

# **GLOSSAE**

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

**Edited by**

*Institute for Social, Political and Legal Studies*  
(Valencia, Spain)

**Honorary Chief Editor**

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

**Chief Editor**

Aniceto Masferrer, University of Valencia

**Assistant Chief Editors**

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

**Editorial Board**

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Fernando Hernández Fradejas, University of Valladolid

Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

**International Advisory Board**

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; María José Bravo Bosch, University of Vigo; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; Orazio Licandro, University of Catania; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellart, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

**Citation**

Aniceto Masferrer, “Notas historiográficas sobre la contribución del Tribunal Supremo a la configuración de los delitos en España (1870-1978)”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 21 (2024), pp. 1-49 (available at <http://www.glossae.eu>)

## **Notas historiográficas sobre la contribución del Tribunal Supremo a la configuración de los delitos en España (1870-1978)**

### **Historiographical Notes on the Contribution of the Supreme Court to the Configuration of Crimes in Spain (1870-1978)**

Aniceto Masferrer  
Universidad de Valencia

ORCID ID: 0000-0002-4193-0541

Recibido: 15.3.2024  
Aceptado: 10.4.2024

#### **Resumen**

La jurisprudencia penal ha sido escasamente estudiada por diversos motivos. De hecho, hasta hace pocos años, ningún historiador del Derecho se había propuesto estudiarla como elemento configurador del ordenamiento jurídico-penal. Un grupo de iushistoriadores empezó este quehacer y han cosechado unos resultados sorprendentes, tanto por el volumen como por la calidad de su producción científica, hasta el punto de que prácticamente se ha llegado a completar el estudio de la totalidad de la doctrina legal del Tribunal Supremo con respecto a la Parte Especial. El presente artículo analiza la importancia de la jurisprudencia como fuente del Derecho y objeto de estudio jurídico e histórico-jurídico, y recoge una descripción exhaustiva de los resultados obtenidos en los últimos años.

#### **Palabras clave**

Derecho penal, historia del Derecho, jurisprudencia, Tribunal Supremo, historiografía jurídica

#### **Abstract**

Criminal case law has been scarcely studied for various reasons. In fact, until a few years ago, no legal historian had set out to study it as an element shaping the criminal-legal system. Some of them began this task and have achieved surprising results, both in terms of the volume and quality of their scientific production, to the point that they have practically completed the study of the entire doctrine of the Supreme Court with respect to the Special Part of criminal codes. This article analyzes the importance of case law as a source of law and as an object of legal and historical-legal study, and includes an exhaustive description of the results obtained in recent years.

#### **Keywords**

Criminal law, legal history, case law, Supreme Court, legal historiography

**Sumario:** 1. La superación del positivismo decimonónico: la relevancia de la cultura (contexto) y de la jurisprudencia (efectiva aplicación del Derecho). 2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del Derecho y objeto de estudio jurídico e histórico-jurídico. 3. La reciente historiografía sobre la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo. 4. Acceso y estudio de las fuentes de la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo. 5. Breves notas sobre la contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la formación del Derecho penal. 6. Contribución de la doctrina legal al proceso configurador de los tipos delictivos

## 1. La superación del positivismo decimonónico: la relevancia de la cultura (contexto) y de la jurisprudencia (efectiva aplicación del Derecho)

El Derecho forma parte de la cultura. Y tanto la cultura como el Derecho se desarrollan en el tiempo, en el marco de un contexto espacio-temporal. Sólo la historia y desde la historia se pueden explicar y comprender las instituciones jurídicas vigentes. Y éstas siempre son hijas de su tiempo, de la cultura de su tiempo. De ahí que el estudio de la cultura sea *conditio sine qua non* para comprender la formación –o el proceso de configuración– de toda institución jurídica.

El positivismo jurídico decimonónico trató de reducir lo jurídico a lo legal, presentando el texto despojado de su contexto, el cual es visto como un cuerpo extraño porque, conforme a la visión kelseniana del Derecho, la ley debe desprenderse de todo aquello que sea ajeno a lo jurídico. De este modo, el Derecho –reducido a lo legal–, desligado de la cultura en la que naturalmente se inserta, se vuelve irreconocible e incomprensible. Además, la primacía o exclusividad de la norma legal como fuente del Derecho trajo consigo la minusvaloración –cuando no el desprecio y rechazo expreso– de cualquier otra fuente del Derecho, sepultando así la sabiduría romana que encerraba la multiseccular distinción entre *leges et iura*. La afirmación de Montesquieu de que el juez no es más que la boca de la ley (“*bouche de la loi*”) minusvaloró el papel de la jurisprudencia en la configuración del Derecho<sup>1</sup>.

Frente a esta visión artificial y reductora de lo jurídico, es necesario acercarse al texto en su contexto, a las instituciones jurídicas en su correspondiente marco cultural: sólo así es posible acceder a la rica y compleja realidad del Derecho, y no a una norma legal concebida y formulada en las impostadas condiciones ambientales de un laboratorio. De ahí la importancia del uso y manejo de una variedad notable de fuentes, tanto jurídicas como no jurídicas. Y entre aquéllas, la jurisprudencia reviste una particular relevancia porque contribuye decisiva y necesariamente en el proceso de configuración de toda institución jurídica. Sería ingenuo pensar que la jurisprudencia interesa sobre todo a quienes litigan o a quienes, representando o defendiendo a los litigantes, se mueven por el legítimo interés de ganar pleitos y congraciarse con sus clientes. Nada más lejos de la realidad. Así como el Derecho no podría ser comprendido al margen de su contexto (cultural, social, político y económico), tampoco podría operar ni cumplir su función sin el quehacer de quienes tienen la misión de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”<sup>2</sup>. Además, conviene resaltar que, al llevar a cabo esa función, no sólo se hace justicia en el caso concreto, sino que esa doctrina jurisprudencial o legal (si proviene del Tribunal Supremo) contribuye, en mayor o menor medida, al proceso de configuración de la concreta institución.

En la esfera de lo jurídico (dejando ahora al margen lo no jurídico –es decir, lo cultural, filosófico, teológico, sociológico, etc.–), es evidente que son varios los elementos que contribuyen a la configuración de una institución. En el campo que nos ocupa, las instituciones penales recogidas en los Códigos decimonónicos fueron deudoras

---

<sup>1</sup> Montesquieu, *El espíritu de las leyes* (1748), Cap. VI De la Constitución de Inglaterra: “Podría ocurrir que la ley, al tiempo clarividente y ciega, fuera demasiado rigurosa en ciertos casos. Pero los jueces de la nación, como ya hemos dicho, no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su severidad”.

<sup>2</sup> Art. 117.3 CE: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales...”

del legado de la tradición<sup>3</sup>, así como de modelos extranjeros<sup>4</sup>, desde el primer Código penal de 1822 –de escasa vigencia–<sup>5</sup>, aunque resulta de mayor interés el Código de 1848<sup>6</sup>, texto que resistió el paso del tiempo y dejó una huella indeleble en todos los que le sucedieron<sup>7</sup>. En efecto, las instituciones penales contenidas en los Códigos penales decimonónicos no pueden ser explicadas sin estudiar la confluencia entre tradición e influencias extranjeras<sup>8</sup>, pero ese estudio resulta insuficiente si no va acompañado de un

<sup>3</sup> Masferrer, A., *Tradicción y reformismo en la Codificación penal española. Hacia el ocaso de un mito. Materiales, apuntes y reflexiones para un nuevo enfoque metodológico e historiográfico del movimiento codificador penal europeo*, Jaén: Universidad de Jaén, 2003.

<sup>4</sup> Al respecto, véanse los estudios de Masferrer, A., “The Napoleonic Code pénal and the Codification of Criminal Law in Spain”, *Le Code Pénal. Les Métamorphoses d’un Modèle 1810-2010. Actes du colloque international Lille/Ghent, 16-18 décembre 2010* (Chantal Aboucaya & Renée Martinage, coords.), Lille, Centre d’Histoire Judiciaire, 2012, pp. 65-98; “La Codificación española y sus influencias extranjeras. Una revisión en torno al alcance del influjo francés”, *La Codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular* (Aniceto Masferrer, ed.) (Pamplona: Aranzadi–Thomson Reuters, 2014), pp. 19-43; “Codification as Nationalization or Denationalization of Law: The Spanish Case in Comparative Perspective”, *Comparative Legal History* 4.2 (2016), pp. 100-130; “Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española”, *La Codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte General* (Aniceto Masferrer, ed.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 27-56; “Tradition and Foreign Influences in the 19th-century Codification of Criminal Law. Dispelling the Myth of the overall French Influence in Europe and Latin America”, *The Western Codification of Criminal Law: The Myth of its Predominant French Influence Revisited* (Aniceto Masferrer, ed.), Dordrecht-Heidelberg-London-New York, Springer (Collection “History of Law and Justice”), 2018, pp. 3-50; “Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española: De la Parte General a la Parte Especial. Balance historiográfico”, *Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española. Parte Especial* (Aniceto Masferrer, ed.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 31-87.

<sup>5</sup> Al respecto, véanse Alonso y Alonso, J.M., “De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822”, *Revista de Estudios penitenciarios* 11 (1946), pp. 2-15; Antón Oneca, J., “Historia del Código Penal de 1822”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 18 (1965), pp. 263 ss.; Álvarez García, F.J., “Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822”, *Cuadernos de Política criminal*, (1978), pp. 229 ss.; Fiestas Loza, A., “Algo más sobre la vigencia del Código penal de 1822”, *Revista de Historia del Derecho*, Universidad de Granada, (1977- 1978), II-I, pp. 57 ss.; Casabó Ruiz, J.R., “La aplicación del Código penal de 1822”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, fasc. II (1979), pp. 333-344; Bermejo Cabrero, J.L., “Sobre la entrada en vigor del Código Penal de 1822”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 66 (1996), pp. 967-972; Benito Fraile, E. de, “Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822”, *Foro. Nueva época* 8 (2008), pp. 41-68; Baró Pazos, J., “El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)”, *AHDE* 83 (2013), pp. 105-138.

<sup>6</sup> Sánchez González, M.ªD. del M., *Los Códigos Penales de 1848 y 1850*, Madrid, 2003; Iñesta-Pastor, E., *El Código penal de 1848*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2010; Masferrer, Aniceto & Sánchez-González, Dolores del Mar, “Tradición e influencias extranjeras en el Código penal de 1848. Aproximación a un mito historiográfico”, *La codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular* (A. Masferrer, ed.), (Pamplona, Aranzadi–Thomson Reuters, 2014), pp. 213-274.

<sup>7</sup> Iñesta-Pastor, E., *El Código penal de 1848*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2010, capítulo III; Antón Oneca, J., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1986, p. 76.

<sup>8</sup> Al respecto, véanse –además de las referencias de las notas al pie nn. 3y 4– las siguientes monografías colectivas que hemos venido elaborando un nutrido grupo de estudiosos, tanto españoles como extranjeros, en la última década: *La codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular* (A. Masferrer, ed.), (Pamplona, Aranzadi–Thomson Reuters, 2014); *La Codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte General* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2017; *The Western Codification of Criminal Law: The Myth of the Predominant French Influence in Europe and America Revisited* (A. Masferrer, ed.), Dordrecht-Heidelberg-London-New York, Springer (Collection “History of Law and Justice”), 2018; *La Codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte Especial* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

agudo análisis de su efectiva vigencia en la práctica, del Derecho en acción, esto es, de su efectiva aplicación. Y esto es así porque la función del Derecho consiste precisamente en dirimir conflictos o problemas concretos, y el Derecho se recoja en textos normativos o Códigos, cuyos preceptos tienen un carácter general –o efecto *erga omnes*–, para hacer justicia en cada caso particular, y es precisamente en esa aplicación de la norma en el caso particular –y no en el texto que contiene el precepto general– donde las instituciones jurídicas terminan de configurarse. De ahí la función ineludible de la jurisprudencia en el proceso configurador de cualquier institución jurídica, no sólo en el ámbito iusprivatístico, sino también en la esfera jurídico-pública en general o en la penal en este caso.

## 2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del Derecho y objeto de estudio jurídico e histórico-jurídico

El Derecho legal –o la norma jurídica– no debería identificarse jamás con el Derecho real y vivido<sup>9</sup>. De ahí que una personalidad relevante e imprescindible sea la del juez que, encargado de administrar justicia<sup>10</sup>, aplica el Derecho<sup>11</sup>, y es en realidad esa aplicación, “más que la ley, la que constituye la *forma viva* del Derecho”<sup>12</sup>.

Constatar la aplicación de una determinada institución o grupo de preceptos es relevante y necesario en la investigación histórico-jurídica a fin de distinguir entre la vigencia oficial y la vigencia efectiva del Derecho. Hay normas que están vigentes y apenas –o jamás– se aplican<sup>13</sup>. Sin embargo, constatar que esa aplicación por parte de los

---

<sup>9</sup> Nelken, D., ‘Law in action or living law?: back to the beginning in sociology of law’ (1984) 4 *Legal Studies* 157; Tomlins, C.L., ‘The many legalities of colonialization: a manifesto of destiny for early American legal history’, Tomlins & Bruce H Mann (eds), *The Many Legalities of Early America*, University of North Carolina Press, 2001; Brown M., Donlan S.P., (eds.), *The law and other legalities of Ireland, 1689-1850*, Ashgate, 2011; véase también Sánchez-Arcilla, J., “¿Jueces juzgados?”, *Control y responsabilidad de los jueces (siglos XVI-XXI)* (Sánchez-Arcilla Bernal, J., ed.), Madrid, Dykinson, 2017, pp. 9-19, en particular, pp. 11 ss.

<sup>10</sup> Sobre la Administración de justicia, véanse, a título de ejemplo –y sin ánimo exhaustivo–, los siguientes tres estudios publicados en el breve periodo de cuatro años: Herrero Herrero, C., *La justicia penal española en la crisis del poder absoluto*, Madrid, 1989; Sainz Guerra, J., *La Administración de Justicia en España (1810-1870)*, Madrid, 1992; Villalba Pérez, E., *La administración de la justicia penal en Castilla y en la Corte a comienzos del siglo XVII*, Madrid, 1993; Lorente, M., Martínez, F., y Solla, J., *Historia legal de la justicia en España 1810-1978*, Madrid, 2012.

<sup>11</sup> Al respecto, véanse Sánchez-Arcilla Bernal, J., (ed.), *El arbitrio judicial en el Antiguo Régimen. España e Indias (siglos XVI-XVIII)*, Madrid, Dykinson, 2012; *La administración de justicia real en León y Castilla (1252-1504)*, Madrid, 1980; Roldán Berdejo, R., *Los jueces de la monarquía absoluta. Su estatuto y actividad judicial. Corona de Castilla, siglos XIV-XVIII*, Madrid 1989; Ortego Gil, P., *Entre jueces y reos. Las postrimerías del Derecho penal absolutista*, Madrid, Dykinson, 2015; del mismo autor, “El parricidio en la práctica de la Real Audiencia de Galicia”, *Dereito. Revista jurídica de Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 5, nº 1, 1996, pp. 245-273; para una panorámica historiográfica a este respecto, véase Sánchez-Arcilla, “¿Jueces juzgados?”, pp. 9-19; dejamos ahora a un lado los trabajos que se han ocupado, más específicamente, de la etapa contemporánea.

<sup>12</sup> Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid: Reus, 1982, 12ª ed., t. 1, v. I, p. 513: “Es la jurisprudencia, más que la ley, la que constituye la *forma viva* del Derecho. Por ello parece indudable que la jurisprudencia puede ostentar la categoría y significación de una fuente del Derecho de naturaleza peculiar, que no puede ser confundida con las demás fuentes y que tiene sobre ellas la ventaja de realizar en el grado máximo posible la aproximación del hecho al Derecho”.

<sup>13</sup> Piénsese en algunos artículos del vigente Código civil. La controversia historiográfica en torno a la vigencia y la aplicación de los Códigos visigodos en el Reino visigodo español (568-711) también resulta elocuente a este respecto.

jueces es necesario, pero no suficiente. Hay que saber cómo se aplica, con qué criterios, cómo se interpreta, etc. De ahí que la doctrina civilista y penalista se haya ocupado –quizá en menor medida de lo que convendría– de estudiar el valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como su alcance y contenido. Desde luego, el valor de la jurisprudencia civil ha sido objeto de mayor atención que el de la penal<sup>14</sup>.

No cabe decir, sin embargo, que la doctrina penalista haya descuidado completamente la jurisprudencia de su correspondiente Sala del Supremo. En efecto, tras algunos estudios entre los años 1959 y 1964<sup>15</sup>, hubo una época (dos décadas) de descuido que finalizó a partir de los años ochenta del siglo pasado<sup>16</sup>, y que siguió dando frutos en los noventa<sup>17</sup> y a lo largo de la primera década del presente siglo<sup>18</sup>.

Estos estudios no hicieron otra cosa que seguir –o reanudar– una línea de investigación sobre la jurisprudencia –tanto civil como penal– que estuvo muy presente a lo largo del siglo XIX, merced al trabajo de algunos estudiosos de la talla de Manuel

---

<sup>14</sup> Véanse, a título de ejemplo, los trabajos de algunos de sus estudiosos, como es el caso de Pasquau Liaño, M., “Código, doctrina y jurisprudencia civil: Reflexiones sobre el deterioro de la función jurisprudencial del Tribunal Supremo”, *Anuario de Derecho Civil*, n. 48.3 (1995), pp. 1089-1104; Martín Valverde, A., “La unificación de la doctrina jurisdiccional y la unidad de la jurisprudencia como funciones del Tribunal Supremo”, *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978* (E. Bacigalupo Zapater, P. Lucas Murillo de la Cueva, R. Trillo Torres, coords.), Madrid, 2004, pp. 335-366; Xiol Ríos, J.A., “La jurisprudencia según distintos paradigmas de la ciencia jurídica”, *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete* (J. V. Gimeno Sendra y M<sup>a</sup> J. Cabezudo Bajo, coords.), Madrid 2007, pp. 551-566; “El valor vinculante de la jurisprudencia”, *Estudios de Derecho Judicial*, n. 133 (2007), pp. 413-457; “Valor de la jurisprudencia en la sociedad contemporánea”, *Annals de l’Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya* 2 (2008), pp. 203-226; Xiol Ríos, J.A., Ferreres, V., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid 2009.

<sup>15</sup> Camargo Hernández, C., “Estudio sobre las fuentes mediatas o indirectas del Derecho penal y su eficacia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XII, fasc. 1 (1959), pp. 63-74; Martínez Val, J.M., *La jurisprudencia penal: su valor y metodología aplicativa*, Ciudad Real, 1960; Rosal, J. del, *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1961; Luzón, M., *Derecho Penal del Tribunal Supremo. Síntesis crítica de la moderna jurisprudencia criminal*, Barcelona, 1964; con anterioridad, pero en el mismo siglo, véase el estudio de Clemente de Diego, F., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Madrid, 1925.

<sup>16</sup> Coca Payeras, M., *La doctrina legal (estudio de su naturaleza y contenido, así como de la incidencia ejercida sobre ella por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo)*, Barcelona, 1980; Bastida Freijedo, F.J., *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal en la Dictadura*, Barcelona, 1986; Pérez Ruíz, C., *La argumentación moral del Tribunal Supremo (1940-1975)*, Madrid, 1987.

<sup>17</sup> Baeza Avallone, V., “La jurisprudencia como fuente del Derecho penal”, *Anales del Centro de Alzira de la Universidad Nacional de Educación a Distancia* 6 (1992), pp. 221-248; Serrano Butragueño, I., “Valor de la jurisprudencia penal”, *Revista General del Derecho* 610-611 (1995), pp. 8131-8149; Marchena Gómez, M., *Código penal de 1995: un año de vigencia en la doctrina del Tribunal Supremo, Audiencias Provinciales*, Granada, 1997.

<sup>18</sup> Jaén Vallejo, M., “El valor de la jurisprudencia penal”, *Actualidad jurídica Aranzadi* 622 (2004), pp. 1-3; López Castillo, M., *El recurso de casación penal por infracción de ley: artículo 849.1º de la Ley de enjuiciamiento criminal*, Granada, 2007; Hernández García, J., *Jurisprudencia procesal-penal del Tribunal Supremo (un análisis crítico)*, Pamplona, 2007; Álvarez García, F.J. (Dir.), *Doctrina penal de los Tribunales españoles*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, 2ª ed.

Ortiz de Zúñiga<sup>19</sup>, Manuel Seijas Lozano<sup>20</sup>, Pedro Gómez de la Serna<sup>21</sup>, José Castro y Orozco<sup>22</sup>, José María Manresa<sup>23</sup>, J. Reus García<sup>24</sup> y D. Rivera<sup>25</sup>, entre otros<sup>26</sup>.

La historiografía jurídica, aunque no siempre haya concedido a las fuentes de aplicación del Derecho en general y de la jurisprudencia en particular la relevancia que se merece a la hora reconstruir la tradición jurídica, no se ha desentendido del estudio de los jueces, así como de su responsabilidad y control –merced a los trabajos de Gómez Rivero<sup>27</sup>, Solla<sup>28</sup>, Sánchez-Arcilla<sup>29</sup> y Ortego Gil<sup>30</sup>, entre otros<sup>31</sup>–, de la administración

---

<sup>19</sup> Ortiz de Zúñiga, M., *Jurisprudencia civil de España, conforme a las doctrinas consignadas en los fallos del Tribunal Supremo de Justicia por...* Madrid, 1869; “Del recurso de casación”, *RGLJ*, vol. 8, n. 17 (1860), pp. 385-424; “Reforma urgente sobre los recursos de casación”, *RGLJ*, vol. 10, n. 20 (1862), pp. 167-177.

<sup>20</sup> Seijas Lozano, M., “Qué es la jurisprudencia y qué es el jurisconsulto”, *Acta de la sesión inaugural de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación celebrada el 24 de octubre de 1848*, Madrid, 1849; “Dictámenes fiscales dados en el Supremo Tribunal de Justicia”, *RGLJ*, vol. 7 n. 15 (1859), pp. 97-110; “Recursos de casación”, *RGLJ*, vol. 7, n. 15 (1859), pp. 332-380.

<sup>21</sup> Gómez de la Serna, P., “Errores jurídicos modernos. Sobre la jurisprudencia nacida de los fallos de la casación”, *RGLJ*, vol. 16, n. 33 (1868), pp. 258-269; “Resumen sobre la discusión sobre los recursos de nulidad y casación, pronunciado en la Academia de Jurisprudencia por su presidente, D. Pedro Gómez de la Serna”, *RGLJ*, vol. 5, n. 10 (1857), pp. 42-62.

<sup>22</sup> Castro y Orozco, J., “Examen del recurso de casación en España”, *RGLJ* vol. 6, n° 13 (1858), pp. 345-390.

<sup>23</sup> Manresa, J.M<sup>a</sup>, “Sobre la fuerza obligatoria de las leyes insertas en la Novísima Recopilación”, *RGLJ*, vol. 3, n. 6 (1855), pp. 183-191; “Observaciones sobre el recurso de casación en España”, *RGLJ*, vol. 8, n. 16 (1860), pp. 257-371.

<sup>24</sup> Reus García, J., “Del recurso de casación”, *RGLJ*, vol. 6, n. 13 (1858), pp. 301-304.

