

El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia

Octavio García Pérez

Universidad de Málaga

Abstract¹

Es habitual sostener que la jurisprudencia no constituye una fuente del Derecho por lo que los cambios jurisprudenciales no se ven afectados por el principio de irretroactividad de las normas desfavorables. Sin embargo, la sentencia del TEDH en el asunto del Río Prada contra España entendió que se había violado este principio porque el cambio jurisprudencial en materia de redención de penas por el trabajo no era previsible. Esta tesis no plantea dificultades cuando, como se sostiene por el TEDH y el common law, se reconoce que la jurisprudencia crea Derecho. Sin embargo, esta idea, en principio, no encaja en el sistema del Derecho continental, por lo que la fundamentación de la irretroactividad de un cambio jurisprudencial no resulta fácil y, a mi juicio, exige en todo caso pronunciarse sobre el valor de la jurisprudencia.

Es ist üblich zu behaupten, dass die Rechtsprechung keine Rechtsquelle ist, und dass daher es kein Verbot der Rückwirkung bei nachteiligen Änderungen der Rechtsprechung besteht. Das Urteil des EGMR im Fall Prada del Río v. Spain stellte jedoch fest, dass gegen diesen Grundsatz verstoßen wurde, weil die Änderung der Rechtsprechung über die Verkürzung der Freiheitsstrafe aufgrund der von der verurteilten Person geleisteten Arbeit absehbar war. Diese These bereitet keine Schwierigkeiten, wenn, wie der EGMR und das Common Law argumentieren, anerkannt wird, dass die Rechtsprechung Recht schafft. Diese Idee passt jedoch prinzipiell nicht in das kontinentale Rechtssystem. Deshalb die Begründung für das Verbot der Rückwirkung einer Änderung der Rechtsprechung ist nicht einfach. Meiner Meinung nach, das erfordert eine Entscheidung über den Wert der Rechtsprechung.

It is usual to claim that case-law does not constitute a source of law, so the principle of non-retroactivity of the unfavorable legal rules does not apply to the changes in the jurisprudence. Nevertheless, in the "Rio Prada against Spain" sentence, the ECHR established that this principle had been violated because the change in case-law was not foreseeable in regard of the remission of the amount of sanction by work. This thesis does not entail difficulties when, as argued by the ECHR and the common law, it is recognized that case-law creates law. However, this idea, in principle, does not fit with the continental law system. In that sense, it is challenging to defend the non-retroactivity of a change in the jurisprudence and, in my opinion, it requires, in any case, deciding on the value of the case-law.

Titel: Legalitätsprinzip und Wert der Rechtsprechung.

Title: Principle of legality and the role of the case-law.

¹Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación DER2015-67512-P sobre "La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones del Tribunal Constitucional", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Este proyecto también forma parte de una Red de Excelencia del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de referencia DER 2016-81752-REDIT, "Justicia Civil: Análisis y prospectiva" del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica. Este artículo se ha elaborado casi en su totalidad en el verano de 2017 gracias a una estancia en el Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, agradeciendo a los colegas del área de Derecho penal su acogida y ayuda, especialmente a Maria Fernanda Palma y Augusto Silva Dias. Por último, le agradezco a Elena Avilés Casado su colaboración en la corrección de este artículo.

Palabras clave: Principio de legalidad, cambios de jurisprudencia, fuentes del derecho.

Stichwörter: Legalitätsprinzip, Änderung der Rechtsprechung, Rechtsquellen.

Keywords: Principle of legality, changing of case-law, sources of law.

Sumario

1. Introducción
2. El principio de legalidad
 - 2.1. Su fundamento
 - 2.2. Regulación y contenido
3. El alcance del principio de irretroactividad
4. El impacto de la doctrina Parot sobre el tratamiento de los cambios jurisprudenciales
5. El valor de la jurisprudencia
 - 5.1. La tesis tradicional y sus matizaciones
 - 5.2. La jurisprudencia como fuente del Derecho: su fuerza vinculante
 - 5.3. ¿Son concluyentes las objeciones a este planteamiento?
6. Consecuencias y alcance de este planteamiento
7. Tabla de jurisprudencia citada
8. Bibliografía

1. Introducción

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) juega un importante papel en las argumentaciones del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) a la hora de abordar las cuestiones de Derecho penal en sentido amplio, al igual que se ha podido constatar en otros países de nuestro entorno². Sin embargo, ello no impide que en otras ocasiones el discurso de ambos tribunales transcurra por sendas diferentes, viniendo el primero a corregir las consideraciones del segundo. Un ejemplo de ello lo encontramos en las posiciones sostenidas por el TC y el TEDH sobre la denominada doctrina *Parot*. Pues bien, este trabajo no busca simplemente hacer un análisis de la jurisprudencia recaída sobre este tema, lo cual ha sido ya ampliamente tratado por la doctrina. Se trata de abordar la cuestión desde una perspectiva más general, lo cual exige que se ubique el ámbito en el que se sitúa el problema, el principio de legalidad. Y, en concreto el alcance de una de sus plasmaciones, el principio de irretroactividad de las normas penales y la idea tradicional de que los cambios de jurisprudencia no se ven afectados por él. Esto nos conduce inmediatamente a analizar el valor de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico, pues ahí desemboca, a mi juicio, la discusión sobre el carácter vinculante

² En este sentido, en relación a Alemania SATZGER, *Jura*, (10), p. 768. En relación a Suiza, véase NYFELER, "Völkerrecht vor Landesrecht—Die Bedeutung der Gerichtspraxis des EGMR", pp. 18 ss.; BURGORGUE-LARSEN, «La Corte Europea de Derechos Humanos y el Derecho Penal», p. 317, destaca en su trabajo que "para tener una visión más conforme con la realidad jurisdiccional europea, es necesario adoptar un significado amplio de "Derecho penal" que integra tanto el derecho penal *stricto sensu* como los principios relativos al proceso penal".

o no de esta. Por tanto, aun cuando estamos ante una problemática de gran trascendencia para el Derecho penal, no se puede olvidar, como veremos, que concierne a cualquier rama del Derecho.

El trabajo parte de lo general, el principio de legalidad, donde tras sentar las bases de las que parto en materia de fundamento, regulación y contenido, se hace un breve repaso al alcance de unas de las concreciones de este axioma, la prohibición de la retroactividad de las normas penales desfavorables. Al final de este apartado se fijará someramente el marco del debate, esto es, si los cambios de jurisprudencia se ven afectados por la irretroactividad de las normas penales. A continuación, me detendré en el impacto que sobre este tema ha tenido la jurisprudencia recaída sobre la doctrina *Parot*.

La concepción sostenida por el TEDH sobre la doctrina *Parot* no plantea dificultades cuando, como se sostiene por este órgano y el *common law*, se reconoce que la jurisprudencia crea Derecho. Sin embargo, esta idea en principio no encaja en el sistema del Derecho continental, por lo que la fundamentación de la irretroactividad de un cambio jurisprudencial no resulta fácil. Por ello, la última parte de este trabajo se inicia con una premisa de tipo metodológico y es que, como se ha indicado por algunos, para pronunciarse sobre este tema es necesario abordar el valor de la jurisprudencia. El punto de partida es la exposición de la tesis tradicional mayoritaria y sus vacilaciones que entroncan con la herramienta de la que se sirve el Derecho, el lenguaje coloquial, cuya vaguedad y ambigüedad hacen imposible identificar texto legal y norma. La idea que se va a sostener es que la jurisprudencia fija la norma dentro del marco que le traza el legislador y que viene delimitado por el tenor literal. Ello supone reconocer que la jurisprudencia es una fuente del Derecho subordinada a la Ley y que debe ostentar carácter vinculante sin que sean concluyentes las objeciones que contra este planteamiento se han formulado. Al final se tratan tanto el alcance como las consecuencias de esta concepción.

