con cierta frecuencia, se acude a indeterminaciones que pueden afectar, además, otro principio, estrechamente conectado: el de seguridad jurídica.

Barquín Sanz (2001), sobre tales previsiones del principio, en lo correspondiente a su exigencia de que las normas penales sean lo más precisas posible, y expresen con detalle razonable la conducta desvalorada y la sanción que se prevé para el infractor, enumera lo que llama «determinadas faltas de respeto e incluso quiebras del susodicho principio» (pp. 280-281), ante las siguientes situaciones:

a) La regulación legal es oscura y ambigua, de tal forma que, por la vía interpretativa, se puede llegar a diversas soluciones, igualmente razonables;

b) la regulación penal es incierta y deja al juzgador la tarea de decidir en cada caso cómo aplicarla; con mayor o menor margen, existe cierto arbitrio judicial en la determinación de la pena;

c) varias normas, suficientemente claras y precisas en lo individual, son contradictorias entre sí, de modo que lo previsto por una es incompatible con lo regulado en la otra;

d) varias normas son de aplicación a un mismo supuesto, sin que se indique al intérprete cuándo optar por una u otra y cómo hacerlo;

e) la regulación deriva, en ocasiones, irrazonable, y conduce a los órganos judiciales, bien a no aplicar la institución o bien a apartarse de lo previsto legalmente para evitar soluciones absurdas;

f) el Código se abstiene de regular algún instituto punitivo, y deja al reglamento o, directamente, al criterio del órgano judicial, la concreción de las cuestiones esenciales (trabajo en beneficio de la comunidad).

Estos ejemplos y otros muchos que se podrían añadir —como los márgenes entre el mínimo y el máximo de la pena o los ya aludidos elementos normativos de los tipos— ponen de manifiesto una situación ciertamente delicada, en torno al cumplimiento de los desarrollos del principio de legalidad, y que conduce a una de las cuestiones de mayor debate, tanto doctrinal como jurisprudencial: la del arbitrio o discrecionalidad judicial, tema que no puede ser planteado, en exclusiva, con argumentos especialmente formalistas, de rancia concepción legalista, sino abierto a las necesarias precauciones de concreción y taxatividad de las normas penales, pero también, a las exigencias sociales de valoración y de respeto a las coordinadas preventivas de la

aplicación e individualización de la sanción o de interpretación de los tipos delictivos.

Puede pensarse en el juez como una instancia político-criminal esencial, como hace Silva Sánchez (1998, p. 1451). Eso es así porque al juez se le confiere, en determinadas situaciones y supuestos legalmente establecidos, un margen de libertad para decidir, por ejemplo, en la individualización de la pena y, también, en la ejecución y la concreción de bastantes tipos contenidos en el texto punitivo. *Vgr.*, el Código penal español, de 1995 y, también, las leyes orgánicas 5/2010 y 1/2015 asumen este planteamiento e, incluso, lo refuerzan, lo que no deja de ser una previsión de cierto interés, si es coherentemente supeditada a otras exigencias garantistas. En términos generales, el derecho a la tutela judicial efectiva incluye, entre otros, el derecho a obtener, de los órganos judiciales, una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, que evite la indefensión del ciudadano ante la ley y la jurisdicción, en este caso penal, por lo que la motivación de las resoluciones judiciales, además de venir expresamente requerida por el Artículo 120.3 de la Constitución española, es una exigencia, asimismo, derivada del Artículo 24.1 del mismo texto. En consecuencia, existe una cobertura constitucional que posibilita tales planteamientos y ayuda a reducir sus efectos perturbadores. Además, el legislador penal español ha sido reiterativo, excesivamente acaso, a la hora de marcar semejante exigencia de motivación, en muchos de los supuestos en los que posibilita cierto margen de arbitrio judicial. Así, en clave de penas, han de analizarse los artículos 36.3 («acordar razonadamente» —período de seguridad—), 45 («ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia» —inhabilitación especial—), 74.2 («motivadamente» —pena del delito masa—), 78.2 («razonadamente» —cumplimiento de pena—), 80.1 («resolución motivada» —suspensión de pena—), 129.1 («motivadamente» —consecuencias accesorias—).