<sup>25</sup> Rivera, D., “Examen de varios puntos de Derecho resueltos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia”, *RGLJ* vol. 18, n° 36 (1870), pp. 337-380; “Examen sobre varios puntos de derecho resueltos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia (II)”, *RGLJ*, vol. 19, n. 38 (1871), pp. 209-265.

<sup>26</sup> Véase también, por ejemplo, Planas y Canals, J., *La jurisprudencia en sus relaciones con la legislación civil.... Discurso leído por... en la sesión pública inaugural de sus sesiones el 9 de enero de 1895*, Barcelona, 1895.

<sup>27</sup> Gómez Rivero, R., *Los jueces del Trienio Liberal*, Madrid, 2006; *Los magistrados del primer constitucionalismo*, Pamplona, 2009.

<sup>28</sup> Solla Sastre, M<sup>a</sup>J., *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, Madrid, 2011.

<sup>29</sup> Sánchez-Arcilla Bernal, J. (ed.), *Control y responsabilidad de los jueces (siglos XVI-XXI)*, Madrid, Dykinson, 2017.

<sup>30</sup> Ortego, Gil, P., *Estadística y control de la actividad judicial durante el siglo XIX*, Madrid, Dykinson, 2016.

<sup>31</sup> Véase también, por ejemplo, el estudio de Aparicio, M.A., *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Barcelona, 1995; entre otros.

de justicia –con los estudios Lorente Sariñena<sup>32</sup>, Martínez Pérez<sup>33</sup>, Solla<sup>34</sup> y Abascal Monedero<sup>35</sup>, entre otros<sup>36</sup>–, de sus recursos de apelación<sup>37</sup>, así como de la jurisprudencia, en particular de la civil y procesal (Benito Fraile<sup>38</sup> y Álvarez Cora<sup>39</sup>).

Desde luego, la historiografía española se ha centrado, sobre todo, en la jurisprudencia civil, ya sea para estudiar el proceso desamortizador<sup>40</sup>, el derecho supletorio tras los Decretos de Nueva Planta en el territorio foral catalán durante el siglo XIX<sup>41</sup>, o como objeto de estudio por sí mismo, de forma autónoma e independiente, hasta

---

<sup>32</sup> Lorente Sariñena, M., Martínez Pérez, F. y Solla Sastre, M<sup>a</sup> J., *Historia legal de la justicia en España (1810-1978)*, Madrid 2012 (esta interesante obra se basa, como reza su título, en fuentes normativas); Lorente Sariñena, M., “La Doctrina legal y el silenciamiento de los juristas en una España sin código (1808-1889)”, *Quaderni fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno*, 40-1 (2011), pp. 135-175; “Reglamento provisional y administración de justicia (1833-1838). Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica”, J-M. Scholz, *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, ed. V. Klostermann 1992, pp. 215-296; “Justicia desconstitucionalizada: España, 1834-1868”, *Cuadernos de Derecho Judicial* 6 (2006), pp. 243-286; *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988; véase también el estudio de Garriga C., Lorente, M., *Cádiz 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2007.

<sup>33</sup> Moreno Pastor, L., *Orígenes del Tribunal Supremo de Justicia (1812-1838)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990; Martínez Pérez, F., *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid, 1999; “Constitución de la Justicia en Cádiz: Jurisdicción y consultas en el proceso constituyente de la potestad judicial”, *AHDE* 81 (2011), pp. 377-408; “Administración de justicia”, *Diccionario político y social del siglo XIX español*, 2002; Martínez Pérez, F., López López, R., “Los magistrados del Tribunal Supremo 1838-1848: una aproximación prosopográfica a la ‘Justicia moderada’”, *Jueces para la Democracia* 15 (1992), pp. 32-46.

<sup>34</sup> Solla Sastre, M<sup>a</sup>J., “Justicia bajo administración”, *Cuadernos del Derecho judicial* 6 (2006), pp. 289-324.

<sup>35</sup> Abascal Monedero, P.J., *La justicia en el Reino de España*, Madrid, Dykinson, 2019.

<sup>36</sup> Morales Payán, M.A., “Percepciones de la justicia en España a comienzos del siglo XX: los ecos de la Constitución de 1812”, *Historia Constitucional* 17 (2016), pp. 193-260; esta y otras obras aparecen oportunamente referenciadas en el estudio de Ortego Gil, P., “Control y descontrol ministerial sobre jueces y juzgados de Primera Instancia (1834-1902)”, *Control y responsabilidad de los jueces (siglos XVI-XXI)* (Sánchez-Arcilla Bernal, J., ed.), Madrid, Dykinson, 2017, pp. 159-229, en particular en notas al pie de las pp. 159-162.

<sup>37</sup> Véanse, por ejemplo, Aikin Araluce, S., *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Madrid, ed. Reus, 1982; Pino Abad, M., *El recurso de suplicación en Castilla. Expresión de la gracia regia*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006.

<sup>38</sup> Benito Fraile, E.J., “Notas para el estudio de la sentencia en el proceso civil ordinario desde la recepción del Derecho común hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881”, *GLOSSAE.Revista de Historia del Derecho Europeo*, I, 1988, pp. 135-159; *La sentencia en el proceso civil ordinario en el derecho castellano: siglos XIII-XIX*, Univ. Complutense, Madrid, 1988.

<sup>39</sup> Álvarez Cora, E., *La arquitectura de la justicia burguesa: una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, Madrid, 2002; “La evolución del enjuiciamiento en el siglo XIX”, *AHDE*, 82 (2012), pp. 81-111.

<sup>40</sup> Tomás y Valiente, F., “Algunos ejemplos de jurisprudencia civil y administrativa en materia de desamortización”, *Agricultura, comercio colonial y crecimiento económico en la España contemporánea*, Barcelona, 1974; “Recientes investigaciones sobre la desamortización: intento de síntesis”, *Moneda y crédito*, 131, (dic. 1974); “Bienes exentos y bienes exceptuados de la desamortización. (Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo entre 1873 y 1880)”, *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1974.

<sup>41</sup> Gay Escoda, J.M<sup>a</sup>, “Notas sobre el derecho supletorio en Cataluña desde el decreto de nueva planta hasta la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'incontro di studio...*, Milano, 1990, II, pp. 805-865.



la promulgación del Código civil<sup>42</sup>. También se ha ocupado, más en concreto, del Tribunal Supremo<sup>43</sup>.

### 3. La reciente historiografía sobre la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo

Sin embargo, hasta fechas muy recientes la historiografía no se ha ocupado de la jurisprudencia penal. Cabría preguntarse a qué se debe ese descuido de la jurisprudencia penal entre los iushistoriadores. Tres razones pueden explicar –que no justificar– este notable descuido.

La primera es que se trata, a mi juicio, de una lógica manifestación de la *vis atractiva* de la historiografía española hacia el estudio de la Administración pública y de las instituciones jurídico-privadas, dejando a un segundo plano la investigación de la tradición penal hasta las últimas dos décadas<sup>44</sup>; y cuando se ha hecho, se ha empezado por el estudio de las fuentes normativas y doctrinales<sup>45</sup>, no por los fallos judiciales.

La segunda razón guarda relación con el hecho de que la jurisprudencia penal no adquirió relevancia jurídica –pese a los precedentes de la casación en general<sup>46</sup> y de la

---

<sup>42</sup> Baró Pazos, J., “Notas acerca de la formación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta la codificación del Derecho civil”, *AHDE* 67 (1997), II, pp. 1513-1526.

<sup>43</sup> Sánchez-Arcilla y Bernal, J., “El Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias (1809-1810) (Notas para su estudio)”, *En la España Medieval*, V, *Estudios en memoria del prof. D. Claudio Sánchez Albornoz*, vol. II, Madrid, 1986, pp. 1033-1050; Puyol Montero, J.M., “La creación del Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias (Consejo Reunido) por la Junta Central en 1809”, *Cuadernos de Historia del Derecho* 2 (1995), pp. 189-233; más recientemente, Martínez Llorente, F., Ceballos-Escalera, A., *El Tribunal Supremo del Reino de España. Estudio histórico e institucional*, Madrid, 2018.

<sup>44</sup> Sobre la historiografía penal española, Álvarez Alonso, C., “Tendencias generales de la historiografía penal en España desde el s. XIX”, *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'Incontro di Studio (Firenze- Lucca, 25-27 maggio 1989)*. Milano, 1990, 2 vols. (vol. 34/35 de la colec. *Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*), pp. 969-984; Baró Pazos, J., “Historiografía sobre la codificación del Derecho penal en el siglo XIX”, *Doce estudios de historiografía contemporánea* (Germán Rueda Sanz, ed.), Cantabria, Universidad, 1991; Masferrer, A., “La historiografía penal española del siglo XX. Una aproximación a sus principales líneas temáticas y metodológicas”, *Rudimentos Legales* 5 (2003), pp. 29-125; del mismo autor, “Continuismo, reformismo y ruptura en la Codificación penal francesa. Contribución al estudio de una controversia historiográfica actual de alcance europeo”, *AHDE* 73 (2003), pp. 403-420; del mismo autor, “El *ius commune* en la historiografía penal española. Una apuesta metodológica de apertura hacia lo supranacional y europeo”, O. Condorelli, E. Montanos-Ferrin, K. Pennington, Hgg., *Studi in Onore di Manlio Bellomo*, Roma, 2004, t. III, pp. 563-587; Sánchez-González, D. del M., “Historiografía penal española (1808-1870). La escuela clásica española”, *Estudios de Historia de las ciencias criminales en España* (J. Alvarado Planas & A. Serrano Mañillo, eds.), Madrid, Dykinson, 2007; el estudio más reciente y completo es el de Baró Pazos, J., “25 años de historiografía sobre la codificación penal en España (1991-2015)”, *La codificación penal española: tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 57-108.

<sup>45</sup> En este sentido, véanse dos monografías colectivas que analizan la Parte General y Especial de los Códigos penales españoles: *Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador (Parte General)* (A. Masferrer ed.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2017; *Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española. Parte Especial* (Aniceto Masferrer, ed.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

<sup>46</sup> A este respecto, conviene recordar que la ley de 13 de julio de 1813 no permitió el uso del recurso de nulidad en materia penal. Aunque ese recurso civil fue desarrollado mediante el R.D. de 4 de noviembre de 1838 (obligatoriedad de motivar las sentencias; el recurso de nulidad servía no sólo para los resolver los litigios entre partes, sino también para fijar el sentido de la ley y crear así auténtica jurisprudencia; supresión de los recursos de injusticia notoria y segunda suplicación; reiteración de la

penal en particular<sup>47</sup> – hasta finales del siglo XIX<sup>48</sup>, merced a la aprobación de la *Ley Provisional sobre Reforma en el procedimiento para plantear el recurso de casación en los juicios criminales*, de 18 de junio de 1870<sup>49</sup>, extendiéndose por fin el recurso de casación también a las causas criminales<sup>50</sup>. Unos meses más tarde, la *Ley Orgánica*

---

prohibición del recurso de nulidad para asuntos criminales por criterios humanitarios y de orden público), no afectó al ámbito penal. Más tarde, aunque la R.O. de 27 de mayo de 1845, dispuso –con respecto al R.D. de 4 de noviembre de 1838– la publicación –en la *Gaceta de Madrid*– de todos los fallos del Tribunal Supremo, excluyó a los criminales.

<sup>47</sup> El art. 28.2 del CP 1848 hizo un brindis al sol al referirse a la interposición del “recurso de nulidad o de casación” mientras no se contara con una sala o sección criminal para poder conocer de los recursos de nulidad contra los fallos de las Audiencias; por otra parte, el Real Decreto de 20 de junio de 1852, sobre jurisdicción de Hacienda y represión de los delitos de contrabando y defraudación, abrió una pequeña puerta a la esperanza al recoger, en su art. 96, la posibilidad de interponer el recurso de casación ante el Supremo en los casos en los que el fallo definitivo en apelación fuera contrario a la ley con respecto a los delitos de contrabando y de defraudación; en efecto, el mencionado R.D. reguló expresamente un recurso de casación penal, aunque con anterioridad a esta norma, el art. 28.II CP 1848 ya había recogido expresamente el “recurso de nulidad o de casación”, previendo una serie de conductas a castigar como delitos, pero sin establecer propiamente un medio de impugnación. Los motivos de esta disposición fueron recogidos con los siguientes términos: “...salir al encuentro de tan graves inconvenientes [que amenazan la Hacienda pública] y prevenir sus fatales consecuencias dotando de grandes privilegios al Estado, fulminando severas penas contra los que atentan á sus derechos y estableciendo formas altamente protectoras, especiales y sólidas garantías así para su defensa como para su vindicación” (*Observaciones acerca del Real Decreto de 20 de junio de 1852, sobre jurisdicción de Hacienda y represión de los delitos de contrabando y defraudación*, Imprenta que fue de operarios, a cargo de D. F. R. del Castillo, Madrid, 1853, p. 4). Los arts. 96 ss. (ubicados en el Capítulo IV del Título IV) establecieron el régimen del recurso de casación, que procedía “cuando el fallo definitivo dictado en apelación sea contrario á la ley” (art. 96.I).

<sup>48</sup> La *Ley provisional sobre el establecimiento del recurso de casación en los juicios criminales*, aprobada el 18 de junio de 1870 –y publicada cinco días más tarde–, hundía sus raíces en la antigua “regla 45” de la ley provisional para la aplicación del CP 1850. En concreto, el art. 45 del *Real Decreto, haciendo reformas y adiciones en la ley provisional dictada para la ejecución del Código penal*, de 8 de junio de 1850, al prever la legislación provisional para la aplicación del CP 1850, dispuso que, “en el caso de que examinadas las pruebas y graduado su valor adquirieren los Tribunales el convencimiento de la criminalidad del acusado, según las reglas ordinarias de la crítica racional, pero no encontraren la evidencia moral que requiere la ley 42, Título XIV de la Partida 3.<sup>a</sup>, impondrán en su grado mínimo la pena señalada en el Código. Si esta fuere una sola indivisible, ó se compusiere de dos igualmente indivisibles, los Tribunales procederán con sujeción á lo que disponen las reglas 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del artículo 66 respecto de los autores del delito frustrado y cómplices del delito consumado”; al respecto, véase el estudio de Martínez González, T., “Regla 45<sup>o</sup> de la ley provisional para la aplicación del Código Penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 13, No. 26, 1865, pp. 251-254.

<sup>49</sup> El art. 4 de la *Ley Provisional sobre el establecimiento del recurso de casación en juicios criminales*, de 18 de junio 1870, cuyo precedente era la antigua “regla 45” de la ley provisional para la aplicación del CP 1850 (véase la nota al pie n. 48), regulaba los cinco casos en los que cabía admitir un recurso de casación por infracción de ley:

“1) cuando los hechos se hayan calificado como delito aunque [...] no lo sean de acuerdo a su propia naturaleza o [...] siéndolo pero por circunstancias posteriores que impidan penarlo;  
2) cuando los hechos no se califiquen ni penen como un delito (a pesar de serlo con arreglo a la ley);  
3) cuando se cometa un error de derecho en la calificación de un delito;  
4) cuando la calificación legal [...] o la pena impuesta, no fuera la que corresponda según las leyes;y  
5) cuando se cometa error de derecho en la calificación de las circunstancias agravantes, atenuantes o de exención de responsabilidad, o en la designación del grado de la pena [...]”.

<sup>50</sup> Véase la *Gaceta de Madrid*, n. 175, de 24 de junio de 1870; de ahí pasó a la *Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872* (arts. 796 ss.), a la de 1882 y a sus diversas reformas hasta la actualidad; téngase en cuenta que también el 18 de junio fue aprobada –y publicada en la misma fecha en la *Gaceta*, 24 de junio de 1870– la *Ley Provisional estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto* (disponible en [https://www.boe.es/eli/es/l/1870/06/18/\(1\)/dof/spa/pdf](https://www.boe.es/eli/es/l/1870/06/18/(1)/dof/spa/pdf)); al respecto, véase Lorente Sariñena, M. (coord.), *De la justicia de jueces a la justicia de Leyes. Hacia la España de 1870*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2007.

*Provisional del Poder Judicial*, de 15 de septiembre de 1870<sup>51</sup>, creó dos Salas de lo Criminal, una de admisión y otra de casación, convertidas en las Salas Segunda y Tercera respectivamente<sup>52</sup>, cuyas competencias se recogían en los art. 279<sup>53</sup>, 280<sup>54</sup> y 281<sup>55</sup>.

Y la tercera –no menos importante– concierne a la relevancia del principio de legalidad en la administración de justicia en general y de la criminal en particular, que se erigió en piedra angular del Derecho penal liberal garantista que surgió del reformismo ilustrado<sup>56</sup>, llegando a defenderse que la función del juez es mínima, en cuyo contexto

---

<sup>51</sup> *Ley Provisional sobre la Organización del Poder Judicial*, de 15 de septiembre de 1870, cuyo art. 669 dispone: “La fórmula de las providencias se limitará á la determinación del juez ó Tribunal, sin más fundamentos ni adiciones que la fecha en que se acuerde, la rúbrica del juez ó del presidente de la Sala y la firma del secretario. La fórmula de los autos será fundándolos en resultandos y considerandos, concretos y limitados unos y otros á la cuestión que se decida. Las sentencias definitivas se formularán con resultandos en que se exprese con claridad y con la posible concisión los hechos importantes que estén enlazados con las cuestiones que haya de resolver el juez ó Tribunal, y con considerandos en que se apliquen las leyes”; así, pues, pese a la elevación al Gobierno de un proyecto de establecimiento del recurso de casación en 1863, no fue hasta el año 1870 cuando la *Ley Provisional sobre el establecimiento del recurso de casación en juicios criminales*, la *Ley Provisional sobre reformas en el procedimiento para plantear recursos de casación en los juicios criminales* y la *Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial* establezcan y regulen la casación para todo ilícito penal.

<sup>52</sup> Sin embargo, cuatro años más tarde, mediante el R.D. de 29 de agosto de 1893, se modificó la composición del Tribunal Supremo, pasando a tener tan sólo dos Salas, una Civil y otra Criminal, eliminándose una de las Salas criminales dispuesta por la mencionada Ley de 1870.

<sup>53</sup> Según el art. 279, la Sala Segunda conocería: a) De las competencias suscitadas entre Jueces y Magistrados que no tengan superior común; b) De los recursos de queja contra los autos que dicten los Tribunales, denegando la admisión del recurso de casación por quebrantamiento de forma o el testimonio de la sentencia en los intentados por violación de ley; c) De la admisión del recurso de casación por quebrantamiento de ley.

<sup>54</sup> Según el art. 280, la Sala Tercera conocería: a) De los recursos de casación fundados en violación de ley o de doctrina legal admitidos por la Sala Segunda; b) De los mismo recursos por quebrantamiento de forma admitidos por las Audiencias; c) De los juicios de residencia de los funcionarios de Ultramar que sean de la competencia del Tribunal con arreglo a las leyes; d) De las apelaciones de las causas contar los Alcaldes mayores de las provincias ultramarinas por los delitos que cometieren en el ejercicio de sus funciones; e) De los recursos de fuerza contra el Tribunal de la Rota de la Nunciatura; f) De los recursos de revisión.

<sup>55</sup> Según el art. 281, la Sala Tercera conocería, además, en juicio oral y público y en única instancia: a) De las causas contra cardenales, arzobispos, obispos y auditores de la Rota; b) De las causas contra los Consejeros del Estado, Ministros del Tribunal de Cuentas, Subsecretarios, Directores, Jefes de las oficinas generales del Estado, Gobernadores de provincia, embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios, pero sólo aplicable a las causas por delitos cometidos mientras estuvieren en servicio activo; c) De las causas por delitos cometidos por magistrados de las Audiencias o del Tribunal Supremo, por los fiscales de las Audiencias y por los tenientes y abogados fiscales del Tribunal Supremo y de las Audiencias; d) De las causas por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por los auxiliares del Tribunal Supremo. Además, ese artículo también establecía que cada una de las Salas de Justicia del Tribunal Supremo debería conocer en única instancia de las recusaciones interpuestas contra los magistrados que las compusieran, a excepción de su Presidente respectivo; cuatro décadas más tarde, con la aprobación de la Ley de 9 de febrero de 1912, la Sala de lo Criminal amplió sus competencias, y pasó a tener conocimiento de las causas contra diputados y senadores, incluso cuando sólo fueran electos; y si los diputados o senadores eran militares no retirados o el hecho fuera perseguible por las leyes penales del Ejército o la Armada, en ese caso la competencia correspondía al Consejo Supremo de Guerra y Marina.

<sup>56</sup> Al respecto, véase Masferrer, A., “The Principle of Legality and Codification in the 19<sup>th</sup>-century Western Criminal Law Reform”, *From the Judge’s Arbitrium to the Legality Principle: Legislation as a Source of Law in Criminal Trials* (Georges Martyn, Anthony Musson and Heikki Pihlajamäki, eds.), *Duncker & Humblot*, 2013, pp. 253-293.

ideológico Montesquieu afirmó –con una expresión gráfica– que el juez es mera boca de la ley (*‘bouche de la loi’*)<sup>57</sup>.

Si esta es –al menos teóricamente, aunque no pueda ser así en la práctica– la función del juez, ¿qué interés tiene el estudio de la jurisprudencia?, ¿qué pueden aportar los fallos judiciales al estudioso de la tradición jurídica en general y, sobre todo, de la penal en particular? Parece que poco. Se olvidó por un tiempo, sin embargo, que, al margen de que la misma realidad desmiente ese discurso o ‘folclore’ –utilizando la expresión de John H. Merryman<sup>58</sup>– del Código, los preceptos de los Códigos en la tradición continental tienen un cariz –a diferencia de los de la tradición anglosajona (o del *common law*)– más abstracto, general y amplio<sup>59</sup>, lo cual no sólo permite sino que obliga al juez a ejercer un cierto grado de discrecionalidad para fallar el caso, incluso cuando no encuentra precepto alguno supuestamente aplicable al caso concreto, objeto del proceso<sup>60</sup>. De ahí que, bajo este punto de vista –y pese a la teórica constricción del principio de legalidad en el ámbito penal<sup>61</sup>–, la jurisprudencia penal sea, en realidad, una fuente mucho más relevante de lo que pudiera parecer<sup>62</sup>.

Es posible que el carácter inapelable de esta verdad, así como la superación de una concepción positivista –y, por ende, reductiva– del Derecho, hayan contribuido a despertar el interés por la jurisprudencia penal en la historiografía española en los últimos años, hasta el punto de haberse convertido hoy en una nueva y prolífica línea de investigación histórico-jurídica.

En efecto, poco o nada se había ocupado la historiografía sobre la jurisprudencia penal hasta 2016, año en el que se publicó un estudio sobre las mujeres y el concepto de honra en la Sala Penal del Tribunal Supremo<sup>63</sup>, aunque centrado en un ámbito cronológico relativamente tardío (1957-1978), del que ya se había ocupado la doctrina penalista.

---

<sup>57</sup> Montesquieu, *El espíritu de las leyes* (1748), Cap. VI De la Constitución de Inglaterra (texto recogido en la nota al pie n. 1).

<sup>58</sup> Merryman, John H., *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America*, 2ª ed., Stanford, Stanford University Press, 1985, p. 47.