Es necesario aclarar que, dado que la bibliografía sobre los distintos puntos que se mencionan en este trabajo es inabarcable, esta debe limitarse a una selección que, en cualquier caso, siempre resultará discutible.

2. El principio de legalidad

Como se dijo en la introducción, en la primera parte del trabajo me voy a ocupar de la ubicación sistemática del problema que se aborda aquí, así como de la fijación de las premisas de las que se parte, esto es, del fundamento y de las consecuencias que trae consigo el reconocimiento del principio de legalidad³.

³ Aunque es habitual destacar que su especificidad radica en su alto grado de formalización HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., 1991, pp. 320 ss.; HASSEMER, en MIR PUIG, *Derecho penal y ciencias sociales*, 1982, p. 136; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, 1985, pp. 16 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 250; CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª ed., 1996, p. 61, lo cierto es que esta característica se interpreta acertadamente como una consecuencia derivada del hecho de que el Derecho penal es el subsistema de control social que dispone de las sanciones más graves (en

2.1. Su fundamento

La gravedad de las sanciones penales frente a las de otros sectores del control social determina justamente el elevado grado de formalización que caracteriza el Derecho penal y que viene a plasmar el principio de legalidad.

La unanimidad con la que se reconoce que estamos en presencia de un principio básico de todo Estado de Derecho se rompe a la hora de dotarlo de una fundamentación. Así FEUERBACH, autor de su formulación latina, lo dedujo de la función de la pena, la teoría de la coacción psicológica. La conminación de la pena tiene la función de motivar a los ciudadanos para que no cometan delitos. Para alcanzar este objetivo es preciso que cada uno conozca que la realización del hecho delictivo le reportará inevitablemente un mal superior a aquel que le supondrá la frustración por la no consecución de las ventajas ligadas al delito. Pero para que la conminación de la pena pueda motivar a los ciudadanos es preciso que éstos la conozcan. De aquí se desprende que para que su teoría pueda funcionar tanto el hecho como el mal de la pena amenazada tienen que estar predeterminados⁴.

Estas ideas se han retomado modernamente para sustentar en parte el principio de legalidad, pero no ya vinculadas a la teoría de la pena, sino a la denominada función motivadora de las normas penales⁵. En cualquier caso, desde el punto de vista de cualquiera de estas dos concepciones sólo se puede justificar la predeterminación normativa, pero no la reserva de ley inherente al principio de legalidad, pues aquella se consigue tanto si los delitos y las penas aparecen en una norma con rango de ley como si lo hacen en otras de carácter reglamentario⁶.

Asimismo, se ha intentado derivar el principio de legalidad del de culpabilidad. Dado que éste exige que el sujeto al menos haya tenido la posibilidad de conocer la norma infringida, ello presupone que el hecho tiene que estar ya recogido en una ley al tiempo de su realización⁷. Sin embargo, esta fundamentación no permite abarcar todas las consecuencias de este principio. Desde este punto de vista, lo relevante es que el comportamiento esté contemplado con carácter previo en una norma, pero es indiferente el tipo de norma, o sea, no puede explicar la reserva de ley⁸. Además, el principio de culpabilidad exige únicamente la posibilidad de conocer la prohibición y no la sanción penal⁹.

este sentido, HASSEMER, *Einführung*, p. 320; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 250; CARBONELL MATEU, *Derecho penal*, p. 61).

⁴ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14^a ed., 1986, pp. 20 y 85.

⁵ Así, por ejemplo, ARROYO ZAPATERO, *REDC*, (8), 1983, p. 14.

⁶ Así, GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, 1996, p. 69.

⁷ Así, SAX, en NIPPERDEY/BETTERMANN/SCHUENER, *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, t. III, v. 2, 1959, pp. 998 ss.

⁸ Así, lo pone de relieve GRÜNWARD, *ZStW*, (76-1), 1964, p. 12, cuando señala que del principio de culpabilidad sólo se puede derivar que no cabe imponer una pena por una acción que está permitida al tiempo de su realización, o sea, que no infringe "ninguna norma escrita o no".

⁹ En este sentido, ARROYO ZAPATERO, *REDC*, (8), 1983, pp. 15 ss.; GRÜNWARD, *ZStW*, (76-1), 1964, pp. 11 ss.; CEREZO MIR, *PG*, t. I, 6^a ed., 2007, p. 204 nota 80; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, 2^a ed., 2002, p. 151; SCHREIBER, *ZStW*, (80-2), 1986, pp. 359 ss. Para BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, 5^a ed., 1998, pp. 58 y 307 ss., esta crítica no tiene razón de ser, pues el conocimiento de la punibilidad también forma parte del contenido

También se invoca la seguridad jurídica como fundamento de este principio¹⁰. Es una consecuencia del derecho de toda persona a poder programar su vida sin temor a sufrir injerencias imprevisibles por parte del Estado. No obstante, el principal problema de esta concepción es que no consigue justificar la reserva de ley, pues también con normas de otra índole se consigue garantizar este derecho¹¹.

A la vista de las insuficiencias de los anteriores criterios, se ha propuesto dotarlo de un fundamento político-democrático¹² que ya aparece en las primeras formulaciones del principio de legalidad. En efecto, éstas se sitúan en el pensamiento de la Ilustración a través de la teoría del contrato social de ROUSSEAU y de la división de poderes de MONTESQUIEU¹³. Con ellas se establece una organización política basada en la división de poderes en la que la competencia para dictar leyes le corresponde al legislador que representa la sociedad¹⁴. Sólo este está legitimado para establecer restricciones a la libertad de los ciudadanos. De este modo se pone de relieve que este principio aparece "como una garantía del ciudadano y de sus derechos fundamentales" frente al Estado, es decir, "frente a la imposición estatal de condiciones desfavorables y no frente a condiciones favorables"¹⁵. Ciertamente contra esta concepción se podría alegar que con ella no se logra explicar la irretroactividad de la ley¹⁶. Sin embargo, ya en el propio pensamiento ilustrado encontramos la respuesta para salvar esta objeción. En efecto, como ha destacado SCHREIBER, los individuos en virtud del contrato social sólo ceden parte de su libertad, de tal modo que el Derecho penal estatal está desde un principio limitado, o sea, "se concreta en las leyes estatales existentes en el momento de la acción. Una nueva ley sólo puede fundamentar más derechos para el Estado con efectos para el futuro. Las leyes retroactivas suponen una injerencia en el ámbito de libertad que queda al individuo. Con ello el Estado se

del principio de culpabilidad. A mi entender, aunque se admitiera esta idea, tampoco se lograría fundamentar totalmente el principio de legalidad, pues no lograría explicar por qué las consecuencias de éste se extienden a los supuestos en los que la ley se limita a agravar las penas de un delito ya existente. Y ello porque la conciencia de la punibilidad requiere únicamente que el sujeto sepa que el hecho está castigado con pena, siendo indiferente el error que recae sobre la magnitud de ésta (EL MISMO, *Principios de Derecho penal*, 5ª ed., 1998, p. 308).