Lo que ha de estar claro es la vinculación del juez a la ley, sobre los parámetros fijados por los textos correspondientes, en este caso, los penales. Dicho esto, a pesar de la exigencia de taxatividad, que en su comprensión más restrictiva anularía cualquier posibilidad de discrecionalidad e, incluso, de arbitrio judicial, el lenguaje jurídico está relacionado, generalmente, con un significado abierto y, en ocasiones, con el uso de conceptos vagos e imprecisos, a los cuales hay que atender con valoraciones del propio aplicador de la norma. El problema es hasta dónde se puede lle-

gar sin conculcar, precisamente, el principio de legalidad. En el ámbito penal, y como bien dice Hassemer (1984, p. 246), tal vinculación del juez a la ley no solo significa para dicho sistema la garantía de una jurisprudencia consistente y la previsibilidad de la decisión, sino, sobre todo, la protección del inculpado concreto, ante la intervención arbitraria, lo que no significa una propuesta de rigidez interpretativa, más bien todo lo contrario.

La discrecionalidad judicial es una cuestión permanente en la historia y la realidad actual, tema de preocupación, debate, frentes dialécticos inacabados y, posiblemente, necesario, como se muestra en la mayoría de los textos punitivos. Tres hipótesis de trabajo cabe plantear:

a) Teoría de la libertad y discrecionalidad absoluta del juez en la esfera de determinación de la pena —opción poco defendida y de difícil argumentación porque conculca los principios básicos del Derecho penal y, en consecuencia, de las penas.

b) Teoría del margen de libertad, de origen alemán, elaborada inicialmente por la jurisprudencia y seguida por relevantes autores, eso sí, desde diferentes dimensiones —los planteamientos referenciales de esta posibilidad se basan, desde el punto de vista del conferencista, en demasía, en la limitación provocada por la culpabilidad, en cuanto dicho margen no puede sobrepasar el grado máximo de la pena adecuada a la culpabilidad. Según Roxin (2008, pp. 146-154), coincidiendo con Schultz (1966, pp. 113-123), el juez no puede, en consecuencia, imponer una pena que, en su magnitud o naturaleza, sea tan grave que ya no se sienta por él como adecuada a la culpabilidad; pero lo que sí puede decidir es hasta dónde llegar dentro del margen de libertad; la segunda reflexión, la imposibilidad de imponer la pena inferior al grado mínimo del marco de culpabilidad, es más compleja de asumir en la posición que asume el autor acerca del fundamento y los fines de la pena. La culpabilidad ha de ceder cuando la pena no sea necesaria a los fines preventivos de aquella, en cuanto a disminución o, incluso, supresión, como ya se ha mantenido. El Código penal español admite esa posibilidad, regulada en el Artículo 66, en varias de sus reglas: 7.^a y 8.^a, por ejemplo.

c) Teoría de la pena exacta, única en la que la determinación ya viene expresada en la regulación, sin capacidad de variar para más o menos —el maximalismo de esta opción es sumo y su manifestación

más pura es, inequívocamente, difícil de asumir, pues despreciaría circunstancias objetivas y subjetivas del caso concreto, en un automatismo más matemático que penal.

De todo lo narrado, el autor se manifiesta a favor de la teoría del margen de libertad en el sentido más amplio, entre los esquemas que ella asume. Además, es la que mejor responde al planteamiento preventivo defendido, tanto general como especial, con la culpabilidad como base, pero sin exclusivismo en su determinación, puesto que, aun admitiendo su papel relevante, se ha de configurar en cada caso, para poder así transformarse sobre los niveles cuantitativos de una pena, de consuno con los supuestos objetivos y la necesidad de sanción. Como escribe Castelló Nicás (2007, p. 10), la libertad del juez en la individualización de esta, según la regulación del texto punitivo, es evidente; no puede negarse, guste o no guste, con lo que coincide el autor; al tiempo que la base y el alcance de esa libertad, sobre las decisiones que sean motivadas por dicho margen de actuación, han de estar suficientemente documentadas y fundamentadas.