<sup>59</sup> Al respecto, véase Masferrer, A., “The Passionate Discussion among Common Lawyers about postbellum American Codification: An approach to its Legal Argumentation”, *Arizona State Law Journal* 40, 1 (2008), pp. 173-256; del mismo autor, “Defense of the Common Law against postbellum American Codification: Reasonable and Fallacious Argumentation”, *American Journal for Legal History* 50.4 (2008-2010), pp. 355-430.

<sup>60</sup> Como es bien sabido, el origen de esta obligación del juez a fallar el caso se encuentra en el art. 4 del Código civil francés (1804), el cual pasó de ahí a otros Códigos europeos y americanos, como el español (1889); al respecto, véase Masferrer, A., “Was the French Civil Code ‘the Model’ of the Spanish One? An Approach to the Uniqueness of the Spanish Civil Code”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 15 (2018), pp. 99-124.

<sup>61</sup> En este sentido, comparto el parecer de Grande, E., “Principio de legalità e diritto giurisprudenziale: un’antinomia”, *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, pp. 129-146.

<sup>62</sup> Del mismo parecer, véase, por ejemplo, Cappelletti, M., “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 17 (1986), pp. 9-45.

<sup>63</sup> Tengo conocimiento de un estudio que, aunque se ocupa de una cuestión específica, marca de algún modo el camino a seguir, a saber, Varona Martínez, G., Martínez Martínez, M.A., “Las mujeres y el concepto de honra en el Archivo Histórico de la Sala Penal del Tribunal Supremo (1957-1978)”, *Clio & Crimen* 13 (2016), pp. 307-342; también es reseñable, aunque anterior en el tiempo, el estudio de Baró Pazos, J., “El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)”, *AHDE* 83 (2013), pp. 105-138, en el que muestra el importante papel de la jurisprudencia en su periodo de estudio, aunque cubriendo un periodo en el que no existía todavía la casación penal.

Tras otro estudio que analizaba la jurisprudencia en la prensa jurídica, publicado en 2019<sup>64</sup>, fue a partir de 2020 cuando la historiografía empezó a ocuparse de la contribución de la jurisprudencia en la configuración del Derecho penal, desde 1870 hasta finales del siglo pasado, un siglo de doctrina legal que ha permitido valorar, con la perspectiva que ofrece el paso del tiempo<sup>65</sup>, la relevancia de las sentencias del Tribunal Supremo en la evolución del Derecho penal. ¿A qué se debió el auge de estos estudios a partir del año 2020? A que fueron solicitados dos proyectos de investigación al Ministerio, uno en 2018 (dirigido por José María Sánchez Arcilla)<sup>66</sup>, y otro en 2020 (dirigido por mí)<sup>67</sup>, y, al ser ambos concedidos, empezaron a dar sus frutos.

El primer estudio con un notable análisis jurisprudencial (además de normativo y doctrinal) fue mi monografía sobre los delitos contra la honestidad en la Codificación española<sup>68</sup>, en el que ya pude constatar la importancia de la jurisprudencia en la configuración de esta clase de delitos, cuyo estudio exhaustivo requirió de otro estudio monográfico, centrado casi exclusivamente en el análisis jurisprudencial, como se verá.

En 2022, Isabel Ramos Vázquez, al estudiar el uxoricidio en la codificación penal decimonónica, incluyó un revelador análisis jurisprudencial<sup>69</sup>. A finales de ese mismo año se publicaron los resultados del proyecto dirigido por Sánchez-Arcilla en una obra colectiva, compuesta de 15 capítulos recogidos en dos tomos<sup>70</sup>. El primero tomo, de seis capítulos, recogía –tras un análisis introductorio sobre la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo– estudios jurisprudenciales sobre diversos aspectos, como la eximente de locura, el delito de parricidio bajo la circunstancia de embriague, el infanticidio, los

---

<sup>64</sup> Sáenz de Santa María Gómez Mampaso, B., “La jurisprudencia española en la prensa jurídica decimonónica: los repertorios de José María Pantoja”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor don José María Castán Vázquez*, Madrid, 2019, pp. 195-210.

<sup>65</sup> Otro modo de proceder, consistente en recoger las sentencias de un periodo más limitado en el tiempo, es el realizado por Sandoval Parra, V., *Delitos en litigio: La doctrina legal del Tribunal Supremo en el Sexenio Revolucionario*, Editorial Dykinson, Madrid, 2022, que también es valioso y oportuno, aunque sus resultados requerirían ser contrastados o comparados con el periodo anterior y posterior al escogido para poder extraer todas sus consecuencias; también resultan particularmente necesarios estudios como el de Marzal Rodríguez, P., “El papel del Tribunal Supremo durante la II República y la Guerra Civil”, *Justicia y represión en los Estados totalitarios: España, Alemania e Italia*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2021, pp. 83-98, cuya temática exige poner el foco en un periodo limitado en el tiempo.

<sup>66</sup> Proyecto “La trascendencia del Tribunal Supremo dentro de la conformación del Derecho penal español entre 1870 y 1995”, dirigido por el Prof. José Sánchez Arcilla (Entidad financiadora: Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades; Referencia: PGC2018-097564-B-100).

<sup>67</sup> Proyecto “Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española: contribución de la jurisprudencia en la evolución de la Parte Especial (1870-1995)” (ref. PID2019-105871GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, que fue precedido de otros dos: “La influencia de la Codificación francesa en la tradición penal española: su concreto alcance en la Parte General de los Códigos decimonónicos” (ref. DER2012-38469, 2013-2016), y “Las influencias extranjeras en la Codificación penal española: su concreto alcance en la Parte Especial de los Códigos decimonónicos” (ref. DER2016-78388-P, 2017-2020), ambos financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad.

<sup>68</sup> Masferrer, A., *De la honestidad a la integridad sexual. La formación del Derecho penal sexual español en el marco de la cultura occidental*, Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2020, caps. 3 (pp. 127-177, del que traigo aquí una parte del mismo) y 4 (pp. 212-223).

<sup>69</sup> Ramos Vázquez, I., “Matar a la propia mujer. El uxoricidio en la codificación penal decimonónica española y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1923)”, *e-Legal History Review* 36 (2022), pp. 1-41.

<sup>70</sup> Sánchez-Arcilla Bernal, J. (coord.), *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del Derecho penal (1870-1995)*, Madrid: Dykinson, 2022, 2 vols. (véase en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=882813#volumen184101>).



delitos religiosos (entre 1928 y 1978), así como sobre la pornografía durante la transición española<sup>71</sup>. El segundo tomo, compuesto de nueve capítulos, dedicados a diversas instituciones penales (delitos de injurias, delitos contra las relaciones familiares, el daño, el engaño bastante en el delito de estafa, los incendios de montes imprudentes, el delito de tráfico de drogas (entre 1970 y 1995), así como tres capítulos dedicados a la jurisprudencia penal de otros países (Francia y Portugal)<sup>72</sup>. Como puede verse, los estudios de esta monografía se ocuparon de institutos penales recogidos en los Códigos, tanto de la Parte General como de la Especial, y no todos ellos recogían la evolución completa desde 1870 hasta el periodo constitucional.

Unos meses más tarde, ya en 2023<sup>73</sup>, se publicaban dos monografías colectivas como resultado del primer periodo de ejecución del mencionado proyecto de investigación (dirigido por mí y financiado por el Ministerio), uno más generalista siguiendo –de un modo sistemático y bastante completo– la estructura de la Parte Especial del Código penal de 1870<sup>74</sup>, año de inicio de la casación penal, y otro –como se ha avanzado antes– sobre el título –de este mismo Código– relativo a los delitos contra la honestidad<sup>75</sup>. Ambas monografías se ocuparon de los delitos de la Parte Especial, abarcando un arco cronológico desde 1870 hasta 1978 aproximadamente, es decir, un siglo de recorrido histórico lo suficientemente extenso como para poder observar posibles cambios de doctrina legal ante coyunturas políticas y sociales cambiantes.

---

<sup>71</sup> Sánchez-Arcilla Bernal, J., *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del derecho penal (1870-1995)*, Tomo 1, Madrid: Dykinson, 2022: Ángel Luis Hurtado Adrián, “La jurisprudencia penal del Tribunal Supremo”, pp. 25-70; María Teresa Bouzada Gil, “La eximente de ‘locura’ a través de las sentencias de la sala segunda del Tribunal Supremo español”, pp. 71-132; Susana García León, “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en el delito de parricidio bajo la circunstancia de embriague (1870-1935)”, pp. 133-208; José Sánchez-Arcilla Bernal, “El infanticidio y la doctrina del Tribunal Supremo (1870-1995)”, pp. 209-400; Alicia Duñaiturria Laguarda, “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su papel en los delitos religiosos (1928-1978)”, pp. 401-458; María Dolores Madrid Cruz, “La mirada de los magistrados del Tribunal Supremo a la pornografía durante la transición española”, pp. 459-560.

<sup>72</sup> Sánchez-Arcilla Bernal, J., *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del derecho penal: (1870-1995)*, Tomo 2, Dykinson: Madrid, 2022: Emilio de Benito Fraile, “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su incidencia en la conformación del delito de injurias (1870-1928)”, pp. 11-40; Ana Isabel Berrocal Lanzarot, “Delitos contra las relaciones familiares. Sustracción de menores e impago de pensiones en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo”, pp. 41-110; Fernando Santa Cecilia García, “Dogmática del daño penal. Una deuda histórico jurisprudencial de concepto”, pp. 111-148; Leyre Sáenz de Pipaón del Rosal, “El engaño bastante en el delito de estafa y su evolución en la codificación y jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1978)”, pp. 149-188; Pedro Ortego Gil, “Aspectos sobre los incendios de montes imprudentes en la doctrina del Tribunal Supremo (1870-1995)”, pp. 189-266; Beatriz Monerri Molina, “El delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1970-1995)”, pp. 267-326; Claire Boughe-Le Roux, “Le modele francais de cassation a l’épreuve de la jurisprudence penale de la chambre criminelle (1811-1863)”, pp. 327-346; Isabel Graes, “Notas para a história do Supremo Tribunal de Justicia em Portugal”, pp. 347-384; Silvia Alves, “As circunstancias do crime nos recursos de revista: juizes e jurados entre a transicao liberal e as primeiras tres décadas de vigencia do código penal português de 1853”, pp. 385-428.

<sup>73</sup> De hecho, tuve noticia de los dos tomos de la mencionada obra colectiva dirigida por el profesor Sánchez-Arcilla cuando una de las dos estaba ya en prensa, y la otra en su fase final de revisión; aún así, los temas no se solaparon, en buena medida porque el proyecto nuestro, a diferencia del Sánchez-Arcilla, se dedicaba exclusivamente a la Parte Especial, y la mencionada obra colectiva tan sólo dedicó siete capítulos al estudio jurisprudencial de delitos de esa Parte.

<sup>74</sup> Aniceto Masferrer (ed.), *La jurisprudencia penal en España (1870-1978). Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos*, Cizur Menor: Aranzadi, 2023, 924 pp. (véase en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=940835>).

<sup>75</sup> Aniceto Masferrer (ed.), *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978). Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica*, Cizur Menor: Aranzadi, 2023, 342 pp. (véase en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=942198>).

La obra colectiva más generalista recoge –en veintiún capítulos y casi un millar páginas– un estudio de la evolución jurisprudencial de numerosas conductas delictivas: asociación ilícita; delitos contra la salud pública; juegos y rifas; parricidio, uxoricidio por causa de honor e infanticidio; homicidio; aborto; lesiones; calumnia; delitos contra la libertad y la seguridad: detenciones ilegales, sustracción de menores y abandono de niños; delitos de amenazas, coacciones, allanamiento, y descubrimiento y revelación de secretos; hurto y robo; el hurto de hallazgo y la apropiación indebida de cosa perdida; ocupación ilegal de inmuebles; delitos de alzamiento, quiebras e insolvencias punibles; maquinaciones para alterar el precio de las cosas; delitos usurarios; daños, incendios y otros estragos; delitos contra el estado civil de las personas; duelo<sup>76</sup>.

La monografía colectiva sobre la contribución de la jurisprudencia en la configuración de los delitos contra la honestidad recoge –en ocho capítulos y más de trescientas cuarenta páginas– un estudio de todos y cada uno de estos delitos contenidos en los diversos Códigos penales, desde 1870 hasta finales de los años setenta del siglo pasado: adulterio, violación, abusos deshonestos, escándalo público, estupro, corrupción de menores y rapto<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Masferrer, A. (ed.), *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos*, Cizur Menor: Aranzadi, 2023; Aniceto Masferrer, “Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la configuración de los delitos en España (1870–1978)”, pp. 27-90; Gabriela C. Cobo del Rosal Pérez, “El delito de asociación ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1972)”, pp. 91-128; Julián Gómez de Maya, “Proyección jurisprudencial de los delitos contra la salud pública”, pp. 129-158; Miguel Pino Abad, “Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de juegos y rifas”, pp. 159-182; Isabel Ramos Vázquez, “Parricidio, uxoricidio por causa de honor e infanticidio. La muerte entre parientes en el Derecho contemporáneo y la jurisprudencia histórica del Tribunal Supremo (1870–1995)”, pp. 183-239; Emilia Iñesta-Pastor, “El delito de homicidio en la jurisprudencia. Siglos XIX y XX”, pp. 241-286; Juan B. Cañizares Navarro & Ana-Paz Garibo, “La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de aborto: 1870-1985 y antecedentes romanos”, pp. 287-402; Leyre Sáenz de Pipaón del Rosal, “Delitos de lesiones y la contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1972)”, pp. 403-459; Antonio Bádenas Zamora, “El delito de calumnia según la doctrina del Tribunal Supremo (1870-1978)”, pp. 461-507; Pascual Marzal Rodríguez, “La dimensión jurisprudencial de los delitos contra la libertad y la seguridad: detenciones ilegales, sustracción de menores y abandono de niños”, pp. 509-540; Dionisio A. Perona Tomás, “La jurisprudencia española en los delitos de amenazas, coacciones, allanamiento, y descubrimiento y revelación de secretos (1870-1970)”, pp. 541-578; Fernando Hernández Fradejas, “Los delitos de hurto y robo según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1970)”, pp. 579-606; Patricia Faraldo-Cabana, “Entre el hurto de hallazgo y la apropiación indebida de cosa perdida: la protección penal de los bienes de interés histórico encontrados en muebles o inmuebles en la Codificación española anterior a 1995”, pp. 607-636; Miguel Cuerdo Mir, “Un siglo de jurisprudencia en la evolución del delito de ocupación ilegal de inmuebles (1870-1976)”, pp. 637-662; Miguel Cuerdo Mir, “La jurisprudencia en los delitos de alzamiento, quiebras e insolvencias punibles (1870-1976)”, pp. 663-689; Miguel Cuerdo Mir, “Jurisprudencia en los delitos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas (1870-1976)”, pp. 691-724; Julián Gómez de Maya, “Aportes jurisprudenciales a la contextura de los delitos usurarios”, pp. 725-746; Julián Gómez de Maya, “Alcance de la jurisprudencia acerca de los daños, incendios y otros estragos”, pp. 747-766; Lucía Aparicio Chofre, “Los delitos contra el estado civil de las personas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1931)”, pp. 767-814; José Franco-Chasán, “El delito de duelo en la jurisprudencia española (1870-1978): Una realidad prohibida *de iure* burlada en la práctica”, pp. 815-862; José María Puyol Montero, “La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena de muerte en España (1870-1900)”, pp. 863-923 (que es el único capítulo dedicado a la Parte General).

<sup>77</sup> Masferrer, A. (ed.), *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978). Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica*, Cizur Menor: Aranzadi, 2023; Aniceto Masferrer, “Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la configuración de los delitos contra la honestidad (1870–1978)”, pp. 15-49; Aniceto Masferrer, “La prueba en el delito de adulterio en España: un análisis jurisprudencial (1870-1978)”, pp. 51-114; Raquel Tovar Pulido, “La jurisprudencia española ante el delito de violación: un estudio histórico a través del análisis de sentencias del tribunal supremo

En ese mismo año 2023 se publicaron otros tres estudios relativos a la jurisprudencia penal, uno de Isabel Ramos Vázquez sobre el infanticidio<sup>78</sup>, y otros dos de Julián Gómez de Maya, uno sobre el respeto debido a la memoria de los muertos y el *animus profanandi*<sup>79</sup> y otro sobre el perjurio y el falso testimonio<sup>80</sup>.

En 2024 se han publicado –o verán la luz– varios estudios, además de los artículos de que se compone el presente número especial de *GLOSSAE. European Journal of Legal History*. Por una parte, Gómez de Maya ha publicado ya dos artículos<sup>81</sup>. Por otra, acabo de publicar un estudio monográfico sobre el tratamiento jurisprudencial del delito de adulterio<sup>82</sup>, a la que hay que sumar otra en camino de Pascual Marzal sobre los delitos religiosos<sup>83</sup>. Además, está en fase de publicación una monografía colectiva en inglés, recogiendo un análisis de Derecho comparado sobre el papel de la jurisprudencia en la formación del Derecho penal moderno de varios países europeos y americanos (Francia, España, Portugal, Holanda, Austria, Hungría, Dinamarca, Suecia, Noruega, Finlandia, Rusia, Georgia –USA– y Colombia)<sup>84</sup>.

---

(1870–1970)”, pp. 115-150; Patricia Plana de Juan, “La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la configuración del delito de abusos deshonestos (1870–1962)”, pp. 151-200; Brian Buchhalter Montero, “La jurisprudencia española en la evolución del derecho penal sexual: los delitos de escándalo público (1870–1987)”, pp. 201-228; José Franco-Chasán, “El estupro en la jurisprudencia española (1870–1978): de eje vertebrador a resquicio de los delitos deshonestos”, pp. 229-272; Marta Cantín Larumbe, “El delito de corrupción de menores en la jurisprudencia del tribunal supremo español (1870-1978)”, pp. 273-304; Brian Buchhalter Montero, “La jurisprudencia española en la evolución del derecho penal sexual: aspectos sustantivos y procesales del castigo del rapto (1870–1978)”, pp. 305-342.

<sup>78</sup> Ramos Vázquez, I., “El infanticidio. Configuración legal y aplicación jurisprudencial de un delito de honor en el derecho penal histórico español (1822-1995)”, *Anuario de Historia del Derecho Español* 93 (2023), pp.145-172.

<sup>79</sup> Gómez de Maya, J., “Respeto debido a la memoria de los muertos y *animus profanandi*: casos históricos en su tratamiento jurisprudencial”, *Aequitas: Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones* 21 (IV-2023), pp. 67-109.

<sup>80</sup> Gómez de Maya, J., “Entre perjurio y falso testimonio: transmutaciones típicas bajo el signo de la codificación”, *International Journal of Legal History and Institutions* 7 (2023), pp. 53-107.

<sup>81</sup> Gómez de Maya, J., “El contagio punible de enfermedades en sus formulaciones codificadas (1822-1995) y su jurisprudencia”, *International Journal of Legal History and Institutions* 8 (2024); “Crimen y castigo en un entorno marginal de casas cueva (1927): aspectos jurisprudenciales”, *Cangilón: Revista Etnográfica del Museo de la Huerta de Murcia* 40 (2024), pp. 23-34.

<sup>82</sup> Masferrer, A., *El adulterio en la Codificación penal española. Contribución del Tribunal Supremo y su doctrina legal a su proceso configurador (1870-1978)*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2024.

<sup>83</sup> Marzal Rodríguez, P., *Los delitos contra la religión en la Codificación penal española. Contribución del Tribunal Supremo y su doctrina legal a su proceso configurador (1870-1978)*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2024 (en fase de publicación).

<sup>84</sup> Masferrer, A. (ed.), *The role of Case Law in the Making of Modern Criminal Law (19<sup>th</sup>-20<sup>th</sup> Centuries)*, Routledge (Comparative Legal History Series), 2024, del que recojo aquí el título de los diversos capítulos y sus respectivos autores: Chapter 1, Introduction: The contribution of case law in the Making of Western Criminal Law (Aniceto Masferrer, Professor of Legal History, University of Valencia); Chapter 2 (France), “Case law in the Court of Cassation: Interpreting codification, production, and physiology of judgments (1811-1863)” (Laire Bouglè-Le Roux, Associate Professor of Legal History, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines); Chapter 3 (France), “French case law about the age of minority: an historical study about the relationships between jurisprudence and juvenile delinquency” (Jean-Louis Halperin, Professor of Legal History, École Normale Supérieure); Chapter 4 (Spain), “The Burden of Proof in the Crime of Adultery in Spain: The Contribution of the Supreme Court (1870-1978)” (Aniceto Masferrer, Professor of Legal History, University of Valencia); Chapter 5 (Spain), “Honour as a two-sided normative reality: overcoming the 19<sup>th</sup> century rigid legal formalism” (José Franco-Chasán, Assistant Professor, Rey Juan Carlos University); Chapter 6 (Portugal), “Neither One Nor the Other: gender, sex, and marriage on trial in Portugal during the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> Century” (Maria Clara Cunha



#### 4. Acceso y estudio de las fuentes de la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo

Quienes hemos dedicado muchas horas al análisis de las fuentes jurisprudenciales sabemos –por mera experiencia– que su acceso y estudio de la doctrina legal del Tribunal Supremo, incluso la de la segunda mitad del siglo XIX, suele ser más arduo y costoso que el de otras fuentes, como las normativas y las doctrinales. En ocasiones, exige leer mucho para obtener más bien poco. De ahí que sea sumamente importante acotar el estudio, tanto en su objeto material como en su marco espacio-temporal<sup>85</sup>. En este sentido, algunas fuentes resultan particularmente útiles. Es el caso de la colección de sentencias penales Tribunal Supremo, de José María Pantoja, quien fue secretario del máximo órgano jurisdiccional y recogió los casos resueltos por el Tribunal Supremo desde 1870 hasta 1874<sup>86</sup>.

El *Diccionario* de Martínez Alcubilla también es de utilidad como punto de partida –o guía– para una primera consulta y búsqueda de determinadas sentencias penales del Tribunal Supremo (de 1846 a 1876), sobre todo por su distribución temática y porque la sentencia recogida viene precedida de un breve resumen de su contenido<sup>87</sup>.

---

Calheiros Carvalho, Professor of Legal History, Universidade do Minho); Chapter 7 (The Netherlands), “The Dutch Supreme Court on Rape and Sexual Assault between 1886 and 1991” (Oosterhuis Janwillem, Associate Professor of Legal History, Maastricht University); Chapter 8 (Austria), “Homosexuality in Austrian Penal Law and the Role of the Supreme Court” (Martin P. Schennach, Professor of Legal History, University of Innsbruck); Chapter 9 (Hungary), “Judicial Decisions Shaping Criminal Law: Eight Decades of Sedition Cases in Hungary” (Emőd Veress, Professor of Legal History, Sapientia University & Bence Zsolt Kovács, PhD student, Central European Academy); Chapter 10 (Denmark), “Dolus eventualis in Danish Criminal Law” (Per Andersen, Professor of Legal History, University of Southern Denmark); Chapter 11 (Sweden), “Case Law between the Adoption of two Criminal Codes, Sweden 1864-1962. The Definition of Rape and Aspects of Criminal Intent” (Martin Sunnqvist, Professor of Legal History, Lund University); Chapter 12 (Norway), “Sexual abuse of minors in law and Supreme Court practice 1880 to 1980” (Jørn Øyrehagen Sunde, Professor of Legal History, Oslo University & Siri Bernssen, Fellow Researcher, Bergen University); Chapter 13 (Finland), “Supreme Court of Finland’s theft rulings in the context of crises and modernization” (Esko Hakkinen, Fellow Researcher, University of Helsinki); Chapter 14 (Russia), “Evolution of Slander and Libel in the Russian Empire and Soviet Russia (1870-1970)” (Tatiana Alekseeva, PhD student, Lomonosov Moscow State University); Chapter 15 (Georgia, USA), “Infidelity, Legality, and Southern Jurisprudence: the Newly Established Georgia State Supreme Court and its Contribution to Adultery as a Criminal Offense” (Julie Rocheton, Fellow Researcher, Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory); Chapter 16 (Colombia), “The fortuitous case on the crime of arson in the 19th century” (Loris de Nardi, Associate Professor, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso & María Macarena Cordero Fernández, Associate Professor of History, University of los Andes).