¹⁰ Así, por ejemplo, CEREZO MIR, *PG*, t. I, 6ª ed., 2007, p. 166; DÍEZ RIPOLLÉS, *PG*, 4ª ed., 2016, p. 61.

¹¹ Así, por ejemplo, ARROYO ZAPATERO, *REDC*, (8), 1983, p. 16; HUERTA TOCILDO, *El derecho fundamental a la legalidad penal*, *REDC*, (39), 1993, p. 85

¹² Así, por ejemplo, GRÜNWARD, *ZStW*, (76-1), 1964, pp. 13 ss.; GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo*, 1996, pp. 68 ss. Para ARROYO ZAPATERO, *REDC* (8), 1983, pp. 12 ss. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Estudios penales y criminológicos*, (11), 1988, pp. 36 ss., este fundamento se ha de completar con otros. Cfr. también MIR PUIG, *PG*, 2ª reimpresión corregida de la 15ª ed., 1986, p. 115.

¹³ Así, por ejemplo, CEREZO MIR, *PG*, t. I, 3ª reimpresión de la 6ª ed., 2007, p. 162; MIR PUIG, *PG*, 2ª reimpresión corregida de la 15ª ed., 1986, p. 115; ARROYO ZAPATERO, *REDC*, (8), 1983, p. 12; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Estudios penales y criminológicos*, (11), 1998, p. 35.

¹⁴ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal*. *PG*, 2ª reimpresión corregida de la 15ª ed., 1986, p. 115; ARROYO ZAPATERO, *REDC* (8), 1983, pp. 12 ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Estudios penales y criminológicos*, (11), 1998, p. 36. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 2ª ed., 1982, pp. 29 ss., lo expresa así: "...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad".

¹⁵ Así, acertadamente ARROYO ZAPATERO, *REDC*, (8), 1983, pp. 12 ss. En este sentido también, HUERTA TOCILDO, *REDC*, (39), 1993, pp. 83 ss.; GRÜNWARD, *ZStW*, (76-1), 1964, pp. 13 ss.; VELASQUEZ VELASQUEZ, *PG*, 2ª ed., 1995, p. 231; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, 2ª ed., 2002, p. 148; ROXIN, *AT*, t. I, 3ª ed., 1991, p. 98; RUIZ ROBLEDO, *El derecho fundamental*, 2004, Documento TOL523.973.

¹⁶ Así, por ejemplo, ARROYO ZAPATERO, *REDC*, (8), 1983, p. 15; ROXIN, *AT*, t. I, 3ª ed., 1991, p. 66.

atribuiría más derechos de los que le correspondían al tiempo del hecho, lo que quebrantaría el contrato social¹⁷. Esta idea se ve confirmada por el propio concepto de ley elaborado por la Ilustración. Este requiere que la ley sea igualitaria y que contemple a las personas en masa y las acciones en abstracto¹⁸. “Si se pretende evitar la injusticia y la arbitrariedad, no puede abarcar un número determinado y ya existente de casos pertenecientes al pasado sino sólo una especie abstracta de acciones futuras desligada de las ya individualizadas y acontecidas¹⁹”.

Pues bien, estas ideas han sido plenamente consagradas en los modernos Estados de Derecho democráticos. Así, nuestra Constitución no sólo establece la división de poderes en la que la competencia de dictar leyes le incumbe al legislador que representa la voluntad popular, sino que también pone límites a la potestad legislativa. Así, el art. 53.1 CE dispone que las leyes reguladoras del ejercicio de los derechos y libertades han de respetar su contenido esencial y en el art. 9.3 se proclama “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Por ello comparto la idea de que el principio de legalidad posee un fundamento político-democrático que, por una parte, exige que las restricciones a la libertad de las personas se reserven al legislador, que representa la soberanía popular y, por otra, que se respete la garantía de objetividad, lo que implica que las leyes no se pueden elaborar “bajo la impresión de hechos concretos ya acaecidos²⁰”. Aun cuando los otros fundamentos son de utilidad de cara a dotar de sentido este principio, el criterio decisivo ha de residir en este último. También el Tribunal Constitucional lo utiliza en la fundamentación plural que realiza de este principio cuando señala que “es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del derecho estatal sancionador. En este sentido se vincula ante todo con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad (...), así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales (...)”²¹.

2.2. Regulación y contenido

El principio de legalidad, a diferencia del de culpabilidad, ha sido recogido expresamente por la Constitución en su art. 25.1, al establecer que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción

¹⁷ SCHREIBER, *ZStW*, (80-2), 1986, p. 363.

¹⁸ En este sentido, BECCARIA, *De los delitos y las penas*, 2ª ed., 1982, p. 30, señala que “el soberano, que representa a la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros...”.

¹⁹ SCHREIBER, *ZStW*, (80-2), 1986, pp. 364 ss., destacando que ROUSSEAU deducía la irretroactividad justamente del carácter abstracto y general de la ley.

²⁰ Expresión de GRÜNWARD, *ZStW*, (76-1), 1964, p. 17. En ocasiones se reconduce directamente el fundamento a la garantía de objetividad. Así, por ejemplo, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, p. 67; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, 2ª ed., 2002, p. 203. A mi juicio, esta idea desvinculada del fundamento político-democrático no logra explicar la reserva de ley, pues ¿acaso las restantes normas estatales no han de satisfacerla? El problema radica en que por más que la hayan de satisfacer, las injerencias en la libertad de los ciudadanos exigen una especial legitimidad que sólo la ley está en condiciones de sustentar.

²¹ Así, STC 133/1987, de 21 de julio. En el mismo sentido, SSTC 150/1989, de 25 de septiembre; 111/1993, de 25 de marzo; 232/1997, de 16 de diciembre. Esta última señala que todos esos aspectos se pueden reconducir a dos criterios: la seguridad jurídica y la legitimidad democrática de la intervención penal.

administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". Como recuerda RUIZ ROBLEDO, su ubicación implica algo que no siempre se resalta debido quizás a su obviedad: "al situarse el principio de legalidad en el artículo 25.1, la *Lex suprema* no sólo lo ha configurado con un elemento básico del derecho objetivo, sino que lo ha convertido en un derecho subjetivo de los ciudadanos, el derecho fundamental a la legalidad punitiva o derecho a no ser condenado o sancionado por acciones que no constituyan delito o infracción administrativa según la legislación vigente en el momento de realizarse. Todo el complejo régimen especial de protección de los derechos fundamentales se le aplica (...)22". No obstante, la doctrina ha puesto de relieve que esta formulación adolece de bastantes deficiencias, planteando problemas respecto a cuestiones tales como la reserva de ley, su extensión a las medidas de seguridad, el reconocimiento de la garantía penal, jurisdiccional y de ejecución etc.23

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, tras señalar que el art. 25.1 "roza el laconismo", ha advertido que "no obstante su parquedad expresiva el texto constitucional hace algo más que asumir como propio el brocardo *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* en su estricta formulación y lo incorpora con su entero significado y su proyección en otras facetas, como ocurre tantas veces cuando la Constitución, cuerpo vivo y documento histórico, incide sobre instituciones o tipos abstractos preexistente(...), cuyo perfil y cuya sustancia da por sabidos, por estar enraizados en un subsuelo cultural. Por ello, este Tribunal ha ido poniendo de relieve, caso a caso, muchas manifestaciones24 del principio de legalidad penal25".

