

término a un completo y riguroso estudio en torno a las luces y sombras de la política científica en España.

Luis Ángel BALLESTEROS MOFFA

FERRERES COMELLA, Víctor: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Ed. Civitas, 2002.

1. Tal como advierte su título, este breve, pero denso, libro comprende en realidad dos monografías distintas, aunque estén profundamente conexas entre sí: por un lado, el principio de taxatividad (en materia penal) y, por otro, el valor normativo de la jurisprudencia. Cada una de estas cuestiones ha sido objeto, en España y fuera de ella, de una copiosa bibliografía, que el autor ha seleccionado con criterios discutibles, como es inevitable, a la que añade la originalidad de su «perspectiva constitucional». Un enfoque metodológico que enriquece el tratamiento, al tiempo que la acotación temática de lo penal lo reduce drásticamente.

Aceptando, por descontado, que cada autor es dueño de estudiar lo que le parece y con el alcance que sea de su gusto, hay que respetar la decisión de FERRERES y sus motivos habrá tenido para tomarla (quizá para que no se le desbordase el tema en un libro de más alto bordo que le hubiera exigido muchos años de elaboración); pero también debe entenderse que el lector confiese su decepción pensando en lo mucho que se ha perdido al no contar con un análisis similar en lo civil, lo contencioso-administrativo, lo laboral o lo fiscal: ámbitos en los que, para mayor infortunio, la doctrina sobre este punto, aun estando muy atenta, no se encuentra tan avanzada como en el Derecho Penal.

En el libro se sigue —desde la cubierta hasta el final— el término de «taxatividad», que no está entre nosotros tan generalizado como los de «certeza», «precisión» o «determinación». Taxativo en el *Diccionario de la Real Academia*

Española (21.^a ed.) es lo que «limita, circunscribe y reduce un caso a determinadas circunstancias». Para el profesor de la Universidad Pompeu Fabra, este principio se opone a la ambigüedad o anfibología (pluralidad de dos o varias acepciones igualmente válidas) y a la indeterminación o vaguedad (incertidumbre sobre la inclusión o exclusión de objetos). Por mi parte, no creo que se gane mucho con la sustitución de *lex certa* por *lex taxata* y de precisión por taxatividad; pero la propuesta en modo alguno puede tacharse de incorrecta.

2. El Derecho Penal (y el Derecho Administrativo sancionador) han sido siempre singularmente sensibles a la exigencia de la taxatividad de las normas en razón a la trascendencia que ello puede tener para la esfera más íntima de los individuos afectados; pero es notorio que se trata de una cuestión que interesa por igual a todo el Ordenamiento jurídico. Lo peculiar de la disciplina penal estriba en la conexión que tiene su eje estructural —la reserva de ley— con el principio de taxatividad, junto con «el impacto de los derechos y deberes» (cuidadosamente estudiados en los capítulos 1 y 3): lo que explica el viejo y constante interés de los autores sobre este punto.

A partir de aquí el libro despliega un discurso impecable, claro y sistemático que tiene, además, la virtud de ir al grano sin abusar de la erudición (lo que para la cultura de su autor hubiera sido muy fácil). El problema inicial aparece planteado en la página 42 en términos contundentes. «La precisión que el principio de taxatividad impone al Derecho no puede ser absoluta, es inevitable un cierto margen de indeterminación, dados los costes que para la eficacia y la justicia supone, respectivamente, el riesgo de dejar fuera del ámbito de lo punible conductas que merecen ser sancionadas y el riesgo inverso de incluir dentro del ámbito de lo punible conductas que merecen ser excluidas» (pág. 42).