<sup>85</sup> Así, por ejemplo, pienso que no sería realista plantearse un estudio que pretendiera abarcar la totalidad de la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, desde 1870 hasta la actualidad –o hasta finales del siglo pasado–, a no ser que se contara con un equipo de muchos investigadores con experiencia, probada capacidad de trabajo y dedicación completa. Aun así, quizá resultaría más realista, si se quiere llevar a cabo una investigación honda y sólida, limitar el objeto, optando por la Parte General o por la Especial, en su totalidad o en algunas de sus partes.

<sup>86</sup> Pantoja, J.M., *Repertorio de la Jurisprudencia criminal española, o compilación completa, metódica y ordenada por orden alfabético de las diversas reglas de jurisprudencia sentadas por el Tribunal Supremo en la decisión de los recursos de casación y competencias en materia criminal desde las instalaciones de sus Salas segunda, hasta fin de 1874*, Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1875, así como los sucesivos volúmenes que siguió publicando la Dirección de la *Revista de Legislación*, desde el tomo 34 (1887) hasta el 136 (1938); al respecto, véase el estudio de Sáenz de Santa María Gómez Mampaso, “La jurisprudencia española en la prensa jurídica decimonónica: los repertorios de José María Pantoja”, ya citado en la nota al pie n. 64.

<sup>87</sup> Martínez Alcubilla, M., *Diccionario de la jurisprudencia penal de España, o repertorio alfabético de la jurisprudencia establecida por los fallos del Tribunal Supremo de Justicia, decidiendo recursos de casación y competencias en materia criminal; con algunas observaciones, notas para su mejor*

Otra fuente relevante para el estudio de la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo es un *Manual de Jurisprudencia Criminal*, de autoría desconocida –o medio anónima (D.V.R.)–, que recoge una útil selección de sentencias, desde 1870 hasta 1891<sup>88</sup>.

Aunque de valor secundario, el *Diccionario razonado*, de Joaquín Escriche<sup>89</sup>, también contiene noticias –al ocuparse de algunas voces– de sentencias del Tribunal Supremo, en ocasiones no publicadas en la *Gaceta de Madrid*<sup>90</sup>.

También resultan accesibles –aunque, no siempre con la facilidad deseable– las sentencias publicadas –en forma de suplemento– en la *Gaceta de Madrid*, y que actualmente también son accesibles gracias a la web del *Boletín Oficial del Estado (BOE)*.

Para el siglo XX, hay otras fuentes, como la obra de Núñez de Cepeda (de 1870 a 1932)<sup>91</sup>, la colección de sentencias de Rodríguez Navarro (de 1870 a 1949)<sup>92</sup>, las editadas por Aranzadi<sup>93</sup>, así como la base de datos del CENDOJ<sup>94</sup>, entre otras<sup>95</sup>.

---

*inteligencia, cuadros sinópticos de las penas fraccionadas o compuestas que emplea el código vigente, escalas graduales de las mismas y una tabla de la correspondencia de los artículos de este con los de 1850*, Imprenta de la V. e hijas de A. Peñuelas, Madrid, 1874, del que hay varios ejemplares en la Biblioteca Gregori Mayans i Síscar de la Universitat de València (A18 3781, A18 3776, A18 3776, etc.).

<sup>88</sup> D.V.R., *Manual de jurisprudencia penal o diccionario recopilador de los fallos dictados por el Tribunal Supremo sobre la aplicación del vigente Código penal, desde su publicación en 1870, hasta fin de 1891*, Madrid: Centro Editorial de F. Góngora, 1893, del que se tiene copia en la Biblioteca Gregori Mayans i Síscar de la Universitat de València (A18 4045).

<sup>89</sup> *Diccionario razonado por D. Joaquín Escriche. Nueva edición reformada y considerablemente aumentada por los doctores D. León Galindo y de Vera y D. José Vicente y Caravantes*, Madrid: Imprenta de Eduardo Cuesta, 1874-1876, 4 vols.; he manejado, por ejemplo, el vol. I, del que hay copia en la Biblioteca Gregori Mayans i Síscar de la Universitat de València (A18 02821 1).

<sup>90</sup> Así, por ejemplo, en la voz ‘Aborto’ (pp. 122-123, en particular pp. 119-123), señala: “Si quien cooperase al aborto fuera un facultativo, se agrava la pena, como confirmó una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia –no publicada en la *Gaceta*– de 3 de junio de 1871” (Escriche, *Diccionario razonado*, p. 122).

<sup>91</sup> Hilario Núñez de Cepeda, *1870 – Código penal – 1932. Comentarios – Jurisprudencia, Tablas de penas, todo lo que necesita un juez, un abogado, un fiscal o un magistrado para aplicar el texto reformado. Obra utilísima y necesaria en todo bufete y en todos los tribunales*, La Coruña: Litografía e Imprenta Roel, 1932, del que se tiene copia en la Biblioteca Gregori Mayans i Síscar de mi universidad (A19 6302).

<sup>92</sup> Rodríguez Navarro, M., *Doctrina penal del Tribunal Supremo: comprende las resoluciones recaídas en los recursos de casación por infracción de ley, desde 30 de septiembre de 1870 hasta 31 de octubre de 1946, sistematizadas y articuladas conforme al Código Penal vigente*, Madrid, M. Aguilar, 1947, del que hay varios ejemplares en la Biblioteca Gregori Mayans i Síscar de mi universidad. A ello cabe añadir los apéndices I y II, que recogen las resoluciones de los recursos de casación por infracción de ley, desde 4 de octubre de 1946 a 31 de diciembre de 1949, sistematizadas y articuladas con arreglo al Código Penal vigente, M. Aguilar, Madrid, 1948 y 1950.

<sup>93</sup> *Diccionario de jurisprudencia penal: cien años de jurisprudencia criminal del Tribunal Supremo*, Pamplona, Aranzadi, 1972-1973.

<sup>94</sup> Resulta particularmente útil el Archivo Histórico del Tribunal Supremo, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ), Jurisdicción penal, años 1897-1995, conocida base de datos de fácil acceso que recoge la práctica totalidad de las sentencias del Tribunal Supremo desde 1870 hasta la actualidad (disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/>).

<sup>95</sup> También cabe mencionar el *Diccionario índice de jurisprudencia penal*, 1973-1982, 1983-1988 y 1989-1992 (Ministerio de Justicia), compuesto por varios volúmenes.

## 5. Breves notas sobre la contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la formación del Derecho penal

La necesidad de estudiar la jurisprudencia penal, en particular la del Tribunal Supremo, no proviene de una preocupación meramente académica o escolástica, que ansía conocer por conocer –lo cual desde luego no debería ser censurable ni desdeñable–, sino de una razón mucho más inmediata y práctica, a saber, que la función de aplicar el Derecho, juzgando y dictaminando –o pronunciando fallos–, lleva consigo dos tareas primordiales para el desarrollo del Derecho: su interpretación y su configuración –esto es, en parte, su creación–. En este sentido, la jurisprudencia no es –como defendiera Montesquieu– una mera tarea mecánica o automática<sup>96</sup>. Al contrario, la labor de subsumir o de aplicar un precepto general y abstracto a una situación particular y concreta, tiene un componente ‘configurativo’ o ‘creador’ del Derecho. No es menos Derecho el fallo judicial que el precepto normativo. Es más, el fallo es, probablemente, una de las máximas expresiones del Derecho porque contiene la solución de un problema jurídico para un caso concreto, y esta es precisamente la función última del Derecho, la prevención y, sobre todo, la solución de los problemas y conflictos surgidos entre quienes conforman la sociedad. Y esto es así, no sólo –ni sobre todo– en el plano teórico o conceptual, sino en el de la entraña de la realidad práctica. No es extraño, pues, que la mentalidad más empírica o pragmática del mundo anglosajón (o del *common law*) terminara consagrando, en el siglo XIX –no antes, como alguno podría erróneamente suponer– la doctrina del *stare decisis*, declarando el carácter vinculante de las sentencias pronunciadas por un tribunal superior, siempre y cuando las circunstancias del caso particular guardaran un cierta similitud o analogía; de lo contrario, el juez inferior no quedaba vinculado por el fallo del órgano jurisdiccional superior<sup>97</sup>.

No se trata aquí de analizar la controvertida cuestión del valor de la sentencia judicial, de si es una mera fuente autorizada de interpretación del Derecho –cuestión, desde luego, poco discutible–, o es más bien –por lo menos, en parte– una fuente de creación del Derecho. Históricamente, parece claro que el valor de algunas sentencias adquirió rango creador del Derecho, máxime cuando se entendía que varias resoluciones –dos, por lo menos– en el mismo sentido constituía una costumbre de los tribunales, y cabía considerar tal ‘costumbre judicial’ como fuente creadora del Derecho<sup>98</sup>. Esa tradición tuvo su reflejo en el proceso codificador en general, y en la Codificación civil en particular, hasta el punto de que un *Proyecto de Reforma del Código civil* de 1895 recogió expresamente la jurisprudencia como una fuente más del Derecho, junto con la

---

<sup>96</sup> Este punto mereció la atención de un Ministro de Justicia, D. Vicente Cantos Figuerola, en una Solemne Apertura de los Tribunales de los años treinta; véase Cantos, V., *La función automática de los tribunales y su función creadora*, Madrid, Reus, 1934.

<sup>97</sup> Al respecto, véase, por ejemplo, el estudio de Magaloni Kerpel, A.L., *Stare decisis y la creación judicial del Derecho (constitucional). A propósito de El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw Hill, 2001, así como la recensión de M.A. Ahumada Ruíz, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23, n. 67 (enero-abril 2003), pp. 351-365.

<sup>98</sup> Al respecto, véanse mis estudios: “The decline and displacement of custom in early Modern Spain (1469-1882)”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review* 87 (2019), pp. 1-47; “La costumbre en la Administración de Justicia del siglo XVIII: el caso valenciano”, *Droit et moeurs. Société d'Histoire du Droit. Journées internationales 2010 Jaén-Baeza*, Jaén: Universidad de Jaén, 2011, pp. 529-548; “Plurality of Laws and *Ius Commune* in the Spanish Legal Traditions: The Cases of Catalonia and Valencia.” *The Laws' Many Bodies, c1600-1900* (Seán Donlan & Dirk Heirbaut, eds.), *Duncker & Humblot*, 2015, pp. 193-222; Masferrer, A., Obarrio Moreno, J.A., *La formación del Derecho foral valenciano. Contribución al estudio de las tradiciones jurídicas hispánicas en el marco del ius commune* (en coautoría con J.A. Obarrio). Madrid, Dykinson, 2012, caps. III y VIII.

ley, la costumbre y los principios generales del Derecho<sup>99</sup>. Esa Reforma no prosperó, pero el peso de la tradición sigue ahí, ejerciendo su influjo sobre la realidad jurídica y, en particular, sobre la doctrina, que –dentro y fuera de España<sup>100</sup>– no ha dejado –en particular, la civilista<sup>101</sup>, la iusfilosófica<sup>102</sup> y la administrativista<sup>103</sup>, además de la penalista<sup>104</sup>– de estudiar y debatir esta cuestión tan importante como compleja<sup>105</sup>.

Si se deja aparte esta cuestión –como se ha dicho–, ¿en qué medida pueda hablarse de contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al desarrollo del Derecho

---

<sup>99</sup> Masferrer, “Was the French Civil Code ‘the Model’ of the Spanish One? An Approach to the Uniqueness of the Spanish Civil Code”, pp. 115-117.

<sup>100</sup> Fuera de España, véase, por ejemplo, Murillo, G., “La jurisprudencia obligatoria”, *Problemas jurídicos de México*, Sección de Derecho Constitucional, México, Editorial Ius, Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales, 1953; E. Louzao, “La jurisprudencia. Su fuerza obligatoria”, *Revista de Derecho Privado* 78 (marzo 1920), pp. 74-77; Aftalión, E. R., Vilanova, J., “La jurisprudencia como fuente del Derecho”, *Revista La Ley*, Buenos Aires, 81, pp. 769 ss.; Belaid, S., *Essai sur le Pouvoir Createur et Normatif du Juge*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Bibliotheque de Philosophie du Droit, vol. XVII, 1974; Elders, J.L.M., “Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles des sources de Droit?”, *Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijkin*, vol. 14, Kluwer, Deventer, 1974; Gambaro, A., “Les reactions de la doctrine à la creation du droit par les juges en droit civil”, *Journées Italiennes. Travaux de l’Association Henri Capitant*, XXXI, 1980.

<sup>101</sup> Puig Brutau, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho (Interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Barcelona, Editorial Bosch, 1952; Böhmer, G., *El Derecho a través de la jurisprudencia: su aplicación y creación*, Barcelona, Editorial Bosch, 1959; Anglada, J., “La jurisprudencia ¿fuente del Derecho?”, *Estudios en honor de D. José Castán Tobeñas*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1969, t. IV, pp. 71-85; Ogayar Ayllón, T., *La creación judicial del Derecho*, Madrid, 1975; Vallet de Goytisolo, J.B., “Algunas consideraciones acerca de la ley y la jurisprudencia de los Tribunales como fuente del Derecho”, *Título Preliminar del C.C. Parte General*, Madrid, 1977, t. I, vol. I, pp. 11-34; Beltrán de Heredia y Onís, P., “La función judicial y el Código civil a través de un siglo”, *Centenario del Código civil*, Madrid 1990, t. I, pp. 273-286; Calvo Vidal, F.M., *La jurisprudencia. ¿Fuente del Derecho?*, Valladolid 1992; Morena, L. de la, “La jurisprudencia. ¿Fuente del Derecho?”, *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, 1989, pp. 327-348; Díez-Picazo, L., “Reflexiones sobre el concepto y el valor de la jurisprudencia en el Derecho español”, *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978* (E. Bacigalupo Zapater, P. Lucas Murillo de la Cueva y R. Trillo Torres, coords.), Madrid, 2004, pp. 393-408; Blasco Gascó, F. de P., *La norma jurisprudencial (nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Valencia: tirant lo blanch, 2000.

<sup>102</sup> Peces Barba, G., “La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico”, *Revista del Poder Judicial* 6 (marzo 1983), pp. 17-26; Baratta, A., “La jurisprudencia y la ciencia jurídica como fuente del Derecho”, *Las fuentes del Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho. Estudi General de Lleida*, Barcelona 1983, pp. 41-54; Rodríguez-Boente, S. E., *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*, Santiago de Compostela, 2003; Zaccaria, G., “La jurisprudencia como fuente de Derecho: una perspectiva hermenéutica”, *Isonomia* 32 (abril, 2010), pp. 93-117; Falcón Tella, M<sup>a</sup> J., *La jurisprudencia de los Derechos romano, anglosajón y continental*, Madrid-Buenos Aires, Marcial Pons, 2010 (traducido al inglés con el título *Case Law in Roman, Anglosaxon and Continental Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011; de la misma autora, “¿Es la jurisprudencia fuente del Derecho en el ordenamiento jurídico español?”, *Iuris Tantum* 25 (2014), pp. 389-404.

<sup>103</sup> Nieto, A., “Valor legal y alcance real de la jurisprudencia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 8-9 (2001-2002), pp. 103-116; Mestre Delgado, J. F., “Sobre el valor de la jurisprudencia en Derecho español”, *Revista General de Derecho Público Comparado* 3 (2008); Orozco Muñoz, M., *La creación judicial del Derecho y el precedente vinculante*, Pamplona, 2011; Doménech Pascual, G., “Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de ley”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho* 1 (2013), pp. 1-37.

<sup>104</sup> Al respecto, véanse las referencias recogidas en las notas al pie nn. 15 y 18.

<sup>105</sup> Entre procesalistas, véase el estudio de Fairén Guillén, V., “Notas sobre el valor de la jurisprudencia”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, año 51, n. 509 (1975), pp. 797-874; y entre romanistas, el de Schiele Manzor, C., “La jurisprudencia como fuente del Derecho: el papel de la jurisprudencia”, *Ars boni et aequi* 4 (2008), pp. 181-200.

penal? Una lectura de varias decenas –o incluso centenares– de sentencias dictaminadas por la Sala criminal del Tribunal Supremo es más que suficiente para constatar la relevancia de la jurisprudencia para el desarrollo de cualquier ordenamiento penal, y en particular de los que pertenecen a la tradición jurídica continental o europea, como es el caso español. La jurisprudencia contribuye al desarrollo del Derecho penal en seis sentidos, dos guardan relación con la mencionada controversia del valor de la sentencia judicial, y los cuatro restantes con las competencias del Tribunal Supremo y el ámbito más propiamente penal:

**a) Resolver y colmar las lagunas de los preceptos legales.** Si, como se ha dicho, los preceptos de un Código de la tradición continental no se caracteriza por su estilo minucioso y detallado –como en el *common law*–, sino más bien por su carácter un tanto general y abstracto, conformándose, por ejemplo, con describir los elementos fundamentales del tipo delictivo pero no otras posibles circunstancias relevantes, es evidente que su aplicación en determinados casos planteará el problema de que el caso particular no es fácilmente subsumible en el precepto, quizá por la sencilla razón de que el legislador no pudo –ni pretendió– prever todos los casos que podrían presentarse en el futuro. Ante un caso así, el fallo del juez es mucho más que una mecánica aplicación de un precepto. No hay duda de que este fallo, con independencia de que ‘complete’ o ‘complemente’ el Derecho<sup>106</sup>, está desarrollando el ordenamiento jurídico penal.

**b) Resolver las antinomias de los preceptos legales.** Aunque en el Derecho penal no abundan las antinomias, tampoco está completamente exento de ellas, máxime cuando el conflicto –o contradicción– puede ser no sólo entre dos leyes o artículos de un Código, sino también sobre principios, nociones o categorías<sup>107</sup>. Además, en el ámbito penal no suelen servir los criterios de solución habituales de las antinomias, tanto de las aparentes –o falsas– como de las reales (jerárquico –*lex superior derogat inferior*–, cronológico –*lex posterior derogat prior*– y de especialidad –*lex specialis derogat generalis*–). Es indiscutible que el fallo de un juez penal, o magistrado del Tribunal Supremo, ante un supuesto en el que se da una antinomia, contribuye a desarrollar el ordenamiento penal, en este caso clarificándolo y confiriéndole una mayor transparencia y seguridad jurídica.

**c) Casar las interpretaciones erróneas de los preceptos legales.** Como se ha dicho, desde 1870 le corresponde al Tribunal Supremo, en su correspondiente Sala de lo criminal, conocer de –entre otras cuestiones– los recursos de casación por quebrantamiento de la ley o de forma admitidos por las Audiencias. En estos casos, es obvio que los fallos del Tribunal Supremo están contribuyendo a esclarecer la correcta interpretación de los preceptos, con arreglo a la cual deberán fallar desde entonces todos los jueces y magistrados.

**d) Casar las aplicaciones incorrectas de la pena –o condena– impuesta.** Se trata de una tipología de casos particulares muy habituales –o recurrentes– de recursos de casación que llegan a la Sala de lo criminal del Tribunal Supremo. Como es sabido, el

<sup>106</sup> Al respecto, véase Falcón Tella, *Case Law in Roman, Anglosaxon and Continental Law*, p. 164.

<sup>107</sup> Cuello Contreras, J., “Falsas antinomias en la teoría del delito”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 44, fasc/mes 3, 1991, pp. 791-820; a día de hoy las antinomias parecen seguir preocupando en el Derecho penal; de lo contrario, no se elaborarían tesis doctorales al respecto, como la de Daniel Brod Rodrigues de Sousa, *Principios penales y antinomias axiológicas en el derecho penal brasileño*, dirigida por Jesús Barquín Sanz (Universidad de Granada, 2008).

Código penal estableció, en base al eclecticismo como fundamento filosófico<sup>108</sup>, un complejo sistema de cálculo de la pena aplicable al caso concreto con el fin de poder individualizar cada pena con arreglo al concreto delito cometido y a su autor<sup>109</sup>. Esta dificultad explica por qué algunos penalistas españoles<sup>110</sup> –como franceses<sup>111</sup>– elaboraron y publicaron algunas obras sobre esta cuestión, y por qué numerosos fallos de la Sala criminal del Tribunal Supremo versan sobre la concreta penalidad aplicable a casos concretos. Como fueron tantos los recursos resueltos de este modo, optamos por darle un tratamiento autónomo, si bien va en la línea –ya apuntada más arriba– de corrección de interpretaciones erróneas de los preceptos legales, en este caso –y más en concreto– de la parte relativa a la penalidad aplicable.

**e) Definir o clarificar el sentido y alcance de ciertos conceptos y categorías de la Parte General, así como de elementos constitutivos de tipos delictivos.** Muchos recursos de casación terminan con un fallo en el que el Tribunal Supremo esclarece ciertas nociones, principios o categorías de la Parte General, o bien establece cuáles son los elementos constitutivos de determinados tipos delictivos. No pocas veces, la doctrina jurisprudencial no es directa ni fácilmente deducible del tenor literal del texto, que en ocasiones resulta ambiguo y en otras sencillamente no está suficientemente explicitada. No cabe duda de que esa labor es más bien creativa, si bien hay quien pudiera preferir sostener que es meramente interpretativa –o declarativa– al encontrarse de algún modo implícito en el texto legal. En cualquier caso, tanto los jueces o magistrados como los abogados eran perfectamente conscientes de que tales aportaciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo se erigían –fueran creadoras o interpretativas del Derecho– en referente indiscutible. En este sentido, el Tribunal Supremo desarrolló el contenido de no

<sup>108</sup> Al respecto, véase los trabajos de Iñesta-Pastor, E., “La interpretación del eclecticismo en la doctrina y en la legislación penal de la España del siglo XIX”, *Ius Fugit* 19 (2016), pp. 209-230; *El Código penal español de 1848*, pp. 262-290.

<sup>109</sup> Al respecto, Iñesta-Pastor, E., “Influencias extranjeras en la configuración de la pena en los códigos penales españoles decimonónicos”, *Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador (Parte General)* (A. Masferrer ed.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 401-499; véase también Ramos Vázquez, I., “La individualización judicial de la pena en la primera codificación penal francesa y española”, *AHDE* 84 (2014), pp. 327-363.