Las líneas trazadas por la jurisprudencia constitucional iban a ser acogidas por el legislador de 1995 que va a recoger una versión mucho más perfilada del principio de legalidad. En efecto, el Código penal de 1995 recoge en su Título Preliminar las cuatro garantías que el principio de legalidad implica. Así, en su art. 1 se formula la garantía criminal. En virtud de ésta ningún hecho puede ser considerado como delito si así no lo ha establecido previamente una ley. Esta misma idea se ha extendido a los estados peligrosos (art. 1.2 CP)26.

22 RUIZ ROBLEDO, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, 2004. En este sentido, también, VILLAVARDE MENÉNDEZ, en PÉREZ MANZANO/LASCURAÍN SÁNCHEZ (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, 2016, pp. 86 ss. Así lo ha destacado el propio Tribunal Constitucional. Cfr., por ejemplo, SSTC 153/2011, de 17 de octubre, 196/2013, de 2 diciembre y 219/2016 de 19 diciembre.

23 Cfr. CEREZO MIR, *PG*, t. I, 3ª reimpresión de la 6ª ed., 2007, pp. 150 ss.; ARROYO ZAPATERO, *REDC*, (8), 1983, p. 10; BOIX REIG, en AA.VV., *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*, 1983, pp. 56 ss.; CARBONELL MATEU, *Derecho penal*, 2ª ed., 1996, pp. 108 ss.; MIR PUIG, *PG*, 2ª reimpresión corregida de la 15ª ed., 1986, pp. 79 ss.; LAMARCA PÉREZ, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, (1), 2012, p. 158.

24 Ampliamente sobre éstas BACIGALUPO, *PG*, 5ª ed., 1998, pp. 86 ss.

25 STC 34/1996, de 11 de marzo. En esta sentencia se sigue la doctrina del TC ya establecida en la 11/1981, de 8 de abril, acerca de los métodos para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales. Ello se puede hacer acudiendo al tipo abstracto del derecho preexistente o bien averiguando el interés que subyace al mismo. Cfr. HUERTA TOSILDO, *REDC*, (39), 1993, pp. 82 ss. Por otra parte, más allá de las deficiencias del texto constitucional, hay que tener presente que las formulaciones de los preceptos constitucionales tienen características diversas a las de los preceptos de la legislación ordinaria que, a su vez, reclaman unas pautas de interpretación diferentes. Sobre ello ampliamente, LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, 1990, pp. 8 ss. Un buen resumen de los contenidos incluidos en el principio de legalidad lo ofrece la STC 283/2006, de 9 de octubre.

26 Cfr., por ejemplo, CEREZO MIR, *PG*, t. I, 3ª reimpresión de la 6ª ed., 2007, pp. 167 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal (estudios y Comentarios)*, 1997, pp. 28 ss.

En el art. 2.1 se proclama la garantía penal que implica que a los delitos y los estados peligrosos sólo se les pueden aplicar penas o medidas de seguridad previstas al tiempo de su realización o aparición²⁷.

En el art. 3.1 se contiene la garantía jurisdiccional que el Tribunal Constitucional ha derivado del art. 24.2 CE²⁸. Esta se traduce en que las penas o medidas de seguridad sólo se pueden imponer a través de un juicio formal celebrado ante Tribunal competente en el que se respeten todas garantías legales²⁹.

Por último, el art. 3.2 incluye la garantía de ejecución. En virtud de ella las penas y las medidas de seguridad se han de ejecutar en la forma prevista por la ley³⁰. No obstante, hay que destacar que Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación bastante restrictiva de esta garantía en el ámbito de la ejecución de la pena privativa de libertad. Y ello porque mantiene que entre el interno y la Administración existe una relación de sujeción especial³¹. Esta se define, como señala DIEZ RIPOLLÉS, por “una acentuada situación de dependencia y subordinación que implica una considerable restricción de los derechos del afectado y que explica y dota de contenido de cara a la obtención de unos determinados fines por parte de la Administración”³². Pues bien, basándose en este concepto, el Tribunal Constitucional consideró que la determinación de las faltas disciplinarias en un Reglamento no infringe el principio de legalidad, pues “en virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de auto-ordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas

²⁷ Cfr., por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, *PG*, 4ª ed., 2016, p. 62; MIR PUIG, *PG*, 2ª reimpresión corregida de la 15ª ed., 1986, p. 122; CEREZO MIR, *PG*, t. I, 3ª reimpresión de la 6ª ed., 2007, p. 168; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal (estudios y Comentarios)*, 1997, pp. 30 ss.

²⁸ STC 16/1981, de 18 de mayo.

²⁹ Cfr., por ejemplo, CEREZO MIR, *PG*, t. I, 3ª reimpresión de la 6ª ed., 2007, p. 168; DÍEZ RIPOLLÉS, *PG*, 4ª ed., 2016, p. 62; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal (estudios y Comentarios)*, 1997, pp. 33 ss.; MIR PUIG, *PG*, t. I, 3ª reimpresión de la 6ª ed., 2007, p. 124; GARCÍA ARÁN en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 9ª ed., 2015, pp. 100 ss.

³⁰ Cfr., por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, *PG*, 4ª ed., 2016, p. 62; CEREZO MIR, *PG*, t. I, 3ª reimpresión de la 6ª ed., 2007, p. 168; HUERTA TOCILDO, *REDC*, (39), 1993, p. 85; MIR PUIG, *PG*, 2ª reimpresión corregida de la 15ª ed., 1986, p. 124. Este último pone de relieve que a ella sólo se alude de manera indirecta respecto a la ejecución de las penas privativas de libertad en el art. 25.2 CE.

³¹ Cfr. SSTC 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio; 11/1991, de 17 de enero; 57/1994, de 28 de febrero. El concepto se elaboró en el seno de la doctrina administrativista alemana. Cfr. ampliamente sobre su elaboración y desarrollo, MAPELLI CAFFARENA, *Estudios Penales y Criminológicos*, (16), 1993, pp. 288 ss.; EL MISMO, en RIVERA BEIRAS (coord.), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales: Jornadas Penitenciarias*, 1994, pp. 17 ss. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal alemán ya en su Sentencia de 14 de marzo de 1972 (BVerfGE 33,1) rechazó el recurso a este concepto para limitar los derechos fundamentales, destacando que éstos vinculan directamente a todos los poderes del Estado, de tal modo que se infringe este principio cuando en la ejecución de la pena se limitan aquéllos de forma arbitraria o discrecional, pues tales restricciones sólo son admisibles cuando son imprescindibles para la consecución de fines amparados por la Ley Fundamental y se realizan en la forma prevista por la Constitución. Sobre esta sentencia, cfr. MAUNZ-ZIPPELIUS, *Deutsches Staatsrecht*, 28ª ed., 1991, pp. 165 ss.; DIEZ RIPOLLÉS, *CPC*, (30), 1986, pp. 615 ss.; MAPELLI CAFFARENA, *Estudios Penales y Criminológicos*, (16), 1993, pp. 303 ss.