Esta constatación obliga al autor a introducir en el capítulo cuarto unas primeras modulaciones que flexibilicen el rigor del principio pues, de no ser así, se produciría un grave bloqueo de todo el

sistema. Por decirlo con sus propias palabras (pág. 91), «el principio de taxatividad no puede exigir que el Derecho sancionador sea absolutamente preciso. Un cierto margen de indeterminación es admisible. Ahora bien, este margen puede variar según los casos, de acuerdo, entre otros, con los siguientes criterios relevantes: *a)* según el elemento de la norma penal que resulte afectado; *b)* según la gravedad de la sanción; *c)* según que exista o no una fuerte conexión entre la conducta prohibida por la norma y el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, y *d)* según el tipo de destinatario al que va dirigida la norma».

Sin que, por lo demás, pueda pasarse por alto una alusión al capítulo segundo, tan breve como certero, en el que se examinan los dos fundamentos del principio —la certeza jurídica y la imparcialidad— que, no obstante su sustantividad, deben tratarse «combinadamente».

3. En los capítulos 5 y 6 cambia el discurso de estilo al elevarse al nivel constitucional, en el que el autor se mueve con la soltura propia de su formación académica, pero sin abandonar la implacable coherencia de la argumentación que venía siguiendo. El principio de taxatividad apunta en principio al legislador, pero es inseparable de otros dos principios que se dirigen al juez: el de la interpretación razonada y razonable y el de la interpretación estricta. Con la advertencia de que «por mucho que el juez respete plenamente estas dos últimas exigencias en el caso concreto que tiene que resolver, no puede contrarrestar la violación del principio de taxatividad en el que haya podido incurrir el legislador» (pág. 139).

Con lo cual llegamos al nudo de la cuestión, tal como se formula en el capítulo sexto: «¿qué hacer con la norma imprecisa?». Porque si el Tribunal Constitucional, atendiendo este vicio, invalida la ley, se produce un efecto despenalizador al crear un vacío jurídico en el que pueden campar conductas reprochables, mas no ilegales, debido a la torpeza redactora del legislador. Un efecto de consecuencias ordinariamente indeseables que desasosiegan al autor del libro y le impulsan a espigar en la jurisprudencia

de este Tribunal otras soluciones alternativas a la ruda invalidez, como son: la inconstitucionalidad sin nulidad, las declaraciones en las que el fallo precisa el sentido que debe darse a la disposición para escapar de la tacha de invalidez y, en fin, la descarada alteración o manipulación de la norma cuestionada (incluida aquí la técnica del «efecto desaliento»).

4. Las anteriores consideraciones nos llevan a una cuestión que, como ya he avanzado, para mí es un «segundo libro», por mucha que sea la conexión con lo precedente. Porque si el principio de taxatividad invita a dar entrada a los tribunales para que remedien la «taxatividad insuficiente» del texto legal originario, so pena de producir una rigidez intolerable del ordenamiento (o una invalidación masiva de sus normas), ¿qué queda entonces del principio de la reserva de ley penal y de la irrenunciable taxatividad de sus textos? El autor, consciente de la importancia de estas preguntas, les dedica íntegros los capítulos 7, 8 y 9, que en extensión son exactamente la tercera parte del libro.

A este propósito me veo obligado a confesar que esta segunda parte (por así decirlo) me ha parecido —respetando opiniones contrarias más favorables— menos lograda que la primera. Aquí no se aprecia el magnífico dominio de la bibliografía corriente en la primera parte ni tampoco su garra imaginativa, que tan atractiva venía haciendo su lectura; y, como consecuencia, el discurso resulta más plano y los planteamientos más mediocres, menos estimulantes. Se tiene la sensación (al menos tal ha sido mi caso) de que al autor le han faltado reposo para la elaboración y tiempo para la redacción. Apreciaciones que no suponen una calificación peyorativa en bloque, sino que deben entenderse en su significado literal, es decir, que no se llega a la altura dogmática ni a la agudeza analítica del resto del libro.