Las anteriores previsiones legales y doctrinales marcan, al mismo tiempo y en sentido contrario, los niveles de arbitrio judicial, en ocasiones, descritos con cierta amplitud, que puede inquietar el principio de legalidad en instituciones tales como las de suspensión y determinación de la pena concreta, consecuencias accesorias, cumplimiento íntegro, utilización analógica de las reglas de aplicación, responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa, etc., lo que ha llevado a algún autor a afirmar, con manifiesta dureza dialéctica, que

en materia de penas, los responsables de la elaboración del Código de 1995 no fueron muy respetuosos del principio de legalidad. Si hubieran acometido sus muy altas responsabilidades legislativas con la mitad de empeño con que maltrataron este derecho constitucional, tendríamos un buen sistema de consecuencias jurídicas del delito en vez de esta mezcla de píos deseos, incoherencia e improvisación. (Barquín Sanz, 2000, p. 313)

El problema es más de ponderación y de equilibrio entre ambos factores. Así lo ha visto la jurisprudencia, tanto constitucional como judicial. La importante Sentencia 108 (Abril 23, 2001), del TCE (Sala Segunda), recaída en el Recurso 1772/1999 y corolario de otras mu-

chas anteriores, marca con precisión el camino seguido, como *supra* se ha adelantado. Se llega así, a la otra exigencia indiscutible de la susodicha libertad judicial: la motivación.

La cuestión de fondo del problema y el espacio judicial de la motivación se proyectan en el exigente equilibrio y ponderación entre el margen de libertad del juez y la taxatividad de la norma penal, demandada por el principio de legalidad, en los que el deber de motivación supone un evidente límite para aquella, la libertad judicial, en tanto, como pone de manifiesto la referencial sentencia 108/2001, la obligación de exteriorizar el fundamento de la decisión reside en la interdicción de la arbitrariedad y, por tanto, en la necesidad de evidencia de que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, sino una decisión razonada en términos de Derecho.

En consecuencia, la exigencia de motivación cumple una doble finalidad: a) exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que, paralelamente, potencia el valor de la seguridad jurídica, de manera que sea posible lograr el convencimiento de las partes en el proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión; b) garantizar la posibilidad de control de las resoluciones por los tribunales superiores, mediante los recursos que procedan.

Con semejante perspectiva, la jurisprudencia ha marcado tres metas esenciales al respecto para el ciudadano de un Estado social y democrático de Derecho, sobre la exigencia del razonamiento y la motivación. En tal sentido, la Sentencia 567 (Junio 2, 2011), del TSE (Sala Segunda de lo Penal), dictada en el Recurso 1195/2010, ilustra y resume la trilogía señalada:

a) Ambos se configuran como valladares contra la arbitrariedad judicial que deja de serlo, por su impacto, basado en la racionalidad del quehacer judicial, para convertirse en juicio razonado y razonable, si se expresan los razonamientos y las valoraciones para llegar al fallo, y sustentarlo;

b) dicha fundamentación actúa como medio de incrementar la credibilidad de la justicia, en la medida en que con ella se trata de convencer a las partes de la corrección de la decisión adoptada, con lo que se avanza en la obtención y el ensanchamiento de los procesos de convicción social, lo que demuestra, en afirmación que se

comparte, el definitivo fundamento del cumplimiento de la ley y el respeto a las resoluciones judiciales, con preferencia a esquemas puramente coactivos;

c) tal fundamentación sirve para controlar la actividad judicial de los órganos de instancia por parte del tribunal superior, cuando conocen del asunto mediante el sistema de recursos, ya sea la apelación o la casación, pues, tanto en un caso como en el otro, esa falta de argumentos atenta, directamente, contra el sistema de recursos, en la medida en que se priva a las partes de que su causa sea examinada por un tribunal distinto y superior al primero, examen que no se puede verificar en la apelación o casación, si la sentencia carece de fundamentos, cuestión esta última que será matizada *infra*.

Sobre los anteriores criterios, que marcan una notable garantía en la actuación de los órganos jurisdiccionales, el TCE exige un canon todavía más riguroso en la motivación, cuando la tutela judicial efectiva se encuentra conectada con otro derecho fundamental, en particular, si lo hace, directa o indirectamente, con la libertad personal: en una sentencia penal, el deber de motivación incluye la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, así como la pena finalmente impuesta [TCE, Sala Segunda: sentencias 2 (enero 13, 1997), Recurso 285/1994; 235 (diciembre 14, 1998), Recurso 1770/1994; 108 (abril 23, 2001), Recurso 1772/1999; Sala Primera: Sentencia 214 (septiembre 18, 2000), Recurso 2406/1996].