³² DIEZ RIPOLLÉS, *CPC*, (30), 1986, p. 615.

identificables como antijurídicas en el seno de la institución”³³. Ciertamente las relaciones entre los ciudadanos y la Administración pueden ser muy diversas y, en efecto, hay algunas, como la existente entre la Administración penitenciaria y el interno, que pueden justificar restricciones a los derechos fundamentales. Pero, éstas no se pueden derivar de la propia relación jurídica, sino de los fines que la actividad penitenciaria tiene asignados y siempre que se respeten las garantías formales³⁴.

Por otra parte, como ha destacado el Tribunal Constitucional, el principio de legalidad presenta dos aspectos: uno formal referente al tipo de normas que pueden establecer delitos y penas; el otro material alusivo “a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas”³⁵.

En el aspecto formal la referencia a la legislación contenida en el art. 25.1 CE ha declarado el Tribunal Constitucional que se tiene que entender como reserva absoluta de ley³⁶. Pero los mayores problemas se centran en la cuestión de si esta exigencia se satisface con una ley ordinaria u orgánica. El Tribunal Constitucional ha señalado que en todo caso han de revestir carácter de orgánicas las que establezcan penas privativas de libertad³⁷ o restrinjan otros derechos fundamentales³⁸.

En cambio, gran parte de la doctrina se inclina por una reserva absoluta de ley orgánica. En favor de esta tesis se alegan diversos argumentos: las leyes penales suponen siempre un límite a la libertad³⁹; toda pena o medida de seguridad afecta a derechos fundamentales, pues en último extremo se lesiona el honor⁴⁰; el propio art. 25.1 CE formula un derecho fundamental⁴¹; las leyes

³³ STC 2/1987, de 21 de enero.

³⁴ Un amplio y crítico análisis de la jurisprudencia constitucional española sobre esta materia, MAPELLI CAFFARENA, *Estudios Penales y Criminológicos*, (16), 1993, pp. 301 ss.; MATA Y MARTÍN, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, (19), 2011, pp. 68 ss.

³⁵ SSTC 118/1992, de 16 de septiembre; 166/2012 de 1 octubre; 145/2013, de 11 julio; 185/2014 de 6 noviembre. Cfr. GARCÍA ARÁN en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 9ª ed., 2015, pp. 101 ss.; HUERTA TOCILDO REDC, (39), 1993, p. 90; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal (Estudios y Comentarios)*, 1997, p. 28.

³⁶ SSTC 15/1981, de 7 de mayo; 25/1984, de 23 de febrero; 160/1986, de 16 de diciembre; 101/2012, de 8 mayo; 185/2014 de 6 noviembre. En esta última se dice que “la garantía formal se concreta en que existe una reserva de ley para definir delitos y para amenazarlos con penas, quedando así acotadas las fuentes del Derecho en materia penal”.

³⁷ SSTC 140/1986, de 16 de noviembre; 160/1986, de 10 de diciembre; 21/1993, de 18 de enero. En esta última se dice que “necesidad de una Ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado en los bienes jurídicos de los ciudadanos, que exige el rango necesario para las normas tipificadoras de las conductas punibles y de precisión de las sanciones correspondientes, y que, en el ámbito penal estricto, debe entenderse como reserva absoluta de Ley e incluso, respecto de las penas privativas de libertad, de Ley orgánica”.

³⁸ SSTC 119/1992, de 18 de septiembre. También un sector de la doctrina interpreta que la reserva de ley orgánica es relativa. Cfr. CEREZO MIR, *PG*, t. I, 3ª reimpresión de la 6ª ed., 2007, pp. 152 ss.; MIR PUIG, *PG*, 2ª reimpresión corregida de la 15ª ed., 1986, pp. 118 ss.

³⁹ Así, por ejemplo, CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª ed., 1996, p. 112; BERDUGO et. al, *PG*, 2ª ed., 1999, p. 39.

⁴⁰ Así, por ejemplo, CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª ed., 1996, p. 112; BACIGALUPO, *PG*, 5ª ed., 1998, p. 216.

⁴¹ GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, 1996, p. 70; BERDUGO et. al, *PG*, 2ª ed., 1999, p. 39; RUIZ ROBLEDO, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, 2004. Documento TOL523.973. Téngase presente que la STC 25/1984, de 23 de febrero, rechazó la idea de que de la conexión del art. 25.1 con el 81.1 CE se pudiera inferir que las normas penales hayan de revestir carácter de leyes orgánicas porque no cabe hablar de un derecho

penales, al ocuparse de los aspectos esenciales de la convivencia recurriendo a las sanciones más graves, se deben elaborar con el máximo consenso posible y a esta idea responde la ley orgánica al exigir una mayoría cualificada⁴². A mi juicio, sobre todo, estos dos últimos argumentos hacen preferible esta tesis, si bien no se puede negar que tampoco son nada desdeñables los argumentos que algunos autores han empleado para mantener la tesis contraria, incluso desde la perspectiva del principio democrático⁴³.

Desde esta perspectiva formal, también plantean problemas de compatibilidad con el principio de legalidad las leyes penales en blanco cuando se remiten a preceptos de rango inferior a ley. En general se suele admitir que en determinados ámbitos es necesario el recurso a las mismas, centrándose la cuestión en la determinación de los límites que han de respetar para ser admisibles⁴⁴. De su fijación se ha ocupado el Tribunal Constitucional, señalando que su admisibilidad depende de que se cumplan “los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza”⁴⁵.

Pero el principio de legalidad no se agota en este aspecto formal, sino que requiere que las leyes satisfagan determinadas exigencias que se pueden sintetizar en la fórmula siguiente: *lex praevia*, *lex stricta* y *lex certa*⁴⁶.

La *lex stricta* se plasma en la prohibición de la analogía *in malam partem*. Los Tribunales no pueden aplicar las leyes penales a supuestos no comprendidos en su tenor literal cuando ello perjudique al reo⁴⁷. En cambio, no se opone al fundamento del principio de legalidad la aplicación analógica favorable al reo⁴⁸.

fundamental a la legalidad. Sin embargo, posteriormente ha declarado que el art. 25.1 consagra un derecho fundamental a la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las correspondientes sanciones (STC 3/1988, de 21 de enero; 69/1989, de 20 de abril; 95/1992, de 11 de junio) sin que por ello haya modificado su criterio en torno a la reserva relativa de ley orgánica.

⁴² Así, GARCÍA ARÁN en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 9ª ed., 2015, p. 106; MORILLAS CUEVA, *PG*, 1996, p. 28; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, 2ª ed., 2002, pp. 132 ss.; BERDUGO et. al, *PG*, 2ª ed., 1999, p. 39. Para DÍEZ RIPOLLES, *PG*, 4ª ed., 2016, p. 57, ello también es coherente con el carácter de ultima ratio de la intervención penal.

⁴³ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Cuadernos de Política Criminal*, (52), 1994, pp. 91 ss.

⁴⁴ Así, por ejemplo, CEREZO MIR, *PG*, t. I, 3ª reimpresión de la 6ª ed., 2007, p. 156; GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, 1996, p. 71; ARROYO ZAPATERO, *REDC*, (8), 1983, pp. 33 ss.

⁴⁵ STC 127/1990, de 5 de julio, que viene a concretar lo que ya había apuntado en la STC 122/1987, de 14 de julio. En la misma línea, STC 118/1992, de 18 de septiembre.

⁴⁶ Así, por ejemplo, STC 53/1994 de 24 febrero; 151/1997 de 29 septiembre.