En cualquier caso, para comprobar la utilidad de su lectura basta con recordar el elenco de cuestiones, encomiablemente amplio y realista, que aquí se examinan y que facilitan una información con frecuencia impagable: la posi-

ción del Tribunal Constitucional y de otros tribunales, las dimensiones vertical y horizontal de sus efectos con sazonados comentarios de tipo constitucional y las «tres objeciones» a la tesis del valor complementario de la jurisprudencia: el costo de su consulta, su condición de no ser fuente del Derecho en sentido formal y la circunstancia de no pertenecer el sistema jurídico español a la familia del *common law*. Cuestión esta última que, por su importancia, ha merecido que se dedique a ella todo el capítulo noveno.

Una cuestión apasionante y de excepcional actualidad que el autor despacha sin entrar a fondo en las ricas venas de la historia y de la práctica, pero no sin dejar sentadas dos proposiciones fundamentales: la existencia de un sistema de precedentes en los países del *civil law*, como es España, y la existencia de diferencias entre este sistema y el del *common law*, sobre todo en lo que se refiere —y estas observaciones son muy interesantes— al grado de sensibilidad del precedente respecto de los hechos del caso, el grado de vinculación de los tribunales inferiores respecto de los precedentes establecidos por los superiores y la relevancia de la reiteración de los precedentes en forma de jurisprudencia. Todo ello sin desconocer «la necesidad de hacer frente a algunas patologías», como son las contradicciones en el vértice del sistema judicial y la falta de aceptación de la carga de argumentar explícitamente el rechazo de los precedentes establecidos. Es muy posible que a más de un lector le parezca que esto es un banal descubrimiento del Mediterráneo, habida cuenta de que somos varios los que estamos insistiendo sobre ello desde hace algún tiempo. Opinión que yo no comparto, desde luego, dado que la exposición de FERRERES es singularmente extensa y contundente, por lo que a él habrá que agradecer, también singularmente, su efectiva contribución a la deseable ruptura de la inercia tradicional que caracteriza a la comunidad jurídica española en este punto.

5. Séame permitido, finalmente, iniciar un diálogo —o, más modestamente, sugerir algunos extremos sobre los que

podría entablarse un diálogo— entre el autor y el recensionista, dado que éste también ha reflexionado muchas horas, y publicado muchas páginas, sobre las cuestiones capitales desarrolladas en el libro. FERRERES y yo estamos de acuerdo en lo fundamental, y hasta posiblemente en todo, puesto que lo único que nos separa es el énfasis que ponemos en las eventuales soluciones de una aporía insuperable.

La aporía consiste —tal como se ha recordado más arriba— en la «necesidad» de que la ley sea taxativa y en la simultánea «imposibilidad» de que efectivamente lo sea, habida cuenta de las limitaciones del lenguaje, la variabilidad de las circunstancias y la torpeza del legislador.

¿Cómo salir, entonces, de este callejón sin salida? FERRERES describe, como ya sabemos, el repertorio de posibilidades —muchas, pero todas parciales y notoriamente insuficientes— que se han ido elaborando en nuestro Derecho, sin olvidar naturalmente el arbitrio judicial, al que no dedica, sin embargo, la atención que, a mi juicio, merece. Y en este matiz o énfasis es en lo que cabalmente disentimos.

Porque para mí el arbitrio judicial (tal como he desarrollado en un abultado libro con este mismo título) es la superación natural de la aporía, que en rigor no es tal. El malentendido empieza en el momento en que se ve a la ley y a su aplicación como dos fenómenos diferentes, siendo así que se trata de dos momentos inseparables de un mismo fenómeno, ya que de la misma manera que la aplicación de la ley es un sinsentido si no hay ley previa, también carece de realidad una ley que no es aplicada. Pues bien, cuando se integran estos dos elementos se comprueba que las carencias del texto, sus imprecisiones y ambigüedades, se cierran con la intervención del juez: una intervención que, además, tiene que ser inevitablemente arbitrada habida cuenta de la insuficiencia natural e inevitable del punto de partida, que es el mero texto. Esto es algo que siempre se ha entendido así, como puede probarse con abundantes testimonios históricos, aunque no faltaran nunca tampoco voces que denunciaran los *ex-*

cesos del arbitrio sin llegar por ello a negar su inevitabilidad.