<sup>110</sup> Véase, por ejemplo, Castro y Orozco, J. de & Ortiz de Zúñiga, M., *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, Granada: Imprenta y Librería de D. Manuel Sanz, 1848; Azcutia, M., [abogado Fiscal primero del TS], *La Ley penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870, en su relación con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y con las principales leyes extranjeras*. Madrid: Librerías de A. de San Martín, 1876; Rueda Neira, R.R., *Parte artística del Código penal vigente. Estudio teórico y práctico de las reglas de aplicación de penas*, Santiago: Imprenta de José M. Paredes, 1890 (en la que el autor pone de manifiesto la complejidad del CP 1870 para una correcta aplicación de las penas); Gorostola Prado, L., *Escalas graduales de penas, a partir de cada una de las que señala el Código penal vigente, con las divisiones en grados, subdivisiones de los mismos duración respectiva*, Madrid: El Cosmos Editorial, 1894; la letra negrita es mía.

<sup>111</sup> A este respecto, véase, por ejemplo, Ortolán, M., *Tratado de Derecho penal: Penalidad – Jurisdicción – Procedimiento, según la ciencia racional, la legislación positiva y la jurisprudencia, con datos de estadística criminal* (traducc. por D. Melquiades Pérez Rivas), Madrid: Librería de Leocardio López, 1878, tomos I y II; Joseph Tissot, *El Derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo. Introducción filosófica e histórica al estudio del Derecho penal* (versión castellana de la edición de 1880 por J. Ortega García, aumentada con notas y algunas indicaciones biográficas del autor por A. García Moreno), Madrid: F. Góngora y Compañía, 1880, Tomo I [UVEG 3467 1] (disponible online: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-derecho-penal-estudiado-en-sus-principios-en-sus-aplicaciones-y-legislaciones-de-los-diversos-pueblos-del-mundo-o-introduccion-filosofica-e-historica-al-estudio-de-derecho-penal/>); la letra negrita es mía.



pocos preceptos del Código penal vigente (1870, 1928, 1932, etc.), tanto de la Parte General como de la Especial, como más adelante se verá.

**f) Actualizar o ajustar algunos preceptos del Código.** Una lectura atenta, crítica y comparada de los diversos Códigos penales españoles (1848, 1850, 1870, 1928, 1932, 1944, 1995) es suficiente para constatar que el texto de 1848 apenas fue modificado – salvo en la penalidad– hasta 1995, y que la filiación de este con aquel sigue siendo todavía bastante perceptible en muchas de sus partes<sup>112</sup>. Cuesta creer que la mentalidad y la cultura de una sociedad como la española no cambiaran lo suficiente, desde mediados del siglo XIX hasta mediados del XX, como para reformar de un modo más sustancial algunos títulos de la Parte Especial. Es cierto que la mentalidad de una sociedad, y menos de la decimonónica, no cambia con la rapidez del mundo global actual. También lo es que reformar la penalidad ya resultaba de por sí una muestra evidente de la percepción y, en su caso, del juicio de desvalor social que producían determinadas conductas con el paso del tiempo. Pese a todo, no parece que las reformas penales reflejen ni fueran acordes con los nuevos contextos políticos, sociales, económicos y culturales o ideológicos. Esto significa que, al quedar quizá algunos preceptos desfasados u obsoletos, pudo el Tribunal Supremo recurrir a nuevos planteamientos o argumentos que permitieran el ajuste con el contexto vigente imperante<sup>113</sup>. Esta fue una hipótesis o punto de partida basada en ciertos indicios y razones más o menos plausibles, pero –como pude comprobar en otro estudio<sup>114</sup> y constatará el propio lector, tanto en este capítulo como a lo largo de esta obra–, no parece ser el caso habitual, ni siquiera con respecto a aquellos tipos delictivos cuyo castigo podía quizá resultar anacrónico o ajeno a la mentalidad y moral sociales.

Más allá de la función nomofiláctica de la casación<sup>115</sup>, resulta evidente la contribución de la doctrina legal del Alto Tribunal en estos seis sentidos, como tuve ocasión de comprobar desde el primer estudio al que dediqué más de un capítulo a la contribución de la jurisprudencia a la formación de los delitos contra la honestidad<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> Iñesta-Pastor, *El Código penal español de 1848*, sostenido en numerosas ocasiones a lo largo del estudio, desde la ‘Introducción’ hasta la conclusión (p. 912); de la misma autora, “La Parte Especial en la Codificación penal española de los siglos XIX y XX. Influencias extranjeras”, *Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española. Parte Especial* (A, Masferrer, ed.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 89-171, en particular, pp. 124-136.

<sup>113</sup> Esta idea ya quedó apuntada en algunos de mis estudios: “How did the French Criminal Code influence the European and Latin-American Codification?”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 16 (2019), pp. 386-391; “Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española: De la Parte General a la Parte Especial. Balance historiográfico”, *Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española. Parte Especial* (Aniceto Masferrer, ed.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 31-87.

<sup>114</sup> Véase, por ejemplo, Masferrer, *Los delitos contra la honestidad en España (1870–1978)* en general, y el cap. 1 en particular, donde se resalta la estricta adhesión del Alto Tribunal al principio de legalidad.

<sup>115</sup> Respecto de la función nomofiláctica de la casación civil histórica, véase el estudio de Buchhalter Montero, B., “Notas sobre nomofilaxis a la luz de la casación civil histórica: de la Constitución de Cádiz a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, Núm. 1, 2022, pp. 243 ss.; así como el de Faggioli, Alizia; Fuentes, Marily Rafaela; Castellanos, Pedro Enrique, “La función nomofiláctica como mecanismo de unificación en la interpretación del derecho”, *Revista CES Derecho*, Vol. 10, No. 2, julio – diciembre de 2019, 591-604 (disponible en <https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/5177>): “El alcance o propósito de la nomofilaxis en casación es declarar la nulidad o revocar las decisiones contrarias al orden jurídico, de forma tal que pueda conseguirse con su aplicación una mayor consistencia del marco legal que ha sido aprobado por la sociedad y el Estado”.

<sup>116</sup> Masferrer, *De la honestidad a la integridad sexual*, pp. 172-177.

## 6. Contribución de la doctrina legal al proceso configurador de los tipos delictivos

El proceso codificador español escapó en parte de la identificación entre el Derecho y la ley, del empobrecimiento que supuso reducir las fuentes del Derecho a la ley. De ahí que, al recoger las fuentes del Derecho, mencionara, junto a la ley y los principios generales del Derecho –como hiciera el modelo francés–, también la costumbre, y que una reforma del Código civil de 1895 llegara incluso a proponer la inclusión de la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho<sup>117</sup>. En cualquier caso, resulta evidente –aunque en parte no terminen de entender muchos juristas, tanto del *civil law* como del *common law*–, que la ley no puede ni debe pretender regular de un modo minucioso las complejas relaciones jurídicas, ni puede ni debe prever la diversidad de situaciones susceptibles de originar la infinitud de posibles controversias que pueden terminar en los tribunales<sup>118</sup>. En este sentido, J.-E.-M. Portalis puso de manifiesto, en su *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*<sup>119</sup>, que no existe código alguno capaz de prever o abarcar la variada y compleja multitud de casos que las relaciones humanas generan:

“Un código, por muy completo que parezca, aún no está terminado cuando *se presentan ya mil asuntos inesperados ante el magistrado; pues las leyes, una vez redactadas, permanecen tal como han sido escritas. Los hombres, por el contrario, no descansan jamás; siempre están actuando, y este movimiento, que no se detiene y cuyos efectos son modificados de diversas formas por las circunstancias, produce a cada instante una nueva combinación, un nuevo hecho, un nuevo resultado. Así pues, es necesario dejar una multitud de cosas al imperio de la costumbre, a la discusión de los hombres instruidos y a la mediación de los jueces*”<sup>120</sup>.

Aunque la discrecionalidad judicial suele ser más acuciante y notoria en el ámbito del Derecho privado –como también reconoce Portalis<sup>121</sup>, lo cierto es que el Derecho penal no está completamente exento de esta misma necesidad, erigiéndose de todas formas en “el auténtico complemento de la legislación”:

“De ahí que en todas las naciones civilizadas se vea siempre formarse, junto al santuario de las leyes y bajo la vigilancia del legislador, un depósito de máximas, de decisiones y de doctrina, depurado diariamente por la práctica y por el choque de los debates judiciales, que crece sin cesar gracias al conocimiento adquirido y que siempre se ha considerado como *el auténtico complemento de la legislación*”<sup>122</sup>.

<sup>117</sup> Al respecto, véase la nota al pie n. 99, así como su correspondiente texto principal.

<sup>118</sup> Al respecto, Orozco Muñoz, *La creación judicial del Derecho y el precedente vinculante*, ya citado en la nota al pie n. 103.

<sup>119</sup> Que apareció al principio, como presentación firmada por Portalis al Proyecto de Código civil presentado por la Comisión encargada de su redacción a Napoleón Bonaparte (1801), y sería promulgado en 1804; Portalis, Jean-Étienne-Marie, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris 1844, del que se sirvió la edición de Fenet, Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tomo 1, París 1836, pp. 463-523; utilizo yo la versión traducida por Adela Mora, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Madrid: Universidad Carlos III, 2014; disponible en [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19797/discurso\\_portalis\\_hd31\\_2014.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19797/discurso_portalis_hd31_2014.pdf), pp. 15-16.

<sup>120</sup> Portalis, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, pp. 13-14.

<sup>121</sup> Portalis, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, p. 16.

<sup>122</sup> Portalis, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, pp. 13-14; según Portalis, a falta de un precepto que regule el caso concreto, tan necesario es el recurso a “una serie ininterrumpida de decisiones semejantes, una opinión o una máxima recibida”, como recurrir al “derecho natural”: “Pero a falta de un texto preciso sobre cada materia, un uso antiguo, constante y bien establecido, una serie ininterrumpida de decisiones semejantes, una opinión o una máxima recibida hacen las veces de ley. Cuando nada de lo establecido o conocido nos sirve de guía, cuando se trata de un hecho absolutamente



En este sentido, la función casatoria –de origen francés<sup>123</sup>– del máximo órgano jurisdiccional tiene una relevancia que va más allá del mero “Arte de la jurisprudencia penal”<sup>124</sup>. Al encontrarse en la cúspide del poder judicial para todo tipo de causas judiciales, el Tribunal Supremo, al resolver recursos de casación –bien casando y anulando la sentencia judicial recurrida, bien desestimando completa o parcialmente el recurso–, no sólo unifica la forma de interpretar y aplicar el Derecho en ese caso –y en otros casos equiparables–, sino que también contribuye al proceso configurador de algunos aspectos no suficientemente explicitados en el precepto legal. De ahí que la doctrina legal del Alto Tribunal constituya, no sólo una autorizada fuente interpretativa del Derecho, sino también “creadora” o “configuradora” del ordenamiento penal.

El presente número especial de *GLOSSAE. European Journal of Legal History* revela de nuevo la verdad de esta afirmación<sup>125</sup>. Aunque los preceptos penales contenidos en la Parte Especial de los Códigos establecieron los elementos esenciales de cada tipo delictivo, la doctrina legal tuvo que complementar o explicitar algunos extremos *ad mentem legislatorem* en los casos concretos, algunos de ellos difícilmente previsibles por el legislador penal. La jurisprudencia del Tribunal Supremo contribuyó así de un modo notable a la configuración jurídica de algunos tipos delictivos, cuya aplicación exigía ir más allá de lo establecido por el precepto legal. “Ir más allá” no significa contravenir o ignorar el precepto, sino clarificar, explicitar, desarrollar y completar determinados aspectos para la correcta aplicación del tipo delictivo en la práctica forense.

En realidad, todos los artículos de este número especial, salvo el presente y otros dos publicados en la sección de miscelánea, analizan esa contribución de la doctrina legal en la configuración de algún delito de la Parte Especial. Como no era posible recoger en una sola obra todos los delitos recogidos en el Código penal de 1870, se optó por recoger en este número especial todos aquellos delitos todavía no estudiados en las dos monografías colectivas publicadas en 2023<sup>126</sup> o en las dos monografías individuales ya publicadas o en fase de publicación en el presente año en curso<sup>127</sup>.

Al presente artículo titulado “Notas historiográficas sobre la contribución del Tribunal Supremo a la configuración de los delitos en España (1870-1978), de quien suscribe, le sigue el estudio de Dolores del Mar Sánchez-González, sobre “Jurisprudencia del TS sobre el delito de lesa majestad”. En él se analiza –como reza el título– la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto del delito de Lesa Majestad –denominado posteriormente atentados contra el Jefe del Estado– desde 1870 hasta 1972. Se constata, en primer lugar, que desde 1931, con la regulación realizada por la II República española, no existen sentencias relevantes, y, tras la guerra civil, este supuesto delictivo pasó de la jurisdicción ordinaria a la militar, siendo los consejos de guerra los encargados de su enjuiciamiento hasta la creación del Juzgado y Tribunales de Orden público, que supuso la devolución del delito a la jurisdicción ordinaria (aunque sin entrar a analizar estos supuestos por considerar que exceden los objetivos de esta contribución).

---

nuevo, uno se remonta a los principios del derecho natural, pues si la previsión del legislador es limitada, la naturaleza es infinita, y se aplica a todo lo que pueda interesar a los hombres” (pp. 14-15).

<sup>123</sup> Hitters, L., *Breve Reseña Histórica de la Casación Civil Francesa*, Madrid, 1995.

<sup>124</sup> Silvela, Luis, *El Derecho Penal estudiado en principios en la legislación vigente en España*, Madrid: Imp. de T. Fortanet, 1874, p. 16.

<sup>125</sup> Como también lo reveló la obra colectiva citada en la nota al pie n. 74.

<sup>126</sup> Véanse las obras citadas en las notas al pie nn. 74 y 75.

<sup>127</sup> Véanse las obras citadas en las notas al pie nn. 82 y 83.

Sánchez-González analiza 72 sentencias de casación emitidas por el Tribunal Supremo: tres por quebrantamiento de forma, el resto por infracción de ley, salvo una – que no fue admitida– por “infracción de doctrina legal”. Respecto a la tipificación de los supuestos recurridos: tres lo fueron por regicidio frustrado, cinco por amenazas al rey, 30 por injurias al rey (dos de ellas junto con amenazas), 10 por injurias a la Regente, tres por injurias al jefe del Estado (lo que hacen un total de 43 supuestos de injurias), dos por problemas de competencia, y ocho por inhibición ante los tribunales especiales de prensa. Así pues, el objeto mayoritario de los recursos va relacionado con la libertad de prensa y su compatibilidad con la defensa de la persona del monarca y su integridad, o con la institución monárquica en sí misma.

Por lo demás, el análisis de las sentencias permite constatar el endurecimiento progresivo de la punición del delito de lesa majestad, en particular en los Códigos penales de 1928, 1932 y 1944, los cuales introdujeron variaciones de denominación, ubicación y, por último, de jurisdicción, por cuanto los delitos de lesa majestad pasaron a incorporarse a los delitos contra los poderes del Estado, al entender que el ataque al jefe del Estado en realidad era un ataque directo a la forma del mismo. Además, el descontento generalizado de la población con la gobernación del país contribuyó a una intensificación de la penalidad por estos delitos ante la posibilidad de que en realidad se estuviera asistiendo a intentos de cambios camuflados de régimen político.

Titulado “El asesinato en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1995)”, el artículo de Emilia Iñesta-Pastor se justifica sobradamente por la importancia del bien jurídico protegido, por la vida humana independiente, así como por los especiales modos de ejecución del delito objeto de estudio. En efecto, la trascendencia social del asesinato se pone de manifiesto en una importante elaboración doctrinal, resultado de una larga evolución histórica, y una ingente jurisprudencia que ha venido a perfilar sus elementos esenciales de manera pormenorizada, poniendo en evidencia la fisonomía peculiar del asesinato, en la que el legislador ha incluido una serie de elementos constitutivos del tipo, con la denominación de circunstancias. El estudio muestra cómo la jurisprudencia se hace eco de la discusión doctrinal en torno a la naturaleza jurídica del asesinato como delito independiente u homicidio cualificado, cuestión en la que, si bien con alguna vacilación, se manifiesta partidaria de la sustantividad propia del asesinato, destacando las circunstancias definitorias como elementos constitutivos del mismo.

Es en el análisis de las circunstancias constitutivas del asesinato en donde se manifiesta –a juicio de Iñesta-Pastor– la dimensión de la labor jurisprudencial que de forma minuciosa contribuye a perfilar el carácter, requisitos y condiciones de la existencia y aplicación de cada una de ellas. Tarea motivada en muchos supuestos por lagunas del código penal, que no aportan conceptos de determinadas circunstancias, caso del incendio o veneno. Igualmente, será la Jurisprudencia la que determine, en el caso de coincidencia de varias circunstancias en un mismo supuesto, cuál de ellas será la calificativa del mismo. En relación a la alevosía, son contribuciones jurisprudenciales: el destacar su carácter tendencial; el análisis de su naturaleza jurídica adoptando un criterio pendular, así como manteniendo de forma reiterada un criterio objetivo al estimar siempre asesinato en situaciones de inferioridad de la víctima. Respecto al precio, recompensa o promesa remuneratoria, la jurisprudencia incide en el valor pecuniario del mismo, manteniéndose, en contra de la doctrina, en el criterio de castigar tanto al que ofrece como al que recibe al pago. Un cambio de orientación jurisprudencial destacable son los supuestos en que la

sustancia venenosa sea inocua por insuficiencia de la dosis administrada: si bien en un primer momento se estimó incluso su impunidad o un delito de lesiones, evoluciona a la consideración de asesinato frustrado. Es especialmente significativo el supuesto de la premeditación, cuya averiguación y declaración de existencia los códigos optaron por dejar al arbitrio de los tribunales, lo que realizaron con extraordinaria minuciosidad, haciéndose eco, además, de la postura doctrinal que reclama su supresión. En el ensañamiento, la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que posee un interés más criminológico que jurídico, mostrándose remisa e incluso excesivamente rigurosa en su aplicación. Finalmente, es de destacar la tendencia de la jurisprudencia, por razones criminales, a ampliar el ámbito de punibilidad de la tentativa de asesinato a casos que no son verdaderamente ejecutivos.

En el artículo sobre “El delito de imprudencia temeraria en la jurisprudencia histórica española (1870-1995)”, Isabel Ramos Vázquez analiza fundamentalmente el desarrollo jurisprudencial del llamado “delito de imprudencia temeraria” hasta la reforma de 1995. Hasta ese momento, la comisión imprudente del delito no se reguló, junto con la comisión dolosa, en la parte general de los Códigos penales históricos (salvo en el caso del Código penal de 1928), sino que se tipificó en el genérico delito de imprudencia temeraria (a la que se asimilaba la imprudencia con infracción de reglamentos) en el libro segundo dedicado a los delitos. Además, el sistema elegido para la regulación de este delito hasta la reforma de 1995, era un sistema abierto, genérico o de “*numerus apertus*”, que permitía la imputación por imprudencia de cualquier tipo de conducta, dejando en manos de los jueces –o el “prudente arbitrio” de los tribunales al que aludían las propias disposiciones legales– la labor de establecer qué tipos de delitos eran susceptibles de comisión imprudente, así como sus requisitos, frente a los que precisaban una específica justificación de intencionalidad o dolo. Siendo, en consecuencia, un delito de especial desarrollo jurisprudencial hasta la reforma de 1995, en la que se apostó por un sistema de incriminación cerrada o de “*numerus clausus*”, por el que la propia ley determinó los delitos que podían ser cometidos por imprudencia grave, resulta fundamental analizar su construcción a lo largo de la historia contemporánea.

A tal fin, Ramos Vázquez divide el artículo en tres partes fundamentales. La primera analiza la regulación de la imprudencia temeraria o grave a lo largo de toda la codificación penal española, incluyendo los cambios acometidos por la reforma de 1995. En la segunda acomete un estudio más específico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su primera época, bajo la vigencia de los Códigos penales de 1870 y 1932. Y, finalmente, la tercera se ocupa de los cambios que se produjeron al amparo de los Códigos penales de 1944 y 1973, poniendo el foco esencialmente en las dos novedades introducidas en su articulado: la imprudencia temeraria en el ámbito de la circulación con vehículos a motor, y la llamada impericia o negligencia profesional.

El artículo “El delito de estafa según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1970)”, cuya autoría corre a cargo del profesor Fernando Hernández Fradejas, analiza la legislación, doctrina y, en especial, la jurisprudencia histórica de esta figura jurídica. El trabajo comienza con una introducción conceptual y metodológica, describiendo la evolución temporal del delito de estafa durante el periodo mencionado. De acuerdo con el autor, este tipo penal no se regula hasta la época codificada. El Código Penal de 1822 ya contuvo la mayoría de las figuras previstas en el Código de 1944, aunque éste contó con su inmediato antecedente en los códigos de 1848 y 1850. Tanto las leyes españolas como la doctrina eligieron el sistema casuístico, el cual es pernicioso para

algunos autores, hasta el punto de que el Código de 1870 lo puso de relieve al ser aplicado. Más adelante, el Código de 1944 no sólo lo conservó, sino que lo agravó.

Posteriormente, el profesor Hernández Fradejas examina el bien jurídico protegido para después entrar en los elementos propios del tipo objetivo y subjetivo de la estafa desde el punto de vista jurisprudencial. El primero (el tipo objetivo) incluye la conducta engañosa, el perjuicio patrimonial, el error, el acto de disposición, así como la relación de causalidad entre la conducta engañosa y el perjuicio patrimonial. En cambio, el segundo (el tipo subjetivo) recoge el dolo y el ánimo de lucro. En este sentido, aunque el Tribunal Supremo se haya limitado a mencionar engaño y perjuicio en múltiples declaraciones, también ha insistido en la relación de causalidad entre uno y otro con cierta frecuencia, añadiendo el ánimo de lucro algunas veces. Pero engaño significa en castellano tanto la conducta determinante a error como éste mismo, por lo que el engaño aludido por el Código y la jurisprudencia ha de desdoblarse en dos: acción engañosa y error causado por la misma.

En algunas legislaciones se ha de constar un acto de disposición causado por el error y causante del perjuicio. Donde no se menciona, los tratadistas lo requieren como carácter no escrito, pero necesario para distinguir la estafa del hurto y la apropiación indebida así como para mantener el lazo causal entre el error y el perjuicio. Tampoco, los Códigos españoles desde el de 1848 lo expresan, pero aquí, como en otras legislaciones, debe darse por supuesto en los tipos que llamamos de estafa propia o genuina. Todos los elementos objetivos -conducta engañosa, error, acto de disposición, perjuicio- han de estar unidos entre sí por relaciones de causalidad. Igualmente, los elementos subjetivos tales como el dolo y el ánimo de lucro -o enriquecimiento injusto- tampoco están consignados en el Código, pero es esencial a éste como a otros delitos contra la propiedad. En último lugar, la contribución expone unas consideraciones adicionales sobre la estafa procesal y la consumación, frustración y tentativa, junto con unas conclusiones.