⁴⁷ Cfr., por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 254; CEREZO MIR, *PG*, t. I, 3ª reimpresión de la 6ª ed., 2007, pp. 170 ss.; BACIGALUPO, *PG*, 5ª ed., 1998, pp. 77 ss.

⁴⁸ No obstante, su admisión resulta muy cuestionada a la vista de lo dispuesto en el art. 4 apartados 1 y 3 del Código penal de 1995. Con diferentes opiniones, cfr. CEREZO MIR, *PG*, t. I, 3ª reimpresión de la 6ª ed., 2007, pp. 173 ss.; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, 2ª ed., 2002, pp. 175 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal (Estudios y Comentarios)*, 1997, pp. 35 ss.; GARCÍA ARÁN en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 9ª ed., 2015, pp. 124 ss.; BACIGALUPO, *La “rigurosa aplicación de la Ley”*, 1998.

La *lex certa* se traduce en el mandato de certeza o principio de taxatividad. Este requiere que la ley recoja de una manera clara y precisa tanto los presupuestos de la intervención penal como las consecuencias jurídicas. Por ello, como ha declarado el Tribunal Constitucional, “se infringe este mandato y, por tanto, el principio de legalidad si un tipo penal se formula de forma tan abierta que su aplicación o inaplicación depende prácticamente de una decisión libre y arbitraria de los Jueces y Tribunales”⁴⁹.

Por último, en lo que ahora interesa, respecto a la primera de ellas el Tribunal Constitucional ha indicado que “el fundamento del principio de irretroactividad de la Ley penal se identifica con el del principio *nulum crime, nulla poena sine previa lege*, es decir, con la garantía del ciudadano de que no será sorprendido a posteriori con una calificación de delito o con una pena no prevista o más grave que la señalada al tiempo del hecho. Pero si un correcto entendimiento del principio de irretroactividad de la Ley penal inmerso, como dijimos, en las SSTC, 2ª, 30.03.1981 (Ref. 8/1981; MP: Francisco Tomás y Valiente) y SSTC, 2ª, 07.05.1981 (Ref. 15/1981; MP: Plácido Fernández Viagas) en el de legalidad, significa que no es posible aplicar una ley desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, al mismo tiempo indica que los efectos de una ley perjudicial cesan cuando ha terminado su tiempo de vigencia, bien porque en una sucesión normativa se contemple la situación más benignamente o porque tal situación haya dejado de contemplarse. Es decir, en el ámbito del Derecho Penal, la estricta prohibición de retroactividad que incluye el art. 25.1 CE está referida a la retroactividad en perjuicio del reo, dado que aquélla ha de ceder allí donde, en lugar de cumplirse el fin perseguido por la irretroactividad –protección del autor frente a las penas sobrevinidas–, se produciría un perjuicio para el sujeto”⁵⁰.

3. El alcance del principio de irretroactividad

Es habitual considerar que la prohibición de retroactividad alcanza a las disposiciones de Derecho penal material, pero no a las procesales. Para ellas rige lo dispuesto en el art. 2.3 del CC y, por tanto, no son retroactivas salvo que se disponga lo contrario. Además, hay que tener presente que el objeto de las normas procesales son actos del proceso y, en consecuencia, la aprobación de una nueva regulación procesal no significa que la misma se aplique retroactivamente por la circunstancia de que el hecho delictivo se cometiera antes de la entrada en vigor, sino que se estará aplicando la normativa vigente al tiempo de su realización⁵¹. De este modo, la regla es que las normas procesales no están sujetas a la prohibición de retroactividad⁵².

⁴⁹ STC 105/1988, de 8 de junio. Téngase presente que la jurisprudencia constitucional ha declarado que el principio *ne bis in idem* ha sido reconocido por la Constitución, pues, si bien no se menciona expresamente, está íntimamente vinculado al de legalidad (SSTC 2/1981, de 30 de enero; 150/1991, de 4 de julio; 221/1997, de 4 de diciembre; 189/2013, de 7 de noviembre de 2013).

⁵⁰ STC 21/1993, de 18 de enero.

⁵¹ Así, por ejemplo CEREZO MIR, *PG*. t. I, 3ª reimpresión de la 6ª ed., 2007, p. 182.

⁵² Así lo ha reconocido también el TEDH. Cfr., por ejemplo, Sentencia de la Gran Sala de 17 de septiembre de 2009 (nº 2), caso *Scoppola v Italia*, con más referencias a otras sentencias en el apartado 110. No obstante, matiza que la determinación de la naturaleza del precepto no depende de la ubicación sistemática que tenga en el derecho nacional. Por ello, pese a tratarse de un precepto de la Ley procesal penal, llegó en este caso a la conclusión de que se trataba de un precepto de naturaleza material porque afectaba a la gravedad de la sanción a imponer en un proceso abreviado (art. 442 de la Ley procesal italiana).

Sin embargo, esta afirmación no está exenta de dificultades. Y ello, en primer lugar, porque no están claros los límites entre los aspectos materiales y procesales. Además, en segundo lugar, no hay que olvidar que el principio de legalidad implica también una garantía jurisdiccional.

Por ello no es de extrañar que se haya discutido vivamente si las leyes que amplían los plazos de prescripción pueden tener carácter retroactivo. Un sector de la doctrina entiende que la respuesta depende de la naturaleza de esta institución, de tal modo que, si se le atribuye carácter procesal, es admisible la retroactividad⁵³. En cambio, no lo sería si se entiende que pertenece al Derecho penal⁵⁴. Otros consideran que lo decisivo no es su naturaleza sino si el fundamento de este principio es extensible a la prescripción. Desde este punto de vista, indica ROXIN que no es función de este principio decirle al ciudadano “cuánto tiempo tiene que permanecer oculto tras el hecho cometido para poder aparecer tras su transcurso sin ser molestado”⁵⁵.

A mi juicio, la naturaleza penal o procesal no puede ser el criterio decisivo, puesto que el principio de legalidad implica también una garantía jurisdiccional y porque sus contenidos están tan estrechamente relacionados que probablemente no resulte adecuado ni siquiera mantener esta tajante separación, como lo demuestra la existencia de no pocas instituciones equivalentes a las materiales alojadas en el ámbito procesal⁵⁶. Por ello la cuestión se ha de abordar, como bien ha destacado ROXIN, desde la perspectiva del fundamento del principio de legalidad. Desde esta óptica, la ley que incrementa los plazos de prescripción amplía las posibilidades de sancionar o de enjuiciar el hecho, lo cual produce el mismo efecto, puesto que sin proceso no cabe pena alguna, al convertir en imprescriptibles delitos que antes no lo eran⁵⁷. Con ello, gracias a una modificación normativa de ésta índole se ha podido castigar a personas implicadas en los crímenes cometidos por el régimen nacionalsocialista instaurado en Alemania por Hitler que nunca habrían podido serlo de no haberse realizado esta reforma. Y justamente por eso la retroactividad de esta vulnera la garantía de objetividad, pues ésta se pierde cuando se legisla para casos que ya han tenido lugar. En efecto, toda la discusión sobre la prolongación del plazo de prescripción para el asesinato en Alemania en los años 60 del siglo pasado venía muy

⁵³ En este sentido, por ejemplo, CEREZO MIR, *PG*, t. I, 3ª reimpresión de la 6ª ed., 2007, pp. 182 ss., con más referencias. No obstante, se hace la salvedad de que la retroactividad en ningún caso puede afectar a hechos que, al tiempo de la entrada en vigor de la nueva ley, ya habían prescrito con arreglo a la derogada.