En un sistema legal de determinación de la pena, caracterizado por la estrecha vinculación del juez a la ley, como bien manifiestan las sentencias citadas, el arbitrio judicial se encuentra fuertemente limitado y poco espacio queda para la motivación, en la medida en que esta se erige como expresión de la racionalidad de la decisión y, por tanto, excluye la arbitrariedad. De este modo, aparece conectado, en los presupuestos constitucionales, el margen de discrecionalidad fijado en el Código para la individualización e imposición de la pena por el delito cometido e, incluso, para su ejecución, o no, con la medida de la argumentación constitucionalmente exigible. El binomio arbitrio judicial-motivación ha de impedir que el primero pase a ser arbitrariedad irracional, subjetiva e injustificada y, como tal, conculque los presupuestos básicos del principio de legalidad.

Doctrinalmente, existen profundas discrepancias sobre este tema. No es infrecuente, sin embargo, en un amplio y relevante sector, encontrar argumentos de cierta flexibilidad interpretativa. En este sentido, Roxin (2020) afirma que, en las consecuencias jurídicas, se puede aceptar una indeterminación algo mayor que en los presupuestos de la punibilidad porque el principio de culpabilidad y los codificados para la medición de la pena le dan, al autor del delito, cierto grado de seguridad compensadora, aunque, asimismo, matiza, que la cuantía de la sanción, que debe calcularse mediante aquellos, es menos calculable y, además, no es independiente del marco penal; por eso, concluye con la referente afirmación de que el legislador alemán, «que aún es poco consciente de los problemas en este campo, se ajustaría mejor a la Constitución[,] si de modo general se decidiera a ceñirse a unas penas de dimensiones determinadas y precisas» (p. 263). No es de extrañar esta última afirmación del autor germano, si se analiza el amplísimo margen de discrecionalidad que desarrolla el texto de ese país. En España, Barquín Sanz (2000, p. 314) se muestra disconforme con los términos en que el Código plantea la cuestión, al considerar que existe un exceso de discrecionalidad que, plasmada en la realidad cotidiana, ofrece demasiados ejemplos de arbitrariedad y, en la jurisdicción penal, se ventilan asuntos de tan trascendental relevancia y conviene acentuar las precauciones.

El problema no es baladí. Es real que el Código penal establece frecuentes ámbitos de disposición, esencialmente, en el sistema de consecuencias jurídicas y, también, en el de la descripción de muchos tipos, espacios que, para unos, son insuficientes al objeto de lograr una auténtica política criminal preventiva, en concreto preventivo-especial; y, para otros, son especialmente amplios, con lo cual peligran los fundamentos del principio de legalidad, y de certeza y taxatividad de las normas jurídico-penales.

Nadie duda, en este sentido, que las leyes han de ser claras y precisas; pero ello no es incompatible con la fijación legal, en determinados supuestos, de cierto margen de arbitrio judicial que puede y debe reforzar los criterios político-criminales del sistema de penas en el Estado social y democrático de Derecho, a través de hipótesis de indeterminación legal relativa. Se opta, en definitiva, por una posición intermedia entre los criterios más extremos, la que se basa en la confianza en la profesionalidad, los conocimientos y la pru-

dencia del juzgador, pero también en el buen hacer del legislador que sepa introducir suficientes y claras formulaciones legales, a fin de orientar adecuadamente las resoluciones judiciales y conseguir bastantes mecanismos de control, que eviten disfuncionalidades en la actuación judicial, y la consecuente indefensión y perjuicio para el ciudadano o la sociedad, siempre sobre la exigencia legal de motivación y respeto al principio de legalidad, con el que, en ningún caso, es antagónico, sino complementario.

La siguiente cuestión relevante de esta situación, una vez fundamentada la exigencia de motivación, es precisamente la contraria a lo dicho, es decir, los efectos jurídico-penales y procesales que tiene el incumplimiento legal, por parte del juez, de la exigencia de motivación, proceder que se aleja de las prescripciones normativas al respecto y de las previsiones garantistas que fija el texto punitivo. Al margen de las posibles medidas disciplinarias que esta situación ha de producir, la jurisprudencia ha creado doctrina —que se entiende discutible— sobre cómo afrontarlo y, en esa perspectiva, apunta tres modos posibles de remediar la grave disfuncionalidad, desde la resolución del previo recurso en casación —TSE, Sala Segunda de lo Penal, Sentencia 455 (marzo 13, 2002), Recurso 2787/2000:

a) Devolver la sentencia al tribunal de instancia para que dicte otra, en la que valore lo que, en la primera, quedó irrazonado. En dicho sentido, la indicada Sentencia 567 de 2011, del TSE anula por falta de motivación y acuerda «la devolución de la causa al mismo Tribunal, para que sin necesidad de nueva Vista, proceda a dictar nueva sentencia que subsane la falta de motivación observada, con declaración de oficio de las costas de los respectivos recursos». En definitiva, aun admitiendo, como preferida por la Sala, la imposición de la pena mínima, esta opta, dado el caso concreto que valora, por la devolución al tribunal sentenciador para la subsanación del defecto. Tal opción, para algunos autores, en forma de nueva tendencia jurisprudencial, aunque ya advertida en sentencias anteriores, gana terreno, bien orquestada en sus presupuestos, en la más reciente jurisprudencia, que Besio Hernández (2011, p. 517) sitúa a partir de 2009. En la Sentencia 161 (febrero 25, 2009), Recurso 289/2008, del TSE, Sala Segunda de lo Penal, se falla:

Como tenemos dicho en la sentencia rescindente ante la falta de motivación de la cantidad de pena a imponer y en atención a los datos o elementos contenidos en la sentencia de instancia se estima justo rebajar la pena a 3 años de prisión con mantenimiento de todos los demás pronunciamientos.

En definitiva, se anula la sentencia de casación de la audiencia y, sobre la base de los contenidos de la sentencia inicial, el Tribunal Supremo rebaja la pena.

b) Subsanan el defecto en el supuesto de que, en la sentencia recurrida, se ofrezcan tantos elementos útiles para la individualización que permitan al tribunal de casación realizar una operación reservada, en principio, al de instancia.

c) Imponer la pena establecida por la ley en su mínima extensión.

Esta última, como se adelantó, se presenta como la solución más adecuada en la jurisprudencia mayoritaria. Las tres se le antojan al autor con ciertas debilidades formales y de fondo: la primera, porque es previsible que se demore la finalización del proceso más allá de lo razonable; la segunda, por tropezar con obvias dificultades planteadas por el relato fáctico —el de la sentencia recurrida— que, difícilmente, permite formular un juicio fundado para la motivación en casación, además de poder extralimitarse en la función asociada al recurso de casación penal, al implicar al tribunal de instancia, que es el órgano llamado a desarrollar, de inicio, la función de individualización de la pena; la tercera y más elegida, también cuestionable, menos que las anteriores, busca la solución más fácil, la que no necesita motivación, al menos para el condenado, la más favorable para él, pero que puede presentarse como desigual con otros pronunciamientos en los que el juez o tribunal de instancia haya actuado, de forma correcta, motivando su resolución. Así visto, un reo conocedor de estas circunstancias hará rogativas peticionarias para que lo juzgue un juez no motivador.

El progresivo giro que parte de la jurisprudencia está dando hacia la opción de remisión al juez o tribunal de instancia puede ser una vía interesante para sustituir la primacía de aquella, siempre que sean pulidos los inconvenientes que esta ha presentado hasta ahora, lo que parece que desarrolla, con buen criterio, la ya mencionada Sentencia 161 de 2009, con protagonismo de la casación, al fijar ese equilibrio

entre los datos y fundamentos de la de instancia y la exclusividad de señalamiento de pena.

V. CONCLUSIONES

Acerca de la dicotomía existente entre principio de legalidad y discrecionalidad judicial, este último elemento se valora como posible factor de incidencia en el primero, en términos de actuación en el ejercicio de la función jurisdiccional de aplicar la norma, pues uno de los problemas que, con mayor intensidad, ha sido planteado en toda la estructura normativa del Código penal y, más específicamente, en atención al sistema de penas, sobre todo en la fase de individualización de estas en prisión, es el del cumplimiento efectivo de algunas previsiones del principio de legalidad, que en esta parcela se ha afrontado.

El sistema de penas está basado en parámetros preventivos y en el respeto a los principios básicos desarrollados por una política criminal moderna y respetuosa con las exigencias del Estado garantista.

La pena de prisión se muestra como referencia principal de los sistemas punitivos a nivel mundial, incluso en los países más avanzados, en el ámbito de las reacciones jurídicas a los comportamientos delictivos, y aparece como ariete esencial del progresivo expansionismo del Derecho penal.