Miguel Pino Abad, en su estudio sobre la “Jurisprudencia del tribunal supremo sobre exacciones ilegales”, parte del art. 15 de la Constitución de 1869, el cual consideraba que cometía el delito de exacción ilegal todo funcionario público que intentase exigir o exigiera el pago de una contribución que no hubiese sido votada por las Cortes o las corporaciones populares, legalmente autorizadas para imponerla. Tales comportamientos quedaron tipificados en los artículos 223 a 227 del Código penal de 1870. El autor subraya que el Alto Tribunal aclaró que, como excepción, no había exacción ilegal en la cobranza de las contribuciones no votadas especialmente por las Cortes en un año determinado, si con arreglo a otras leyes vigentes se estaba cumpliendo lo dispuesto en el referido artículo constitucional. Junto a las anteriores, el Código de 1870 se refirió a otras exacciones consideradas ilegales, no por ser contrarias a la Constitución, sino por el exceso en la percepción de los derechos que tenía señalados el funcionario público. Así, el artículo 413 decía: “el funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, mayores derechos de los que estuvieran señalados por razón de su cargo, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado por otro concepto, con una multa del duplo al cuádruplo de la cantidad exigida. El culpable habitual de este delito incurrirá, además, en la pena de inhabilitación temporal especial”. El Tribunal Supremo recordó que, según el Diccionario de la Lengua, exigir es lo mismo que cobrar, percibir o sacar de otro, con derecho o por fuerza, alguna cosa y que cometía el delito de exacciones ilegales el funcionario público que exigiere directa o indirectamente mayores derechos que los que estuvieran señalados por razón de su cargo,

incurriendo en la pena establecida en el código, agregando que a dicha pena quedaban sujetos todos los que debieron percibir derechos de los negocios judiciales que ocurrían en los juzgados municipales y exigieron más de lo que por arancel les correspondía.

De otro lado, Pino Abad pone también de relieve que para el Tribunal Supremo la circunstancia de no haberse llegado a percibir los derechos indebidos no afectaba a la naturaleza de los diversos actos punibles ni tampoco era preciso que el funcionario, que consignaba mayores derechos de los debidos con objeto de cobrarlos, fuese el que directamente practicase las gestiones necesarias al efecto. Ello, en su opinión, se desprendía con claridad del texto del aludido artículo 413. Otro aspecto a tener en cuenta es que para que unos hechos constituyeran el delito del repetido precepto se requería que los aranceles en que se hallasen consignados se hubiesen publicado por los medios y las formalidades establecidas, a fin de que llegasen a conocimiento de aquellos que debían percibirlos y que el funcionario público al exigirlos, en mayor cantidad que la señalada, lo realizase con voluntad de delinquir y nunca bajo el convencimiento de que exigía y percibía los que le estaban asignados. Por último, respecto a la expresión “culpable habitual”, que aparece al final del precepto, el Tribunal Supremo aclaró que el objetivo que se proponía el legislador era castigar conductas que se caracterizaban por el hábito o costumbre de actuar en el campo de lo ilícito penal y, por ello, no era preciso para la apreciación de la habitualidad que el agente hubiese sido condenado con anterioridad por la misma especie delictiva.

Leyre Sáenz de Pipaón del Rosal, en su artículo sobre “La prevaricación y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (1870-1978)”, presenta un meticuloso y profuso estudio de la prevaricación, repasando la historia y evolución de dicho delito en nuestra legislación penal. Así, se examinan de forma pormenorizada los elementos y bien jurídico protegido tanto de la prevaricación administrativa como de la prevaricación judicial, presentando las particularidades de ambas figuras, lo que dota al estudio de un gran valor teniendo en cuenta que, en ambos casos, tratamos con tipos penales pertenecientes al ámbito de la Administración, y de ahí las dificultades que motivan y evoca la investigadora penalista: la relación del derecho penal con el derecho administrativo, la criminalización de las conductas ilícitas llevadas a cabo por funcionarios públicos, la cuestión del bien jurídico protegido y los eventuales problemas que pueden surgir de la participación delictiva en estos delitos especiales.

La autora ha podido reflejar claramente que la prevaricación es uno de los delitos más arraigados en nuestra legislación penal, con presencia en todos los Códigos penales que han sido promulgados en España desde las primeras codificaciones, pasando con el Código penal de 1995, la prevaricación administrativa y la prevaricación judicial a regularse en distintos títulos, lo que da lugar a la independencia de ambos tipos penales que hasta la fecha habían sido configurados conjuntamente bajo el mismo prisma de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Igualmente, el artículo lleva a cabo un prolijo y cuidadoso examen de la sólida doctrina jurisprudencial del delito en cuestión, tras el cual la autora ha podido elaborar una serie de certeras conclusiones, sosteniendo, por ejemplo, que no se aclara el propio concepto de la prevaricación, que no se desarrollan los elementos del delito o que tampoco se indaga en algunos de los problemas relativos al bien jurídico protegido o que no se plasman los problemas de participación tratándose de un delito especial. En este sentido, la autora es contundente al señalar los pocos cambios habidos a lo largo de todo el periodo analizado, mostrándose crítica con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo por cuanto que –a su juicio–

adolesce de vacíos y faltas de concreción, con escasos tipos penales relativos a la prevaricación que hayan sido aplicados, dejando al descubierto una gran laguna interpretativa que todavía no ha dejado huella en el tiempo, si bien augura que lo hará en los años sucesivos.

En el estudio titulado “La jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1978) en los delitos cometidos por los funcionarios públicos: la desobediencia, la denegación de auxilio y la negativa a desempeñar un cargo público”, Marta Cantín Larumbe se propone analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante los años 1870-1995 en sede de los delitos cometidos por los funcionarios públicos –y, concretamente, la desobediencia, la denegación de auxilio y la negativa a desempeñar un cargo público– para constatar hasta qué punto o en qué medida la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo incidió en la configuración normativa del tipo. La autora muestra cómo la regulación de los tipos estudiados no varió significativamente en los distintos Códigos Penales (1870, 1928, 1932 y 1994), más allá de modificar la cuantía o la duración de las penas impuestas, la introducción de eximentes y subtipos –como es el caso del Código penal de 1944–. Esto no significa, sin embargo –sostiene Cantin Larumbe –, que el TS no haya contribuido a la configuración del delito, más bien al contrario. En este sentido, la autora muestra cómo la jurisprudencia del TS se ocupó, mayoritariamente, de definir o clarificar el sentido y el alcance de los conceptos y categorías de la Parte General, así como los elementos constitutivos de los tipos delictivos objeto de estudio. Una de las cuestiones más debatidas, y objeto de numerosos recursos de casación, fue la de concretar y definir en qué casos nos encontramos ante un funcionario público, aplicando, a cada caso concreto, la definición recogida en el Código Penal. Así, se reputó como funcionario público a un párroco, recaudador de impuestos, e incluso a un concejal.

En otras resoluciones, el Tribunal Supremo clarificó, en sede de desobediencia, cuando nos encontramos con una “negativa abierta” ante una orden de un funcionario público, pudiendo ser tanto una negativa clara y rotunda como un silencio o resistencia persistente. Otra contribución relevante del Alto Tribunal fue pautar directrices para distinguir entre la desobediencia genérica, la desobediencia propia de los funcionarios públicos o la omisión de impedir la perpetuación de otros delitos. Sin embargo, a pesar de estas contribuciones de la jurisprudencia, la autora no aprecia, por parte de los magistrados, el más mínimo atisbo de activismo judicial en su quehacer de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, sino más bien una clara disposición de estricto cumplimiento de la legalidad.

Miguel Pino Abad, en su estudio sobre la “Jurisprudencia del tribunal supremo sobre el delito de malversación de caudales públicos”, advierte que, tradicionalmente, la malversación de caudales públicos ha sido definida como un delito propio de empleados, consistente en la mala inversión de fondos, comprendiendo en este término todos los de las diferentes Administraciones y hasta los particulares, siempre que fuese a consecuencia de un mandato de la autoridad pública. Dentro de ella existen, a su vez, diversas modalidades. Así, en primer término, está la llamada malversación apropiativa, en la que el funcionario o autoridad hace suyo el patrimonio público manejado y lo aplica a su exclusivo interés personal. De otro lado, aparece la malversación de uso, en la que el funcionario no toma para sí los caudales que gestiona, sino que los aplica a un fin anómalo, es decir, distinto a aquel para el que debía utilizar. Finalmente, está la malversación impropia en la que el delito es cometido por una persona que no es autoridad o funcionario público, pero que se encuentra encargada de gestionar, por cualquier

concepto, las rentas o efectos de las Administraciones Públicas. Dentro de este último grupo, se engloban también los depositarios de bienes embargados o secuestrados por la autoridad, aunque pertenezcan a particulares.

Pino Abad muestra cómo, desde un principio, el Tribunal Supremo dejó claro que se castigaba con la misma pena la sustracción directamente realizada por el funcionario que tenía a su cargo los caudales como el consentimiento de aquél para que otro los sustrajera, pues se partía de la premisa que sin tal autorización no se hubiese podido consumir la malversación. Para que se cometiera se exigía, por tanto, que el sujeto de la sustracción fuera funcionario o autoridad y que el objeto sobre el que recaía fuese caudales públicos puestos a su cargo. Igualmente, apuntó la necesaria concurrencia de un doloso propósito de apoderarse de los bienes. En relación al procesamiento por malversación de fondos públicos, no bastaba con el hecho de corresponder su administración al acusado, sino que era indispensable haberlos percibido o consentido que otros los sustrajeran. Respecto al significado de sustracción, el Tribunal Supremo declaró que hacía referencia a apropiación definitiva, para siempre, con ánimo de no restituir, esto es, con el propósito de lucrarse con lo ajeno, sin que se requiriese que provocase o no perjuicio, ni causase daño o entorpecimiento al servicio público. Mientras que dentro del concepto de caudales o efectos públicos no sólo incluyó las cantidades en metálico o efectos públicos negociables, sino también todas las cosas que constituían la hacienda o bienes de cualquier especie, conforme al significado gramatical y usual de la palabra.

Nuria Domingo Roig, al estudiar la “Contribución jurisprudencial del tribunal supremo en la configuración jurídica del delito de violación de secretos en los funcionarios públicos (1870 – 1978)”, constata de entrada, en cuanto a la evolución normativa, que la conducta típica del delito de violación de secretos en los funcionarios públicos permanece inalterada desde el CP de 1870 hasta el CP de 1978 y prácticamente hasta la actualidad. Se mantiene el mismo tipo básico en todos los CP analizados, únicamente con pequeños cambios penológicos, en la rúbrica o de ubicación en el texto legal. Las novedades más relevantes se contienen en el CP de 1928 debido al aumento en la pena, la agrupación de conductas delictivas cometidas por funcionario y la ampliación del catálogo del sujeto activo del delito. Pero esta última innovación fue irrelevante a efectos judiciales, habida cuenta que la autora no encontró una sola sentencia que cuestionara el sujeto activo.

En cuanto a la evolución jurisprudencial, la autora concluye que, aunque fueron pocas las sentencias encontradas en casación, el TS incorporó aspectos importantes para la configuración del delito. En primer lugar, delimitó la distinción entre el castigo por violación del secreto y por violación de correspondencia privada. En segundo lugar, marcó los límites que diferencian las conductas de violación, descubrimiento y revelación de secretos. En tercer lugar, manifestó que sí puede existir tentativa penada si empieza la ejecución externa del delito, dejando en la incertidumbre cuándo debería sancionarse el acto preparatorio si no se revelara el secreto por completo, y si estaríamos o no ante un delito de resultado. Por último, el TS estableció perfectamente las notas del carácter secreto, sin dejar duda alguna acerca de qué se considerará contenido secreto. También sentó doctrina sobre el dolo y la necesidad de demostrar malicia, de probar la intención del sujeto activo. Hasta 1974 no se pronunció sobre el bien jurídico protegido, que no es otro que el derecho al secreto o comunicación privada inherente a la libertad de las personas. Domingo Roig concluye afirmando que la jurisprudencia del TS sí ha

contribuido en la configuración jurídica del delito de violación de secretos en los funcionarios públicos, quizá más de lo que contribuyó el legislador, teniendo en cuenta que este delito no fue objeto de reforma alguna en ningún Código penal.

En el estudio titulado “El delito de desacato en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1995): el bien jurídico protegido y la labor de precisión de la jurisprudencia”, Gabriela Cobo del Rosal se aproxima al delito de desacato desde una perspectiva histórica y jurisprudencial. Su planteamiento descansa en torno a tres ideas relacionadas entre sí. El origen autoritario del delito, la controversia doctrinal que acompañó la vida de este delito y la sorprendente prolongada vigencia del desacato, la cual contrasta con la mala acogida a este delito por parte de la doctrina. Este delito, que no sobrevivió a la reforma del Código Penal de 1995, se concretó como figura delictiva autónoma en la reforma del Código Penal de 1850 y convivió casi dos décadas con la vigente Constitución. Ello a pesar de que sus detractores, equivocadamente, le vaticinaban una corta vigencia. De forma constante se solicitó su despenalización, especialmente a partir de la Constitución de 1978. Ello por entender, entre otros motivos, que conculcaba la libertad de expresión y que las conductas reprobadas se incluían en otras infracciones genéricas de similar naturaleza.

En su estudio, Cobo del Rosal revisa y expone la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de desacato desde 1870 hasta su supresión. Para ello, la autora se sirve como hilo conductor de la ardua concreción de su bien jurídico protegido. Es por ello que ha reordenado la jurisprudencia en sus páginas con este propósito, de modo que no siempre sigue en su ordenación un criterio cronológico. Plantea aproximarse a la comprensión de si hubo cambios en la doctrina del Tribunal Supremo y si éstos afectaron a la evolución legislativa del tipo delictivo o incluso a su desaparición. El estudio de numerosas sentencias del Tribunal Supremo le ha permitido observar la frecuente aplicación del mismo en el marco de una complicada existencia no exenta de una polémica doctrinal que cuestionaba su mera existencia. En este sentido el Tribunal Supremo, sujeto al principio de legalidad, realizó un papel de precisión de este delito, especialmente de su bien jurídico protegido.

Con el título “La (no) contribución de la jurisprudencia a la formación de los delitos de usurpación de atribuciones y nombramiento ilegal (1870 - 2023)”, Brian Buchhalter deja clara la conclusión final de su estudio. El autor señala que, a comienzos del siglo XIX, se castigaban ya en España varias formas de usurpación, que afectaban tanto al patrimonio como a otra clase de intereses jurídicos. Las usurpaciones de intereses jurídicos no patrimoniales son —además de confundidas con frecuencia— conocidas como *usurpación de funciones* y de *atribuciones*. Aquellas son cometidas por particulares. Estas, por agentes del Estado, que exceden sus competencias e invaden los ámbitos de actuación de otros poderes públicos. Buchhalter afirma que el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre estos delitos, pero no lo hizo con tanta profusión (como sí sucede con otra clase de delitos) ni tampoco con gran provecho. A su juicio, la jurisprudencia interpretó un régimen normativo que quedó casi inalterado desde comienzos del siglo XIX hasta el actual Código Penal. Esta relativa estabilidad y las reducidas posibilidades de la casación explican que la aportación jurisprudencial respecto de estos delitos haya sido escasa: el TS se ha limitado a interpretar, sobre todo literalmente, las normas que preveía el CP, sin que sea perceptible ningún avance destacado. Ni los elementos del tipo ni tampoco las causas de justificación o especiales



circunstancias que afecten a la culpabilidad del sujeto activo del delito han merecido especial atención del Tribunal Supremo.

Al estudiar “La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la configuración de los delitos de anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas (1870-1978)”, constata Patricia Plana de Juan que no se aprecia ninguna evolución jurisprudencial reseñable entre 1870 y 1978 con respecto a sus delitos objeto de estudio, al igual que tampoco fueron objeto de reforma por parte del legislador a lo largo de un siglo. El análisis de estas sentencias muestra un escrupuloso respeto por la literalidad de la norma por parte de los jueces del Tribunal Supremo. Ello supone una garantía para el buen desempeño de la función pública en cuanto a cuándo y de qué forma uno asume o deja un cargo público, sobre todo ante cuestiones como la separación de poderes. Más en concreto, la autora muestra cómo la jurisprudencia sobre el delito de prolongación de funciones aplicó de forma contundente las previsiones para las municipalidades, evitando injerencias de figuras como los Gobernadores civiles. También destaca el valor que se le dio a los cargos provistos a través de elecciones populares, remarcando la gravedad de mantenerse indebidamente en estos.

Aunque menos numerosa, la jurisprudencia sobre la anticipación y el abandono de funciones refleja también un esmerado respeto hacia la norma legal. Respecto al delito de abandono de funciones, la doctrina legal tuvo que pronunciarse sobre la determinación del “daño a la causa pública”, requisito exigido en este delito, entendido como un daño moral o una paralización del órgano o institución en el que el funcionario se inserte. Esta interpretación, además de ser conforme a la literalidad del precepto, fue constante en todo el periodo estudiado.

José Franco-Chasán, en su artículo sobre “La infidelidad en la custodia de presos: una cuestión poco porosa de obediencia delictiva”, señala que este delito (ICP) lleva asociada una doctrina muy estricta por parte del Tribunal Supremo en su jurisprudencia entre los años 1870-1978. Existe un fuerte formalismo jurídico que recuerda a la teoría de la obediencia delictiva y las consideraciones intermedias del propio juez suelen brillar por su ausencia. En primer lugar, la jurisprudencia suele ser repetitiva y poco clarificadora, si bien articula una doctrina muy pulcra y metódica con respecto a la acción tipificada y no suele haber problemas a la hora de catalogar un delito de ICP como tal.

Asimismo, la aparente ingenuidad con la que los acusados tratan de defenderse resulta desconcertante, casi como si desconocieran la línea de interpretación establecida por el TS. Se destaca lo naïf de sus argumentos. Al examinar detenidamente las fundamentaciones se suceden soliloquios larguísimos que pasan por alto los aspectos más básicos de la ICP. Los jueces, al contrario de lo que ocurría con otros delitos, actúan de manera muy dogmática, sin pretender armonizar de ningún modo la realidad social con la judicial. Por otro lado, no existe prácticamente ninguna noción cultural del delito. El delito de ICP raya en lo amoral, puesto que el ilícito en la mayoría de los casos se basa únicamente en el incumplimiento de un reglamento. No puede realizarse la afirmación de que no exista moral alguna detrás de los delitos, pero lo cierto es que entronca fuertemente con un formalismo jurídico: o entra en la definición del delito o no entra. No existen consideraciones intermedias -más allá de la determinación de la pena- ni adaptaciones culturales de ningún tipo. Ni siquiera se observa el tradicional dualismo entre la ética protestante del trabajo y la católica. Así pues, para el autor se constata un incipiente desenraizamiento de la noción cultural del delito. El Estado pasa a controlar y gestionar

la ICP mediante su regulación. La posible discrecionalidad de la que el juez pudiera hacer gala se borra por completo. No queda resquicio alguno de la posible intervención -o excesos- de los jueces de la que sí quizá podían hacer gala antes del periodo codificador.

Raquel Tovar Pulido es la autora del siguiente artículo, titulado “El delito de violación en la codificación penal española de los siglos XIX-XX: una aproximación a su análisis jurisprudencial”. Para abordar el delito de violación en la codificación penal y su relación con la jurisprudencia, la autora ha analizado un centenar de sentencias que llegan en casación al Tribunal Supremo, de entre las que hizo una selección para exponer los planteamientos del delito objeto de estudio y del bien jurídico protegido. En su mayoría, son sentencias que llegaban en casación al TS por cuestiones probatorias, porque los recurrentes (condenados por violación o víctimas agraviadas) consideraban que el tribunal *a quo* no había probado suficientemente la existencia (o inexistencia en el caso del violador) de la violación. Entendían que no cabía condena (según los condenados por violación) o, por el contrario, que debía condenarse a la parte absuelta en primera instancia o incrementar la pena recogida en primera instancia (según las víctimas o parte agraviada).

La autora expone con claridad la doctrina legal relativa a alguno de los elementos constitutivos del tipo recogidos en los preceptos de los diversos Códigos penales: a) uso de violencia o intimidación (violación propia); b) la víctima se hallare privada de razón o de sentido (violación impropia); c) la mujer fuera menor de 12 años (violación impropia). Además, Tovar Pulido muestra cómo la doctrina jurisprudencial resaltó la importancia de probar debidamente la efectiva consumación del delito, así como la posibilidad de establecer agravantes o atenuantes al acto consumado.

Al estudiar los “Aportes jurisprudenciales a la evolución histórica de la tenencia ilícita de armas”, Julián Gómez de Maya señala que, en el tránsito del Antiguo Régimen al ordenamiento liberal, se produjo un cambio de paradigma en el tratamiento penal de las armas, pasándose de la enumeración de aquellas que el poder reputaba prohibidas a la tenencia y uso de las de fuego al margen del control gubernativo, en un proceso de entrada legislativo que fluctuó al principio entre diversas consideraciones alternativas, como delito, falta o circunstancia agravante de la responsabilidad criminal del culpable; pero que, además, tuvo su desarrollo jurisprudencial en dependencia lógica con esa trayectoria o metamorfosis normativa que, por otra parte, se alumbró en leyes especiales para recalcar luego en el código.

Una vez consolidada la concepción delictiva, el autor advierte en la doctrina legal emanada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo una estabilidad dominante en sus criterios interpretativos o de complemento del ordenamiento penal de cara a hacer concretas o dinamizar unas previsiones que nacen generales. Tratándose de un sector que, aunque no se articula sobre el mecanismo de la norma penal en blanco, sí que remite al Derecho administrativo u opera a partir de sus reglamentaciones, dicha labor tuvo que atender, por consiguiente, los múltiples pormenores generados bajo tal dependencia y requirentes de ajuste e integración. Además, nunca resultaron inocuas las implicaciones político-criminales subyacentes a esta cautela que la sociedad y sus gobernantes adoptan teóricamente en salvaguarda solo de la seguridad interior del Estado. Gómez de Maya aprecia cierta persistencia en la exégesis del alto tribunal, incluso tras sus adaptaciones desde 1983 a las reformas de la parte general en supeditación a determinados principios constitucionales, con un sentido de desobjetivación y corrección culpabilística proyectado

sobre preceptos de la parte especial —los relativos a la tenencia y uso de armas— abonados ya por entonces al continuismo.

La sección de miscelánea recoge dos artículos que abordan la contribución de la jurisprudencia en la formación del Derecho penal, no de la Parte Especial, sino de la General, como primeros resultados o retoños del nuevo proyecto de investigación, recién concedido por el Ministerio<sup>128</sup>.

El primero, de Dionisio Perona Tomás sobre “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la Participación en el delito (1870-1978)”, muestra cómo la doctrina legal no ofrece problemas en cuanto a la autoría individual. No cabe afirmar lo mismo al tratar de la coautoría y de las diferentes formas de participación en el delito. Siguiendo a Gimbernat, el autor señala que en sus inicios el Tribunal Supremo siguió un criterio objetivo para introducir poco a poco el “acuerdo previo” (mientras al mencionado penalista no le preocupó en exceso qué sentencia empezó a sentar este criterio —alrededor de 1890—, Perona Tomás ha encontrado uno o dos años antes tres sentencias sentando ya ese criterio). A lo largo del siglo XX, esta doctrina legal se fue imponiendo, sobre todo a partir de la segunda década, sin desaparecer totalmente el criterio objetivo. Por otra parte, el Tribunal Supremo también ocupó de perfilar la inducción, señalando sus formas, así como sus diferencias con otros tipos de participación, al igual que hizo con la cooperación necesaria, la complicidad y el encubrimiento. Más fluctuación se observa en el enjuiciamiento de la persona encargada de vigilar durante la comisión del delito: en unas ocasiones se le considera autor y en otras simple cómplice.