⁵⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, 1978, p. 139.

⁵⁵ ROXIN, *AT*, t. I., 3ª ed., 1991, p. 86.

⁵⁶ Propugna la equivalencia de las injerencias materiales y procesales, JAHN, en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿Decadencia o evolución?*, 2012, pp. 466 ss.

⁵⁷ El Tribunal Constitucional alemán ha venido a reconocer que un escaso contenido de injusto y culpabilidad de algunas conductas se puede tener en cuenta a través de dos vías: la primera es por medio de la introducción de tipos atenuados que limitan la aplicación del precepto general o por medio de la introducción de penas específicas para tales hipótesis (solución material) o también mediante la limitación y flexibilización de la obligación de perseguir tales comportamientos (solución procesal). Ambas son conformes al principio de proporcionalidad y de legalidad. En efecto, dice que la prohibición de retroactividad para los preceptos que fundamentan o agravan la pena no se ve afectada. Se satisface el principio de legalidad, reconociendo que los límites de la conducta punible se pueden determinar tanto a través de la ley como por las limitaciones a la obligatoriedad de la acusación. Así lo ha declarado en su Sentencia de 9 de marzo de 1994 apartado 169- 2 BvL 43/92. En Alemania también se va abriendo paso la idea de que al menos en parte cuestiones de Derecho procesal deben quedar sujetas al principio de legalidad. Cfr. con más referencias, HASSEMER/KARGL, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFEGEN, *Strafgesetzbuch*, 5ª ed., 2017, nm. 60 ss.

condicionada por la cercanía del plazo en el que iban a prescribir todos los cometidos durante la etapa nacionalsocialista salvo de aquellos en los que esta causa de extinción de la responsabilidad criminal se hubiera interrumpido. Tanto en el plano jurídico como en el político la discusión tenía muy presente esta circunstancia, de tal modo que era difícil plantear respuestas que no tuvieran en cuenta este hecho⁵⁸. Justamente por ello en la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo se decía que “el que haya sido la existencia de asesinatos nacionalsocialistas no prescritos la que haya inducido a pensar en una anticipación legal de la prolongación de la prescripción para todos los asesinatos, no convierte a esta anticipación en arbitraria”. Para añadir más adelante que “si el *Bundestag* llega a la conclusión de que existe un interés público en poder perseguir, después del 8 de mayo de 1965, aquellos asesinatos nacionalsocialistas que hasta esa fecha no han sido lo suficientemente esclarecidos como para poder interrumpir el plazo, ello parece entonces un motivo absolutamente legítimo para acelerar esta reforma de los plazos de prescripción”⁵⁹. En mi opinión, es difícil hablar en este contexto de objetividad cuando las decisiones se toman a la vista no de lo que pueda ocurrir en el futuro, sino sobre la base de los execrables delitos cometidos durante el nacionalsocialismo.

Por otro lado, pese a ser un aspecto propio del Derecho procesal, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que “la prisión provisional constituye una medida cautelar sometida al principio de legalidad, excepcional, subsidiaria y proporcionada al logro de fines constitucionalmente legítimos”⁶⁰.

Se ha discutido si el principio de irretroactividad se extiende a las medidas de seguridad. De hecho, el Código penal alemán dispone en su § 2VI que salvo que legalmente se disponga otra cosa, hay que aplicar las medidas de corrección y seguridad previstas en la ley vigente al tiempo de dictar la resolución. Para ROXIN, esta regulación sólo estaría justificada si el principio de legalidad se basase en el de culpabilidad. Pero no siendo así, carece de sentido. Este principio protege frente a sanciones que no son previsibles antes de la comisión del delito. Además, carece de justificación político-criminal en la medida en que también las penas persiguen metas preventivas⁶¹. El Código penal español ha optado por el criterio contrario al disponer en su art. 1. 2 que “las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley”. Asimismo, en el art. 2.1 establece que “carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad”. CUELLO CONTRERAS señala con razón que las posturas contrarias a la opción del Código penal español “olvidan precisamente que también la medida supone fuertes restricciones de derechos, que si se

⁵⁸ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, (XVIII-1), pp. 216 ss.

⁵⁹ Citas extraídas de la traducción efectuada por EL MISMO, *ADPCP*, (XVIII-1), p. 221 ss.

⁶⁰ Así, por ejemplo, STC 210/2013, de 16 de diciembre de 2013, reiterando la doctrina sentada en SSTC 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 95/2007, de 7 de mayo, FJ 4 y 140/2012, de 2 de julio. Sobre el abono del tiempo de prisión preventiva sufrido para el cumplimiento de la pena, cfr. STC 57/2008, de 28 de abril y 261/2015, de 14 de diciembre de 2015.

⁶¹ ROXIN, *AT*, t. I., 3ª ed., 1991, p. 120.

modifican (en perjuicio del reo) después de darse el presupuesto del hecho, suscitarían la sospecha de falta de objetividad (principal objetivo del principio de legalidad)”⁶².

En cambio, hay acuerdo en considerar que las disposiciones sobre la responsabilidad civil aun cuando se encuentren en el Código penal se rigen por lo dispuesto en el Código civil y, por tanto, no tendrán carácter retroactivo salvo que se disponga lo contrario⁶³.

Finalmente, también resulta controvertido si la prohibición de retroactividad alcanza a las modificaciones de la doctrina jurisprudencial cuando sean perjudiciales para el acusado. Se trata de un tema que se ha abordado al hilo de la aplicación retroactiva de algunos cambios en la jurisprudencia a hechos que se cometieron antes de que éstos tuvieran lugar. Así sucedió en Alemania a raíz de las dos ocasiones en las que el Tribunal Supremo alemán redujo la cantidad mínima de alcohol en sangre (primero del 1,5% al 1,3% y posteriormente del 1,3% al 1,1% para los conductores de automóviles) para apreciar la incapacidad absoluta para la conducción⁶⁴. Tanto la jurisprudencia como una parte de la doctrina defienden que la prohibición de retroactividad no es aplicable a los cambios de la doctrina jurisprudencial desfavorables al reo. Y ello por varias razones fundamentales. En primer lugar, la jurisprudencia actúa siempre de manera retrospectiva. Mientras las leyes se orientan al futuro, la jurisprudencia se ocupa siempre de casos ya acaecidos y, por tanto, pertenece a su esencia la retroactividad de su tarea⁶⁵. En segundo lugar, de asumirse la irretroactividad, se correría el riesgo de que se produzca su fosilización, impidiendo su tarea de adaptar la aplicación de la Ley a las transformaciones sociales⁶⁶. Y, por último, existe el peligro de que con la vinculación de los tribunales a su propia jurisprudencia se debilite su sometimiento a la Ley⁶⁷. A lo sumo, desde esta perspectiva, lo único que cabría sería invocar un error de prohibición⁶⁸.

Frente a ello se ha hecho valer que la jurisprudencia desempeña un papel esencial en la determinación del ámbito de lo punible, puesto que las leyes siempre son incompletas. Además, desde la perspectiva del ciudadano afectado el que la modificación del ámbito de lo punible lo haya realizado el legislador o la jurisprudencia es irrelevante, pues su efecto es el mismo. A partir de aquí se plantean diversas soluciones como la aplicación por analogía de lo dispuesto en la regulación constitucional del principio de legalidad o la introducción de una nueva forma de

⁶² CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, 2ª ed., 2002, p. 246.