Dos premisas son fundamentales en el proceso jurisdiccional, en general, y, más insistentemente, en el penal:

— La motivación, exigible a todos los jueces y tribunales, en cuanto requerimiento de una valoración lógica, concreta e individualizada de los elementos que componen el conflicto y las pruebas llevadas a cabo, y, en consecuencia, del razonamiento realizado.

— Existe una situación ciertamente delicada en torno al cumplimiento de los desarrollos del principio de legalidad, que conduce a una de las cuestiones de mayor debate, tanto doctrinal como jurisprudencial, el del arbitrio o la discrecionalidad judicial, cuestión esta que no es planteada, en exclusiva, con argumentos en especial formalistas, de rancia concepción legalista, sino abierta a las necesarias precauciones de concreción y taxatividad de las normas penales, pero, también, a

las exigencias sociales de valoración y respeto a las coordinadas preventivas de la aplicación e individualización de la pena o de interpretación de los tipos penales.

Las previsiones narradas llevan a asumir, de la trilogía propuesta, la teoría del margen de libertad en el sentido más amplio, en los esquemas que ella misma desarrolla, al responder a un planteamiento preventivo, tanto general como especial, con la culpabilidad como base, mas sin exclusivismo en su determinación, en cuanto esta se ha de concretar en cada supuesto para, de este modo, poder transformar sus niveles cuantitativos, además de los supuestos objetivos y de necesidad de pena.

En todo caso, la cuestión de fondo del problema y el espacio judicial de la motivación se proyectan en el exigente equilibrio y ponderación, entre el margen de libertad del juez y la taxatividad de la norma penal, demandada por el principio de legalidad, en los que el deber de motivación supone un evidente límite para la libertad judicial.

El binomio arbitrio judicial-motivación judicial ha de impedir que el primero pase a ser arbitrariedad irracional, subjetiva e injustificada y, como tal, conculque los presupuestos básicos del principio de legalidad.

Se defiende una posición intermedia entre los criterios más extremos, la que se basa en la confianza, la profesionalidad, los conocimientos y la prudencia del juzgador, pero, también, en el buen hacer del legislador.

Se alcanzan situaciones de no motivación y varias han sido las opciones a presentar para solucionar tal problema; la más resaltada y propuesta es la de remisión al juez o tribunal de instancia para no sustituir la primacía de aquel, siempre que sean pulidos los inconvenientes que tal variante, hasta ahora, ha presentado.

VI. REFERENCIAS

Barquín Sanz, J. (2000). Sistema de sanciones y legalidad penal. *Aequitas*, (58), 171-212.

Besio Hernández, M. (2011). *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*. Tirant Lo Blanch.

- Castelló Nicás, N. (2007). *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos*. Comares.
- Conde, R. (1968). *Sociedad, Estado y Derecho en filosofía marxista*. Cuadernos para el Diálogo.
- Feuerbach, A. R. (1832). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen.
- Hassemer, W. (1984). *Fundamentos del Derecho penal*. Bosch.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal. Parte general* (10.^a ed. actualizada y revisada, con la colaboración de Gómez Martín y Valiente Ibáñez). Reppertor.
- Morillas Cueva, L. (1978). Derecho penal e ideología. En *Derecho y economía en la sociedad española actual*, 30-68. UNED.
- Morillas Cueva, L. (2002). Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (4), 1-23. http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.pdf
- Morillas Cueva, L. (2021). *Sistema de Derecho penal. Parte general*. Dykinson.
- Quintero Olivares, G. (1981). *Introducción al Derecho penal*. Bosch.
- Quintero Olivares, G. (2015). *Parte general del Derecho penal*. Aranzadi.
- Roxin, C. (1998). *Dogmática penal y política criminal*. Idemsa.
- Roxin, C. (2008). *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*. Hammurabi.
- Roxin, C. y Greco, LL. M. (2020). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (5^a Aufl.). C-H.BECK.
- Schultz, H. (1966). Kriminalpolitische Bemerkungen zum Entwurf eines Strafgesetzbuches, E 1962. *JuristenZeitung*, (4).
- Welzel, H. (1987). *Derecho penal alemán. Parte general* (12.^a ed. alemana, 3.^a castellana). Editorial Jurídica de Chile.
- Van Zyl Smit, D. y Snacken, S. (2013). *Principios de Derecho penal y Política penitenciaria europea. Penología y derechos humanos*. Tirant Lo Blanch.