El autor compagina el estudio de la jurisprudencia con la de la doctrina penalista, en particular los trabajos de Gimbernat, quien se ocupó de la jurisprudencia en todo lo relativo a la autoría y complicidad, y la clasificó hasta 1966, año de la publicación de su monografía “Autor y cómplice en el Derecho Penal”. Unas décadas después apareció otra gran monografía de Miguel Díaz y García Conlledo (*La Autoría en el Derecho Penal*) que continúa el estudio jurisprudencial desde 1966 hasta los inicios de los 90 (la primera edición de su libro es de 1991). En su obra establece tres líneas en la jurisprudencia del Supremo durante ese tiempo: la continuista con el acuerdo previo, la negadora o crítica y la que requiere algo más que el previo acuerdo.

El estudio de José María Puyol Montero, titulado “Una aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena de muerte en España en la jurisdicción ordinaria en el primer tercio del siglo XX (1901-1936)”, es fruto de la localización de 466 sentencias de pena de muerte del Tribunal Supremo en casación, correspondientes al periodo de 1901-1936, una cifra no muy lejana del número total de sentencias de estas características que debió dictar el Alto Supremo en España durante esos años. Además de un listado completo de esas sentencias y de sus características, el autor analiza la información básica que nos proporciona este completo listado: delitos que originaron las sentencias de muerte, número de sentencias por año, ponentes, circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal tenidas en consideración o motivos alegados para fundamentar el recurso de casación. El listado de sentencias también incorpora el nombre de los culpables condenados, señalando además cuántas de aquellas 466 sentencias fueron casadas parcial o totalmente.

---

<sup>128</sup> Con el título “Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española: contribución de la jurisprudencia en la evolución de la Parte General (1870-1995)” (ref. PID2023-150447NB-I00).

En una segunda parte del trabajo, Puyol Montero extrae de forma ordenada algunas de las aportaciones jurisprudenciales más interesantes en relación con la pena de muerte: en función del recurso por quebrantamiento de forma o de infracción de ley, en lo referente a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y en relación con varios de los delitos que con más frecuencia fueron causantes de una sentencia de pena de muerte. El artículo concluye con un apéndice bibliográfico y un cuadro completo con la información básica de las 466 sentencias localizadas y estudiadas. Este artículo contiene por tanto un exhaustivo estudio de la pena de muerte, así como la contribución de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo de España sobre la máxima pena entre 1901 y 1936.

## Fuentes y referencias bibliográficas

### Fuentes normativas

Código civil francés (1804)

Decreto de 8 de mayo de 1873 (Gaceta de Madrid, 9 de mayo de 1873), sobre las reglas para la provisión de juzgados y plazas de magistrado y del ministerio fiscal (véase derogación mediante Decreto de 14 de enero de 1874 (disponible en <https://drive.google.com/file/d/0B27DzfbcyPNBMUVwOERjV2h4c2s/edit>)).

*Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872.*

*Ley Provisional estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto* (disponible en [https://www.boe.es/eli/es/l/1870/06/18/\(1\)/dof/spa/pdf](https://www.boe.es/eli/es/l/1870/06/18/(1)/dof/spa/pdf)).

*Ley provisional sobre el establecimiento del recurso de casación en los juicios criminales*, de 18 de junio de 1870.

*Ley provisional sobre organización del Poder judicial –o Ley Orgánica del Poder Judicial–* (1870), aprobada en Madrid, 15 de Septiembre de 1870, por Francisco Serrano y el Ministro de Gracia y Justicia, Eugenio Montero Ríos; disponible en (<http://fama2.us.es/fde/ocr/2007/leyOrganicaPoderJudicial1870.pdf>; véase también una edición posterior, de 1882, en <http://fama2.us.es/fde/ocr/2007/leyOrganicaPoderJudicial1870.pdf>).

*Observaciones acerca del Real Decreto de 20 de junio de 1852, sobre jurisdicción de Hacienda y represión de los delitos de contrabando y defraudación*, Imprenta que fue de operarios, a cargo de D. F. R. del Castillo, Madrid, 1853.

*Real Decreto, haciendo reformas y adiciones en la ley provisional dictada para la ejecución del Código penal*, de 8 de junio de 1850.

### Fuentes doctrinales

Azcutia, M., [abogado Fiscal primero del TS], *La Ley penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870, en su relación con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y con las principales leyes extranjeras*. Madrid: Librerías de A. de San Martin, 1876.

Castro y Orozco, J. de & Ortiz de Zúñiga, M., *Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, Granada: Imprenta y Librería de D. Manuel Sanz, 1848.

Castro y Orozco, J., “Examen del recurso de casación en España”, *RGLJ* vol. 6, nº 13 (1858), pp. 345-390.

Gómez de la Serna, P.:

- “Errores jurídicos modernos. Sobre la jurisprudencia nacida de los fallos de la casación”, *RGLJ*, vol. 16, n. 33 (1868), pp. 258-269.

- “Resumen sobre la discusión sobre los recursos de nulidad y casación, pronunciado en la Academia de Jurisprudencia por su presidente, D. Pedro Gómez de la Serna”, *RGLJ*, vol. 5, n. 10 (1857), pp. 42-62.
- Manresa, J. M<sup>a</sup>, “Sobre la fuerza obligatoria de las leyes insertas en la Novísima Recopilación”, *RGLJ*, vol. 3, n. 6 (1855), pp. 183-191; “Observaciones sobre el recurso de casación en España”, *RGLJ*, vol. 8, n. 16 (1860), pp. 257-371.
- Martínez González, T., “Regla 45<sup>o</sup> de la ley provisional para la aplicación del Código Penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 13, No. 26, 1865, pp. 251-254.
- Montesquieu, *El espíritu de las leyes* (1748).
- Ortiz de Zúñiga, M.:
  - *Jurisprudencia civil de España, conforme a las doctrinas consignadas en los fallos del Tribunal Supremo de Justicia por...* Madrid, 1869.
  - “Del recurso de casación”, *RGLJ*, vol. 8, n. 17 (1860), pp. 385-424.
  - “Reforma urgente sobre los recursos de casación”, *RGLJ*, vol. 10, n. 20 (1862), pp. 167-177.
- Ortolán, M., *Tratado de Derecho penal: Penalidad – Jurisdicción – Procedimiento, según la ciencia racional, la legislación positiva y la jurisprudencia, con datos de estadística criminal* (traducc. por D. Melquiades Pérez Rivas), Madrid: Librería de Leocardio López, 1878, tomos I y II.
- Planas y Canals, J., *La jurisprudencia en sus relaciones con la legislación civil.... Discurso leído por... en la sesión pública inaugural de sus sesiones el 9 de enero de 1895*, Barcelona, 1895.
- Portalís, Jean-Étienne-Marie, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris 1844, del que se sirvió la edición de Fenet, Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tomo 1, París 1836, pp. 463-523 (utilizo yo la versión traducida por Adela Mora, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Madrid: Universidad Carlos III, 2014, disponible en [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19797/discurso\\_portalis\\_hd31\\_2014.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19797/discurso_portalis_hd31_2014.pdf)).
- Reus García, J., “Del recurso de casación”, *RGLJ*, vol. 6, n. 13 (1858), pp. 301-304.
- Rivera, D.:
  - “Examen de varios puntos de Derecho resueltos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia”, *RGLJ* vol. 18, n.º 36 (1870), pp. 337-380.
  - “Examen sobre varios puntos de derecho resueltos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia (II)”, *RGLJ*, vol. 19, n. 38 (1871), pp. 209-265.
- Rueda Neira, R.R., *Parte artística del Código penal vigente. Estudio teórico y práctico de las reglas de aplicación de penas*, Santiago: Imprenta de José M. Paredes, 1890.
- Seijas Lozano, M.:
  - “Qué es la jurisprudencia y qué es el juriconsulto”, *Acta de la sesión inaugural de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación celebrada el 24 de octubre de 1848*, Madrid, 1849.
  - “Dictámenes fiscales dados en el Supremo Tribunal de Justicia”, *RGLJ*, vol. 7 n. 15 (1859), pp. 97-110; “Recursos de casación”, *RGLJ*, vol. 7, n. 15 (1859), pp. 332-380.
- Silvela, Luis, *El Derecho Penal estudiado en principios en la legislación vigente en España*, Madrid: Imp. de T. Fortanet, 1874.
- Tissot, Joseph, *El Derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo. Introducción filosófica e histórica al estudio del Derecho penal* (versión castellana de la edición de 1880 por J. Ortega García, aumentada con notas y algunas indicaciones biográficas del autor por A. García Moreno), Madrid: F. Góngora y Compañía, 1880, Tomo I [UVEG 3467 1] (disponible online: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-derecho-penal-estudiado-en-sus-principios-en-sus-aplicaciones-y-legislaciones-de-los-diversos-pueblos-del-mundo-o-introduccion-filosofica-e-historica-al-estudio-de-derecho-penal/>).

## Fuentes y bases de datos jurisprudenciales

Archivo Histórico del Tribunal Supremo, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ), Jurisdicción penal, años 1897-1995, conocida base de datos de fácil acceso que recoge la práctica totalidad de las sentencias del Tribunal Supremo desde 1870 hasta la actualidad (disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/>).

D.V.R., *Manual de jurisprudencia penal o diccionario recopilador de los fallos dictados por el Tribunal Supremo sobre la aplicación del vigente Código penal, desde su publicación en 1870, hasta fin de 1891*, Madrid: Centro Editorial de F. Góngora, 1893, del que se tiene copia en la Biblioteca Gregori Mayans i Sísca de la Universitat de València (A18 4045).

*Diccionario de jurisprudencia penal: cien años de jurisprudencia criminal del Tribunal Supremo*, Pamplona, Aranzadi, 1972-1973.

*Diccionario índice de jurisprudencia penal*, 1973-1982, 1983-1988 y 1989-1992, Madrid: Ministerio de Justicia, compuesto por varios volúmenes.

*Diccionario razonado por D. Joaquín Escriche. Nueva edición reformada y considerablemente aumentada por los doctores D. León Galindo y de Vera y D. José Vicente y Caravantes*, Madrid: Imprenta de Eduardo Cuesta, 1874-1876, 4 vols.; he manejado, por ejemplo, el vol. I, del que hay copia en la Biblioteca Gregori Mayans i Sísca de la Universitat de València (A18 02821 1).

Martínez Alcubilla, M., *Diccionario de la jurisprudencia penal de España, o repertorio alfabético de la jurisprudencia establecida por los fallos del Tribunal Supremo de Justicia, decidiendo recursos de casación y competencias en materia criminal; con algunas observaciones, notas para su mejor inteligencia, cuadros sinópticos de las penas fraccionadas o compuestas que emplea el código vigente, escalas graduales de las mismas y una tabla de la correspondencia de los artículos de este con los de 1850*, Imprenta de la V. e hijas de A. Peñuelas, Madrid, 1874, del que hay varios ejemplares en la Biblioteca Gregori Mayans i Sísca de la Universitat de València (A18 3781, A18 3776, A18 3776, etc.).

Núñez de Cepeda, Hilario, *1870 – Código penal – 1932. Comentarios – Jurisprudencia, Tablas de penas, todo lo que necesita un juez, un abogado, un fiscal o un magistrado para aplicar el texto reformado. Obra utilísima y necesaria en todo bufete y en todos los tribunales*, La Coruña: Litografía e Imprenta Roel, 1932, del que se tiene copia en la Biblioteca Gregori Mayans i Sísca de mi universidad (A19 6302).

Pantoja, J.M., *Repertorio de la Jurisprudencia criminal española, o compilación completa, metódica y ordenada por orden alfabético de las diversas reglas de jurisprudencia sentadas por el Tribunal Supremo en la decisión de los recursos de casación y competencias en materia criminal desde las instalaciones de sus Salas segunda, hasta fin de 1874*, Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1875, así como los sucesivos volúmenes que siguió publicando la Dirección de la *Revista de Legislación*, desde el tomo 34 (1887) hasta el 136 (1938).

Rodríguez Navarro, M., *Doctrina penal del Tribunal Supremo: comprende las resoluciones recaídas en los recursos de casación por infracción de ley, desde 30 de septiembre de 1870 hasta 31 de octubre de 1946, sistematizadas y articuladas conforme al Código Penal vigente*, Madrid, M. Aguilar, 1947, del que hay varios ejemplares en la Biblioteca Gregori Mayans i Sísca de mi universidad. A ello cabe añadir los apéndices I y II, que recogen las resoluciones de los recursos de casación por infracción de ley, desde 4 de octubre de 1946 a 31 de diciembre de 1949, sistematizadas y articuladas con arreglo al Código Penal vigente, M. Aguilar, Madrid, 1948 y 1950.

## Referencias bibliográficas

- Abascal Monedero, P.J., *La justicia en el Reino de España*, Madrid, Dykinson, 2019.  
 Aftalión, E. R., Vilanova, J., “La jurisprudencia como fuente del Derecho”, *Revista La Ley*, Buenos Aires, 81, pp. 769 ss.  
 Aikin Araluze, S., *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Madrid, ed. Reus, 1982.

Álvarez Alonso, C., “Tendencias generales de la historiografía penal en España desde el s. XIX”, *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell’Incontro di Studio (Firenze- Lucca, 25-27 maggio 1989)*. Milano, 1990, 2 vols. (vol. 34/35 de la colec. *Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*), pp. 969-984.

Álvarez Cora, E., *La arquitectura de la justicia burguesa: una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, Madrid, 2002; “La evolución del enjuiciamiento en el siglo XIX”, *AHDE*, 82 (2012), pp. 81-111.

Álvarez García, F.J.:

- (Dir.), *Doctrina penal de los Tribunales españoles*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, 2ª ed.
- “Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822”, *Cuadernos de Política criminal*, (1978), pp. 229 ss.

Alves, S., “As circunstâncias do crime nos recursos de revista: juizes e jurados entre a transição liberal e as primeiras três décadas de vigência do código penal português de 1853”, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del derecho penal: (1870-1995)*, Tomo 2, Dykinson: Madrid, 2022, pp. 385-428.

Anglada, J., “La jurisprudencia ¿fuente del Derecho?”, *Estudios en honor de D. José Castán Tobeñas*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1969, t. IV, pp. 71-85.

Antón Oneca, J.:

- “Historia del Código Penal de 1822”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 18 (1965), pp. 263 ss.
- *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1986.

Aparicio Chofre, L., “Los delitos contra el estado civil de las personas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1931)”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 767-814.

Aparicio, M.A., *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Barcelona, 1995.

Bádenas Zamora, A., “El delito de calumnia según la doctrina del Tribunal Supremo (1870-1978)”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 461-507.

Baeza Avallone, V., “La jurisprudencia como fuente del Derecho penal”, *Anales del Centro de Alzira de la Universidad Nacional de Educación a Distancia* 6 (1992), pp. 221-248.

Baratta, A., “La jurisprudencia y la ciencia jurídica como fuente del Derecho”, *Las fuentes del Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho. Estudi General de Lleida*, Barcelona 1983, pp. 41-54.

Baró Pazos, J.:

- “25 años de historiografía sobre la codificación penal en España (1991-2015)”, *La codificación penal española: tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 57-108.
- “El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)”, *AHDE* 83 (2013), pp. 105-138.
- “Historiografía sobre la codificación del Derecho penal en el siglo XIX”, *Doce estudios de historiografía contemporánea* (Germán Rueda Sanz, ed.), Cantabria, Universidad, 1991.
- “Notas acerca de la formación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta la codificación del Derecho civil”, *AHDE* 67 (1997), II, pp. 1513-1526.

Bastida Freijedo, F.J., *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal en la Dictadura*, Barcelona, 1986.

Belaid, S., *Essai sur le Pouvoir Createur et Normatif du Juge*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Bibliotheque de Philosophie du Droit, vol. XVII, 1974.

Beltrán de Heredia y Onís, P., “La función judicial y el Código civil a través de un siglo”, *Centenario del Código civil*, Madrid 1990, t. I, pp. 273-286.



Benito Fraile, E.J.:

- “Notas para el estudio de la sentencia en el proceso civil ordinario desde la recepción del Derecho común hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881”, *GLOSSAE. Revista de Historia del Derecho Europeo*, I, 1988, pp. 135-159.
- *La sentencia en el proceso civil ordinario en el derecho castellano: siglos XIII-XIX*, Univ. Complutense, Madrid, 1988.
- “Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822”, *Foro. Nueva época* 8 (2008), pp. 41-68.
- “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su incidencia en la conformación del delito de injurias (1870-1928)”, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del derecho penal: (1870-1995)*, Tomo 2, Dykinson: Madrid, 2022, pp. 11-40;

Bermejo Cabrero, J.L., “Sobre la entrada en vigor del Código Penal de 1822”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 66 (1996), pp. 967-972.

Berrocal Lanzarot, A.I., “Delitos contra las relaciones familiares. Sustracción de menores e impago de pensiones en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo”, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del derecho penal: (1870-1995)*, Tomo 2, Dykinson: Madrid, 2022, pp. 41-110.

Blasco Gascó, F. de P., *La norma jurisprudencial (nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Valencia: tirant lo blanch, 2000.

Böhmer, G., *El Derecho a través de la jurisprudencia: su aplicación y creación*, Barcelona, Editorial Bosch, 1959.

Bougle-Le Roux, C., “Le modele francai de cassation a l’épreuve de la jurisprudence penale de la chambre criminelle (1811-1863)”, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del derecho penal: (1870-1995)*, Tomo 2, Dykinson: Madrid, 2022, pp. 327-346.

Bouzada Gil, M.T., “La eximente de ‘locura’ a través de las sentencias de la sala segunda del Tribunal Supremo español”, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del derecho penal (1870-1995)*, Tomo 1, Madrid: Dykinson, 2022, pp. 71-132.

Brown M., Donlan S.P., (eds.), *The law and other legalities of Ireland, 1689-1850*, Ashgate, 2011.

Buchhalter Montero, B.:

- “Notas sobre nomofilaxis a la luz de la casación civil histórica: de la Constitución de Cádiz a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, Núm. 1, 2022, pp. 243 ss.
- “La jurisprudencia española en la evolución del derecho penal sexual: los delitos de escándalo público (1870–1987)”, *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978). Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 201-228.
- “La jurisprudencia española en la evolución del derecho penal sexual: aspectos sustantivos y procesales del castigo del rapto (1870–1978)”, *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978). Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 305-342.

Calvo Vidal, F.M., *La jurisprudencia. ¿Fuente del Derecho?*, Valladolid 1992.

Camargo Hernández, C., “Estudio sobre las fuentes mediatas o indirectas del Derecho penal y su eficacia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XII, fasc. 1 (1959), pp. 63-74.

Cantín Larumbe, M., “El delito de corrupción de menores en la jurisprudencia del tribunal supremo español (1870-1978)”, *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978). Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 273-304.

Cañizares Navarro J.B. & Garibo, A.-P., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de aborto: 1870-1985 y antecedentes romanos”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 287-402.

Cantos, V., *La función automática de los tribunales y su función creadora*, Madrid, Reus, 1934.



- Cappelletti, M., “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 17 (1986), pp. 9-45.
- Casabó Ruíz, J.R., “La aplicación del Código penal de 1822”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, fasc. II (1979), pp. 333-344.
- Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid: Reus, 1982.
- Clemente de Diego, F., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Madrid, 1925.
- Cobo del Rosal Pérez, G.C., “El delito de asociación ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1972)”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 91-128.
- Coca Payeras, M., *La doctrina legal (estudio de su naturaleza y contenido, así como de la incidencia ejercida sobre ella por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo)*, Barcelona, 1980.
- Cuello Contreras, J., “Falsas antinomias en la teoría del delito”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 44, fasc/mes 3, 1991, pp. 791-820.
- Cuerdo Mir, M.:
- “Un siglo de jurisprudencia en la evolución del delito de ocupación ilegal de inmuebles (1870-1976)”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 637-662.
  - “La jurisprudencia en los delitos de alzamiento, quiebras e insolvencias punibles (1870-1976)”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 663-689.
  - “Jurisprudencia en los delitos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas (1870-1976)”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 691-724.
- Díaz Sampedro, B., *La politización de la justicia: la designación de los magistrados del Tribunal Supremo (1836-1881)*, Madrid: Dykinson, 2005.
- Díez-Picazo, L., “Reflexiones sobre el concepto y el valor de la jurisprudencia en el Derecho español”, *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978* (E. Bacigalupo Zapater, P. Lucas Murillo de la Cueva y R. Trillo Torres, coords.), Madrid, 2004, pp. 393-408.
- Doménech Pascual, G., “Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de ley”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho* 1 (2013), pp. 1-37.
- Duñaiturria Laguarda, A., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su papel en los delitos religiosos (1928-1978)”, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del derecho penal (1870-1995)*, Tomo 1, Madrid: Dykinson, 2022, pp. 401-458.
- Elders, J.L.M., “Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles des sources de Droit?”, *Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijkin*, vol. 14, Kluwer, Deventer, 1974.
- Faggioli, A.; Fuentes, M.R.; Castellanos, P.E., “La función nomofiláctica como mecanismo de unificación en la interpretación del derecho”, *Revista CES Derecho*, Vol. 10, No. 2, julio – diciembre de 2019, 591-604 (disponible en <https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/5177>).
- Fairén Guillén, V., “Notas sobre el valor de la jurisprudencia”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, año 51, n. 509 (1975), pp. 797-874.
- Falcón Tella, M<sup>a</sup> J.:
- *La jurisprudencia de los Derechos romano, anglosajón y continental*, Madrid-Buenos Aires, Marcial Pons, 2010 (traducido al inglés con el título *Case Law in Roman, Anglosaxon and Continental Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.
  - “¿Es la jurisprudencia fuente del Derecho en el ordenamiento jurídico español?”, *Iuris Tantum* 25 (2014), pp. 389-404.
- Faraldo-Cabana, P., “Entre el hurto de hallazgo y la apropiación indebida de cosa perdida: la protección penal de los bienes de interés histórico encontrados en muebles o inmuebles en la

Codificación española anterior a 1995”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 607-636.

Fiestas Loza, A., “Algo más sobre la vigencia del Código penal de 1822”, *Revista de Historia del Derecho*, Universidad de Granada, (1977- 1978), II-I, pp. 57 ss.

Franco-Chasán, J.:

- “El delito de duelo en la jurisprudencia española (1870-1978): Una realidad prohibida de iure burlada en la práctica”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 815-862.
- “El estupro en la jurisprudencia española (1870–1978): de eje vertebrador a resquicio de los delitos deshonestos”, *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978). Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 229-272.

Gambaro, A., “Les reactions de la doctrine à la creation du droit par les juges en droit civil”, *Journées Italiennes. Travaux de l’Association Henri Capitant*, XXXI, 1980.

García León, S., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en el delito de parricidio bajo la circunstancia de embriague (1870-1935)”, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del derecho penal (1870-1995)*, Tomo 1, Madrid: Dykinson, 2022, pp. 133-208.

Garriga C., Lorente, M., *Cádiz 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2007.

Gay Escoda, J.M<sup>a</sup>, “Notas sobre el derecho supletorio en Cataluña desde el decreto de nueva planta hasta la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell’incontro di studio...*, Milano, 1990, II, pp. 805-865.