Los positivistas legalistas del siglo XIX, pretendiendo cortar los excesos denunciados por los juristas de la Ilustración, fueron más allá de lo sensato puesto que no sólo separaron la ley de su interpretación, sino de su aplicación; y lo peor del caso es que no quisieron percatarse de que en la realidad tal separación no pudo nunca llevarse a cabo y de que los jueces —empezando por los penales, y ello es muy significativo— mantuvieran (como siguen manteniendo hoy) unas enormes facultades de arbitrio (que obviamente, según he explicado en el libro citado, no alcanzan a la arbitrariedad).

Vistas las cosas desde esta perspectiva, el arbitrio judicial es la solución *natural y necesaria* de la pretendida aporía, cabalmente por resultar también natural y necesario que los textos sean imprecisos y ambiguos. Otra cosa son los límites y los eventuales excesos del ejercicio de tal arbitrio. Cuando las cuestiones a primera vista difíciles tienen una solución simple, no conviene acudir a técnicas retorcidas o complicadas.

6. Para ilustrar mi punto de vista vale la pena parafrasear (en la *parábola del perro, el oso y los piojos*) una vieja controversia que aparecía indefectiblemente en los libros alemanes de teoría general del Derecho en la primera mitad del siglo XX. Controversia basada en un hecho real acaecido, al parecer, en una estación de ferrocarril de Prusia oriental donde un inspector tenaz y un campesino cazurro se enzarzaron en un conflicto jurídico de más calado del que podían imaginarse.

Es el caso que las ordenanzas de ferrocarriles habían establecido la prohibición de transportar «perros» y, como el revisor fuera a sancionar por ello al campesino, éste se negó a pagar la multa alegando que el animal que le acompañaba era una «perra», no comprendida por tanto en el texto literal de la norma. El juez —tan aferrado como los penalistas de ahora al rigor del principio de la taxatividad y a la prohibición de analogías— dio la razón al viajero; por lo que, para evitar estos hechos,

hubo que modificar el reglamento, advirtiendo en una nueva redacción que la prohibición se extendía a «perros y perras» (de la misma manera que en los formularios de las Administraciones públicas españolas se precisa actualmente: «sr./sra.; funcionario/a»).

A la semana siguiente se presentó de nuevo el desafiante campesino con un animal de aspecto feroz y, como se intentara multarle, se excusó invocando el principio de la legalidad penal al demostrar que se trataba de un «lobo». Vuelta a las mismas y por la sacralidad de los principios dogmáticos ganó de nuevo el campesino y se modificó por segunda vez el reglamento, extendiendo ahora la provisión a «los cánidos de ambos sexos». Pero unos días después se repitió la escena, aunque ahora a propósito de un oso que el campesino se empeñó en montar en el vagón y que pudo hacerlo, según era previsible, puesto que no había prohibición alguna para estos animales, habida cuenta de que los osos no pertenecen a la familia de los cánidos.

La compañía de ferrocarriles estaba desconcertada pues no acertaba con la redacción de un texto capaz de asegurar a los viajeros un trayecto tranquilo. Decidió entonces cambiar de criterio y, vista la imposibilidad de incluir en sus ordenanzas a todas las especies, subespecies, familias y razas de la escala zoológica, optó por fijarse en los elementos y bienes que intentaba proteger, prohibiendo a tal efecto la introducción de «seres vivos que supusieran peligros o molestias a los usuarios o pudieran confundirse en un temor razonable». Prevención que —huelga decirlo— no pudo impedir el acto siguiente de esta tragicomedia jurídica. Porque el campesino apareció más tarde con una pareja de hurones —animales de aspecto dulce, pero conocidamente más peligrosos que un perro o un oso domesticado— acurrucados en una cesta. Conminado de expulsión y multa por el revisor del tren, la reacción del provocador fue en parte defensiva (alegando que los animales estaban dormidos e iban bien vigilados, de tal manera que no podían asustar razonablemente a nadie) y en parte de denuncia, ya que denunció a varios viajeros que portaban animales auténticamente molestos y peligrosos por

contagio —piojos concretamente— respecto de los cuales el inspector hacía la vista gorda, con menosprecio de la prohibición normativa.

No hace falta imaginar cuál fue el resultado de la consiguiente escaramuza legal. El mismo juez que había venido dando la razón al campesino, al negarse a emplear la vitanda analogía, rechazó el texto de las nuevas ordenanzas imputando al tipo infractor unas condiciones de vaguedad e imprecisión inadmisibles en el Derecho sancionador de acuerdo con un dogma no menos capital que el de la interdicción de la analogía. En definitiva, con la aplicación rigurosa del principio de taxatividad resulta imposible cerrar las mallas de la tipificación de conductas reprochables, porque o bien quedan fuera supuestos no contemplados de forma expresa en la norma o bien la redacción de ésta, si quiere ser exhaustiva, termina siendo imprecisa.

El estallido de la primera guerra mundial impidió que continuara esta historia, que no obstante se prolongó durante muchos años en la literatura jurídica, hasta tal punto que son muchos los penalistas que siguen insistiendo en que el principio de la legalidad estricta es el primer penal del Derecho Penal y el baluarte de las garantías del ciudadano. Por ello, mientras se siga insistiendo en los planteamientos decimonónicos iniciales, la cuestión no podrá solucionarse nunca. En cambio, si dejamos seguir a las cosas su curso natural, si reconocemos que el reglamento abstracto no es nada y que hay que dejar al juez que decida en cada caso, arbitrando —aunque con la vista puesta en el texto legal— según las circunstancias concretas, la grotesca e interminable pugna entre el campesino y el inspector no habría tenido lugar. Un lobo domesticado puede ser más pacífico que un perro, un oso puede incluso entretener a los viajeros si se le ha enseñado a bailar, los hurones son controlables por su dueño y, en cuanto a los piojos, más vale dejarlos correr pues no son una cuestión de policía de seguridad, sino de higiene. Ahora bien, ninguna de estas circunstancias concretas puede ser conocida de antemano por el legislador y su valoración ha de dejarse al arbitrio del juez.

Juzgue el lector por su cuenta y el autor del libro algún día me dirá si está dispuesto a donde yo he llegado con el anterior apunte o parábola. Para mí, en cualquier caso, la moraleja no puede ser clara: la rigurosa taxatividad en la determinación del tipo es sencillamente imposible porque todo lenguaje no matemático es más o menos abierto y todos los términos, salvo los que se refieren a objetos singulares individualizados, son más o menos indeterminados o ambiguos, de la misma manera que ningún concepto puede evitar una cierta imprecisión. En estas condiciones la falacia de la taxatividad es peligrosa sin paliativos, hasta tal punto que, mientras no se invente otro lenguaje, hay que renunciar a su aplicación dogmática y aceptar los riesgos del arbitrio judicial (o hermenéutico en general) en el ejercicio de esa calidad humana que sigue siendo la clave de la práctica desde los romanos hasta hoy: la prudencia.

Alejandro NIETO

LORENTE SARIÑENA, Marta: *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, 231 págs.

1. A los administrativistas nunca nos ha preocupado con exceso la cuestión de la publicación de las normas, que, además, considerábamos suficientemente aclarada con el temprano tratamiento de BOQUERA OLIVER en el número 31 (1960) de esta REVISTA, la excelente monografía de BERMEJO VERA (*La publicación de la norma jurídica*, 1977) y la del constitucionalista RODRÍGUEZ ZAPATA (*Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, 1987), ya posconstitucional. Por otra parte, desde la perspectiva metodológica formalista que nos es habitual, parecía que sólo nos importaban los extremos referentes a su integración en el procedimiento de elaboración de las normas, la fecha de su entrada en vigor y las consecuencias, eventualmente invalidantes, de su carencia. Así las co-