Gómez de Maya, J.:

- “Respeto debido a la memoria de los muertos y *animus profanandi*: casos históricos en su tratamiento jurisprudencial”, *Aequitas: Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones* 21 (IV-2023), pp. 67-109.
- “Proyección jurisprudencial de los delitos contra la salud pública”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 129-158.
- “Aportes jurisprudenciales a la contextura de los delitos usurarios”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 725-746.
- “Alcance de la jurisprudencia acerca de los daños, incendios y otros estragos”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 747-766.
- “Entre perjurio y falso testimonio: transmutaciones típicas bajo el signo de la codificación”, *International Journal of Legal History and Institutions* 7 (2023), pp. 53-107.
- “Crimen y castigo en un entorno marginal de casas cueva (1927): aspectos jurisprudenciales”, *Cangilón: Revista Etnográfica del Museo de la Huerta de Murcia* 40 (2024), pp. 23-34.
- “El contagio punible de enfermedades en sus formulaciones codificadas (1822-1995) y su jurisprudencia”, *International Journal of Legal History and Institutions* 8 (2024).

Gómez Rivero, R., *Los jueces del Trienio Liberal*, Madrid, 2006; *Los magistrados del primer constitucionalismo*, Pamplona, 2009.

Graes, I., “Notas para a história do Supremo Tribunal de Justiça em Portugal”, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del derecho penal: (1870-1995)*, Tomo 2, Dykinson: Madrid, 2022, pp. 347-384.

Grande, E., “Principio de legalità e diritto giurisprudenziale: un’antinomia”, *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, pp. 129-146.

Hernández Fradejas, F., “Los delitos de hurto y robo según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1970)”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 579-606.

Hernández García, J., *Jurisprudencia procesal-penal del Tribunal Supremo (un análisis crítico)*, Pamplona, 2007.

Herrero Herrero, C., *La justicia penal española en la crisis del poder absoluto*, Madrid, 1989; Sainz Guerra, J., *La Administración de Justicia en España (1810-1870)*, Madrid, 1992.

Hitters, L., *Breve Reseña Histórica de la Casación Civil Francesa*, Madrid, 1995.

Hurtado Adrián, A.L., “La jurisprudencia penal del Tribunal Supremo”, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del derecho penal (1870-1995)*, Tomo 1, Madrid: Dykinson, 2022, pp. 25-70.

Iñesta-Pastor, E.:

- *El Código penal de 1848*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2010.

- “Influencias extranjeras en la configuración de la pena en los códigos penales españoles decimonónicos”, *Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador (Parte General)* (A. Masferrer ed.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 401-499.

- “La interpretación del eclecticismo en la doctrina y en la legislación penal de la España del siglo XIX”, *Ius Fugit* 19 (2016), pp. 209-230; *El Código penal español de 1848*, pp. 262-290.

- “La Parte Especial en la Codificación penal española de los siglos XIX y XX. Influencias extranjeras”, *Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española. Parte Especial* (Aniceto Masferrer, ed.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 89-171, en particular, pp. 124-136.

- “El delito de homicidio en la jurisprudencia. Siglos XIX y XX”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 241-286.

Jaén Vallejo, M., “El valor de la jurisprudencia penal”, *Actualidad jurídica Aranzadi* 622 (2004), pp. 1-3.

López Castillo, M., *El recurso de casación penal por infracción de ley: artículo 849.1º de la Ley de enjuiciamiento criminal*, Granada, 2007.

Lorente Sariñena, M.:

- (coord.), *De la justicia de jueces a la justicia de Leyes. Hacia la España de 1870*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2007.

- “La Doctrina legal y el silenciamiento de los juristas en una España sin código (1808-1889)”, *Quaderni fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno*, 40-1 (2011), pp. 135-175.

- “Reglamento provisional y administración de justicia (1833-1838). Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica”, J-M. Scholz, *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, ed. V. Klostermann 1992, pp. 215-296.

- “Justicia desconstitucionalizada: España, 1834-1868”, *Cuadernos de Derecho Judicial* 6 (2006), pp. 243-286.

- *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

Lorente Sariñena, M., F., Martínez Pérez y Solla Sastre, M<sup>ª</sup>J., *Historia legal de la justicia en España (1810-1978)*, Madrid 2012.

Lorente, M., Martínez, F., y Solla, J., *Historia legal de la justicia en España 1810-1978*, Madrid, 2012.

Louzao, E., “La jurisprudencia. Su fuerza obligatoria”, *Revista de Derecho Privado* 78 (marzo 1920), pp. 74-77.

Luzón, M., *Derecho Penal del Tribunal Supremo. Síntesis crítica de la moderna jurisprudencia criminal*, Barcelona, 1964.

Madrid Cruz, M.D., “La mirada de los magistrados del Tribunal Supremo a la pornografía durante la transición española”, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del derecho penal (1870-1995)*, Tomo 1, Madrid: Dykinson, 2022, pp. 459-560.

Magaloni Kerpel, A.L., *Stare decisis y la creación judicial del Derecho (constitucional). A propósito de El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw Hill, 2001 (obra recensionada por M.A. Ahumada Ruíz, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23, n. 67, enero-abril 2003, pp. 351-365).

Marchena Gómez, M., *Código penal de 1995: un año de vigencia en la doctrina del Tribunal Supremo, Audiencias Provinciales*, Granada, 1997.

Martín Valverde, A., “La unificación de la doctrina jurisdiccional y la unidad de la jurisprudencia como funciones del Tribunal Supremo”, *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978* (E. Bacigalupo Zapater, P. Lucas Murillo de la Cueva, R. Trillo Torres, coords.), Madrid, 2004, pp. 335-366.

Martínez Llorente, F., Ceballos-Escalera, A., *El Tribunal Supremo del Reino de España. Estudio histórico e institucional*, Madrid, 2018.

Martínez Pérez, F.:

- *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid, 1999.
- “Constitución de la Justicia en Cádiz: Jurisdicción y consultas en el proceso constituyente de la potestad judicial”, *AHDE* 81 (2011), pp. 377-408.
- “Administración de justicia”, *Diccionario político y social del siglo XIX español*, 2002.

Martínez Pérez, F., López López, R., “Los magistrados del Tribunal Supremo 1838-1848: una aproximación prosopográfica a la ‘Justicia moderada’”, *Jueces para la Democracia* 15 (1992), pp. 32-46.

Martínez Val, J.M., *La jurisprudencia penal: su valor y metodología aplicativa*, Ciudad Real, 1960.

Marzal Rodríguez, P.:

- “El papel del Tribunal Supremo durante la II República y la Guerra Civil”, *Justicia y represión en los Estados totalitarios: España, Alemania e Italia*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2021, pp. 83-98.
- “La dimensión jurisprudencial de los delitos contra la libertad y la seguridad: detenciones ilegales, sustracción de menores y abandono de niños”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 509-540.
- *Los delitos contra la religión en la España Contemporánea (siglos XIX y XX)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2024 (en fase de publicación).

Masferrer, A.:

- *Tradición y reformismo en la Codificación penal española. Hacia el ocaso de un mito. Materiales, apuntes y reflexiones para un nuevo enfoque metodológico e historiográfico del movimiento codificador penal europeo*, Jaén: Universidad de Jaén, 2003.
- “La historiografía penal española del siglo XX. Una aproximación a sus principales líneas temáticas y metodológicas”, *Rudimentos Legales* 5 (2003), pp. 29-125.
- “Continuismo, reformismo y ruptura en la Codificación penal francesa. Contribución al estudio de una controversia historiográfica actual de alcance europeo”, *AHDE* 73 (2003), pp. 403-420.
- “El *ius commune* en la historiografía penal española. Una apuesta metodológica de apertura hacia lo supranacional y europeo”, O. Condorelli, E. Montanos-Ferrin, K. Pennington, Hgg., *Studi in Onore di Manlio Bellomo*, Roma, 2004, t. III, pp. 563-587.
- “The Passionate Discussion among Common Lawyers about postbellum American Codification: An approach to its Legal Argumentation”, *Arizona State Law Journal* 40, 1 (2008), pp. 173-256.
- “Defense of the Common Law against postbellum American Codification: Reasonable and Fallacious Argumentation”, *American Journal for Legal History* 50.4 (2008-2010), pp. 355-430.

- “La costumbre en la Administración de Justicia del siglo XVIII: el caso valenciano”, *Droit et moeurs. Societé d’Histoire du Droit. Journées internationals 2010 Jaén-Baeza*, Jaén: Universidad de Jaén, 2011, pp. 529-548.
- “The Napoleonic *Code pénal* and the Codification of Criminal Law in Spain”, *Le Code Pénal. Les Métamorphoses d’un Modèle 1810-2010. Actes du colloque international Lille/Ghent, 16-18 décembre 2010* (Chantal Aboucaya & Renée Martinage, coords.), Lille, Centre d’Histoire Judiciare, 2012, pp. 65-98.
- “The Principle of Legality and Codification in the 19<sup>th</sup>-century Western Criminal Law Reform”, *From the Judge’s Arbitrium to the Legality Principle: Legislation as a Source of Law in Criminal Trials* (Georges Martyn, Anthony Musson and Heikki Pihlajamäki, eds.), *Duncker & Humblot*, 2013, pp. 253-293.
- (ed.), *La codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular*, Pamplona: Aranzadi–Thomson Reuters, 2014.
- “La Codificación española y sus influencias extranjeras. Una revisión en torno al alcance del influjo francés”, *La Codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular* (Aniceto Masferrer, ed.) (Pamplona: Aranzadi–Thomson Reuters, 2014), pp. 19-43.
- “Plurality of Laws and *Ius Commune* in the Spanish Legal Traditions: The Cases of Catalonia and Valencia,” *The Laws’ Many Bodies, c1600-1900* (Seán Donlan & Dirk Heirbaut, eds.), *Duncker & Humblot*, 2015, pp. 193-222.
- “Codification as Nationalization or Denationalization of Law: The Spanish Case in Comparative Perspective”, *Comparative Legal History* 4.2 (2016), pp. 100-130.
- (ed.), *La Codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte General*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- “Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española”, *La Codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte General* (Aniceto Masferrer, ed.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 27-56.
- “Was the French Civil Code ‘the Model’ of the Spanish One? An Approach to the Uniqueness of the Spanish Civil Code”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 15 (2018), pp. 99-124.
- (ed.), *The Western Codification of Criminal Law: The Myth of the Predominant French Influence in Europe and America Revisited*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, Springer (Collection “History of Law and Justice”), 2018.
- “Tradition and Foreign Influences in the 19<sup>th</sup>-century Codification of Criminal Law. Dispelling the Myth of the overall French Influence in Europe and Latin America”, *The Western Codification of Criminal Law: The Myth of its Predominant French Influence Revisited* (Aniceto Masferrer, ed.), Dordrecht-Heidelberg-London-New York, Springer (Collection “History of Law and Justice”), 2018, pp. 3-50.
- “How did the French Criminal Code influence the European and Latin-American Codification?”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 16 (2019), pp. 386-391.
- “The decline and displacement of custom in early Modern Spain (1469-1882)”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d’Histoire du Droit / The Legal History Review* 87 (2019), pp. 1-47.
- *De la honestidad a la integridad sexual. La formación del Derecho penal sexual español en el marco de la cultura occidental*, Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2020.
- (ed.), *La Codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte Especial* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- “Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española: De la Parte General a la Parte Especial. Balance historiográfico”, *Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española. Parte Especial* (Aniceto Masferrer, ed.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 31-87.

- (ed.), *La jurisprudencia penal en España (1870-1978). Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos*, Cizur Menor: Aranzadi, 2023.
  - “Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la configuración de los delitos en España (1870–1978)”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 27-90.
  - (ed.), *Los delitos contra la honestidad en España (1870–1978). Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica*, Cizur Menor: Aranzadi, 2023.
  - “Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la configuración de los delitos contra la honestidad (1870–1978)”, *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978). Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 15-49.
  - “La prueba en el delito de adulterio en España: un análisis jurisprudencial (1870-1978)”, *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978). Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 51-114.
  - *El adulterio en la Codificación penal española. Contribución del Tribunal Supremo y su doctrina legal a su proceso configurador (1870-1978)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2024.
- Masferrer, A., Obarrio Moreno, J.A., *La formación del Derecho foral valenciano. Contribución al estudio de las tradiciones jurídicas hispánicas en el marco del ius commune* (en coautoría con J.A. Obarrio). Madrid, Dykinson, 2012.
- Masferrer, Aniceto & Sánchez-González, Dolores del Mar, “Tradición e influencias extranjeras en el Código penal de 1848. Aproximación a un mito historiográfico”, *La codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular* (A. Masferrer, ed.), (Pamplona, Aranzadi–Thomson Reuters, 2014), pp. 213-274.
- Merryman, J.H., *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America*, 2ª ed., Stanford, Stanford University Press, 1985.
- Mestre Delgado, J.F., “Sobre el valor de la jurisprudencia en Derecho español”, *Revista General de Derecho Público Comparado* 3 (2008).
- Mitteis, H., *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*, Weimar, 1947.
- Monerri Molina, B., “El delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1970-1995)”, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del derecho penal: (1870-1995)*, Tomo 2, Dykinson: Madrid, 2022, pp. 267-326.
- Morales Payán, M.A., “Percepciones de la justicia en España a comienzos del siglo XX: los ecos de la Constitución de 1812”, *Historia Constitucional* 17 (2016), pp. 193-260.
- Morena, L. de la, “La jurisprudencia. ¿Fuente del Derecho?”, *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, 1989, pp. 327-348.
- Moreno Pastor, L., *Orígenes del Tribunal Supremo de Justicia, (1812-1838)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.
- Murillo, G., “La jurisprudencia obligatoria”, *Problemas jurídicos de México*, Sección de Derecho Constitucional, México, Editorial Ius, Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales, 1953.
- Nelken, D., ‘Law in action or living law?: back to the beginning in sociology of law’ (1984) *4 Legal Studies* 157.
- Nieto, A., “Valor legal y alcance real de la jurisprudencia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 8-9 (2001-2002), pp. 103-116.
- Ogayar Ayllón, T., *La creación judicial del Derecho*, Madrid, 1975.
- Orozco Muñoz, M., *La creación judicial del Derecho y el precedente vinculante*, Pamplona, 2011.
- Ortego Gil, P.:
- “El parricidio en la práctica de la Real Audiencia de Galicia”, *Dereito. Revista jurídica de Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 5, nº 1, 1996, pp. 245-273.



- *Entre jueces y reos. Las postrimerías del Derecho penal absolutista*, Madrid, Dykinson, 2015.
  - *Estadística y control de la actividad judicial durante el siglo XIX*, Madrid, Dykinson, 2016.
  - “Control y descontrol ministerial sobre jueces y juzgados de Primera Instancia (1834-1902)”, *Control y responsabilidad de los jueces (siglos XVI-XXI)* (Sánchez-Arcilla Bernal, J., ed.), Madrid: Dykinson, 2017, pp. 159-229.
  - “Aspectos sobre los incendios de montes imprudentes en la doctrina del Tribunal Supremo (1870-1995)”, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del derecho penal: (1870-1995)*, Tomo 2, Dykinson: Madrid, 2022, pp. 189-266.
- Pasquau Liaño, M., “Código, doctrina y jurisprudencia civil: Reflexiones sobre el deterioro de la función jurisprudencial del Tribunal Supremo”, *Anuario de Derecho Civil*, n. 48.3 (1995), pp. 1089-1104.
- Peces Barba, G., “La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico”, *Revista del Poder Judicial* 6 (marzo 1983), pp. 17-26.
- Pérez Ruíz, C., *La argumentación moral del Tribunal Supremo (1940-1975)*, Madrid, 1987.
- Perona Tomás, D.A., “La jurisprudencia española en los delitos de amenazas, coacciones, allanamiento, y descubrimiento y revelación de secretos (1870-1970)”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 541-578.
- Pino Abad, M.:
- *El recurso de suplicación en Castilla. Expresión de la gracia regia*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006.
  - “Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de juegos y rifas”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 159-182.
- Plana de Juan, P., “La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la configuración del delito de abusos deshonestos (1870–1962)”, *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978). Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 151-200.
- Puig Brutau, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho (Interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Barcelona, Editorial Bosch, 1952.
- Puyol Montero, J.M.:
- “La creación del Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias (Consejo Reunido) por la Junta Central en 1809”, *Cuadernos de Historia del Derecho* 2 (1995), pp. 189-233.
  - “La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena de muerte en España (1870-1900)”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 863-923.
- Ramos Vázquez, I.:
- “La individualización judicial de la pena en la primera codificación penal francesa y española”, *AHDE* 84 (2014), pp. 327-363.
  - “Matar a la propia mujer. El uxoricidio en la codificación penal decimonónica española y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1923)”, *e-Legal History Review* 36 (2022), pp. 1-41.
  - “Parricidio, uxoricidio por causa de honor e infanticidio. La muerte entre parientes en el Derecho contemporáneo y la jurisprudencia histórica del Tribunal Supremo (1870–1995)”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 183-239.
  - “El infanticidio. Configuración legal y aplicación jurisprudencial de un delito de honor en el derecho penal histórico español (1822-1995)”, *Anuario de Historia del Derecho Español* 93 (2023), pp.145-172.



Rodrigues de Sousa, Daniel Brod, *Principios penales y antinomias axiológicas en el derecho penal brasileño*, Tesis doctoral dirigida por Jesús Barquín Sanz, Universidad de Granada, 2008.

Rodríguez-Boente, S. E., *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*, Santiago de Compostela, 2003.

Roldán Berdejo, R., *Los jueces de la monarquía absoluta. Su estatuto y actividad judicial. Corona de Castilla, siglos XIV-XVIII*, Madrid 1989.

Rosal, J. del, *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1961.

Sáenz de Pipaón del Rosal, L.:

- “El engaño bastante en el delito de estafa y su evolución en la codificación y jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1978)”, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del derecho penal: (1870-1995)*, Tomo 2, Dykinson: Madrid, 2022, pp. 149-188.

- “Delitos de lesiones y la contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1972)”, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 403-459.

Sáenz de Santa María Gómez Mampaso, B., “La jurisprudencia española en la prensa jurídica decimonónica: los repertorios de José María Pantoja”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor don José María Castán Vázquez*, Madrid, 2019, pp. 195-210.

Sánchez-Arcilla Bernal, J.:

- *La administración de justicia real en León y Castilla (1252-1504)*, Madrid, 1980.

- (ed.), *El arbitrio judicial en el Antiguo Régimen. España e Indias (siglos XVI-XVIII)*, Madrid: Dykinson, 2012.

- (ed.), *Control y responsabilidad de los jueces (siglos XVI-XXI)*, Madrid: Dykinson, 2017.

- (coord.), *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del Derecho penal (1870-1995)*, Madrid: Dykinson, 2022.

- “El Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias (1809-1810) (Notas para su estudio)”, *En la España Medieval*, V, *Estudios en memoria del prof. D. Claudio Sánchez Albornoz*, vol. II, Madrid, 1986, pp. 1033-1050.

- “¿Jueces juzgados”, *Control y responsabilidad de los jueces (siglos XVI-XXI)* (Sánchez-Arcilla Bernal, J., ed.), Madrid, Dykinson, 2017, pp. 9-19.

- (coord.), *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del Derecho penal (1870-1995)*, Madrid: Dykinson, 2022, 2 vols.

- “El infanticidio y la doctrina del Tribunal Supremo (1870-1995)”, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del derecho penal (1870-1995)*, Tomo 1, Madrid: Dykinson, 2022, pp. 209-400.

Sánchez-González, D. del M.:

- *Los Códigos Penales de 1848 y 1850*, Madrid, 2003.

- “Historiografía penal española (1808-1870). La escuela clásica española”, *Estudios de Historia de las ciencias criminales en España* (J. Alvarado Planas & A. Serrano Maíllo, eds.), Madrid, Dykinson, 2007.

Sandoval Parra, Victoria, *Delitos en litigio: La doctrina legal del Tribunal Supremo en el Sexenio Revolucionario*, Editorial Dykinson, Madrid, 2022.

Santa Cecilia García, F., “Dogmática del daño penal. Una deuda histórico jurisprudencial de concepto”, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del derecho penal: (1870-1995)*, Tomo 2, Dykinson: Madrid, 2022, pp. 111-148.

Serrano Butragueño, I., “Valor de la jurisprudencia penal”, *Revista General del Derecho* 610-611 (1995), pp. 8131-8149.

Schiele Manzor, C., “La jurisprudencia como fuente del Derecho: el papel de la jurisprudencia”, *Ars boni et aequi* 4 (2008), pp. 181-200.

Solla Sastre, M<sup>a</sup>J.:

- *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, Madrid, 2011.

- “Finales como principios. Desmitificando la Ley orgánica de tribunales de 1870”, *Anuario de Historia del Derecho Español* 77 (2007), pp. 427-466.

- “Justicia bajo administración”, *Cuadernos del Derecho judicial* 6 (2006), pp. 289-324.
- Tomás y Valiente, F.:
- “Algunos ejemplos de jurisprudencia civil y administrativa en materia de desamortización”, *Agricultura, comercio colonial y crecimiento económico en la España contemporánea*, Barcelona, 1974.
  - “Recientes investigaciones sobre la desamortización: intento de síntesis”, *Moneda y crédito*, 131, (dic. 1974).
  - “Bienes exentos y bienes exceptuados de la desamortización. (Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo entre 1873 y 1880)”, *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1974.
- Tomlins, C.L., ‘The many legalities of colonialization: a manifesto of destiny for early American legal history’, Tomlins & Bruce H Mann (eds), *The Many Legalities of Early America*, University of North Carolina Press, 2001.
- Tovar Pulido, R., “La jurisprudencia española ante el delito de violación: un estudio histórico a través del análisis de sentencias del tribunal supremo (1870–1970)”, *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978). Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica* (A. Masferrer, ed.), Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 115-150.
- Vallet de Goytisolo, J.B., “Algunas consideraciones acerca de la ley y la jurisprudencia de los Tribunales como fuente del Derecho”, *Título Preliminar del C.C. Parte General*, Madrid, 1977, t. I, vol. I, pp. 11-34.
- Varona Martínez, G., Martínez Martínez, M.A., “Las mujeres y el concepto de honra en el Archivo Histórico de la Sala Penal del Tribunal Supremo (1957-1978)”, *Clio & Crimen* 13 (2016), pp. 307-342.
- Villalba Pérez, E., *La administración de la justicia penal en Castilla y en la Corte a comienzos del siglo XVII*, Madrid, 1993.
- Xiol Ríos, J.A.:
- “La jurisprudencia según distintos paradigmas de la ciencia jurídica”, *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete* (J. V. Gimeno Sendra y M<sup>a</sup> J. Cabezudo Bajo, coords.), Madrid 2007, pp. 551-566.
  - “El valor vinculante de la jurisprudencia”, *Estudios de Derecho Judicial*, n. 133 (2007), pp. 413-457.
  - “Valor de la jurisprudencia en la societat contemporànea”, *Annals de l’Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya* 2 (2008), pp. 203-226.
- Xiol Ríos, J. A., Ferreres, V., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid 2009.
- Zaccaria, G., “La jurisprudencia como fuente de Derecho: una perspectiva hermenéutica”, *Isonomia* 32 (abril, 2010), pp. 93-117.