⁶³ Así, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, *PG*, 4ª ed., 2016, p. 73

⁶⁴ Téngase presente que para aplicar el parágrafo 316 del Código penal alemán se distingue una incapacidad absoluta para cuya apreciación basta con alcanzar el mencionado límite mínimo; y una relativa que se puede apreciar en quien no supere dicho límite cuando se acredite que se supera el 0,3% de alcohol en sangre y se den otros indicios que permitan acreditar que el sujeto no está en condiciones de conducir.

⁶⁵ Así, por ejemplo, TRÖNDLE, *FS-Eduard Dreher*, 1977, p. 134.

⁶⁶ BURMEISTER, *Vertrauensschutz im Prozeßrecht. Ein Beitrag zur Theorie vom Dispositionsschutz des Bürgers bei Änderung des Staatshandelns*, 1979, p. 30.

⁶⁷ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, p. 105. Sobre estos razonamientos tanto a favor como en contra, cfr. por un lado, SERRANO GONZÁLEZ-MURILLO, *Anuario de la Facultad de Derecho*, (11), 1993, pp. 246 ss.; de otro lado, críticamente NEUMANN, *ZStW*, 1991, (103-2), pp. 336 ss.

⁶⁸ SERRANO GONZÁLEZ-MURILLO, *Anuario de la Facultad de Derecho*, (11), 1993, pp. 246 ss.

resolución, la cláusula *ex-nunc* o de advertencia de la modificación de la doctrina jurisprudencial⁶⁹.

Si bien la primera postura ha sido la dominante⁷⁰, lo cierto es que la segunda va ganando cada vez más adeptos⁷¹. Por lo demás, es preciso destacar que estamos ante una cuestión que excede incluso del ámbito del Derecho penal y que afecta a otros sectores del ordenamiento jurídico, donde también las opiniones están divididas⁷².

No muy distinta se plantea la situación en nuestro país si bien hasta donde alcanzo a ver se ha prestado poca atención al tema. Ya a favor de la prohibición de retroactividad de los cambios en la doctrina jurisprudencial desfavorables al reo se manifestó RUIZ ANTÓN. Para este autor, hay que partir de la idea de que un cambio jurisprudencial desfavorable equivale a un cambio normativo perjudicial. Y por ello aun cuando no estemos ante una variación legislativa en sentido estricto, porque la jurisprudencia no es fuente del Derecho, y, por tanto, no quepa hablar de una disposición en el sentido del art. 9.3 de la Constitución, lo cierto es que la irretroactividad es una manifestación de la seguridad jurídica y ésta se ve profundamente afectada cuando se produce una modificación en la doctrina jurisprudencial que perjudica al reo⁷³. En cambio, para CEREZO MIR los cambios jurisprudenciales no están sujetos al principio de irretroactividad en la medida en que “la jurisprudencia no es fuente del Derecho, en el sentido de que no puede crear normas de carácter general, de segura aplicación en el futuro”⁷⁴.

4. El impacto de la doctrina Parot sobre el tratamiento de los cambios jurisprudenciales

La discusión sobre la incidencia o no del principio de irretroactividad sobre las modificaciones de la doctrina jurisprudencial desfavorables ha cobrado impulso a raíz de algunas resoluciones

⁶⁹ Sobre todo ello, cfr. por todos, NEUMANN, *ZStW*, (103-2), pp. 336 ss.

⁷⁰ ESER/HECKER en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, p. 58. En la doctrina portuguesa, mantienen esta posición DIAS, *PG*, t. I, pp. 197 ss; PALMA, em PALMA/Beleza (orgs.), *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, 1998, p. 415; NEVES, en AA. VV., *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia*, v. 1, 1984, p. 325 ss.

⁷¹ Así, lo destaca ROXIN, *AT*, t. I., 3ª ed., 1991, p. 121. Cfr. también CADOPPI, en PICOTTI (ed.), *An den Wurzeln des modernen Strafrechts: Die juristische Aufklärung Cesare Beccarias und der Strafgewalt*, 2014, p. 62.

⁷² Sobre ello, en Alemania, cfr. SCHLARMANN/GAUGER, *DVBI*, (2), 2014, pp. 65 ss.

⁷³ RUIZ ANTÓN, *Anuario de la Facultad de Derecho*, (7), 1989, pp. 165 ss. En la misma dirección se manifiesta también BACIGALUPO, en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿Decadencia o evolución?*, 2012, p. 74, señalando que esta tesis encuentra su sustento en la idea de la “unidad del texto legal y su interpretación”. RUIZ ROBLEDO, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, 2004, Documento TOL523.979, estima que desde la perspectiva de un derecho subjetivo, allí donde “la función jurisprudencial es claramente normativa” no cabe sostener la retroactividad del cambio de interpretación operado por la jurisprudencia, “pues no es posible defender que se viola el derecho a la legalidad de una persona si se le aplica una ley sancionadora a una conducta anterior y no sucede igual cuando se le sanciona en virtud de una nueva jurisprudencia que no existía a la hora de realizar esa misma conducta”.

⁷⁴ CEREZO MIR, *PG*, t. I, 3ª reimpresión de la 6ª ed., 2007, p. 184. En el mismo sentido, Díez RIPOLLÉS, *PG*, 4ª ed., 2016, p. 75. También, SERRANO GONZÁLEZ-MURILLO, *Anuario de la Facultad de Derecho*, (11), 1993, pp. 249 ss., empleando los argumentos similares a los empleados por la doctrina alemana. Este es el criterio que ha venido sosteniendo el Tribunal Supremo. Cfr. SSTs 11 mayo 1994 (Ar. RJ 1994\3687); 20 marzo de 1998 (Ar. RJ 1998\2020).

judiciales relativas a los casos *Parot*, *Gaztañaga Bidaurreta* y *Del Río Prada*. El detonante ha sido el conocido caso *Parot*, centrado esencialmente en la interpretación del art. 100 del Código Penal de 1973. Este precepto establecía que “Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, un día por cada dos de trabajo”. El problema que se planteaba era cómo entender esa referencia a la pena impuesta en los supuestos de concursos reales de delitos. En este caso no quedaba claro qué se entiende por “pena impuesta”. La jurisprudencia venía interpretando que el tiempo de pena redimido por el trabajo se habría de descontar de la pena máxima de cumplimiento fijada con arreglo a las reglas del art. 70 CP. En efecto, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1994⁷⁵, había indicado que “la pena señalada en el art. 70.1.2ª del Código Penal, el límite de treinta años en este caso, opera ya como una pena nueva, resultante y autónoma y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la Ley, como son la libertad condicional y la redención de penas”⁷⁶.

Posteriormente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 28 de febrero de 2006⁷⁷, a raíz de un recurso de casación interpuesto contra un Auto de la Audiencia Nacional, modifica su posición. Utilizando diversos argumentos⁷⁸, indica que “una interpretación conjunta de las reglas primera

⁷⁵ Ar. RJ 1994/9877 (Ponente José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).

⁷⁶ Se trata de un planteamiento que todavía se seguía en 2005. Así, la STS 1003/2005, de 15 de septiembre, señala que “En el Código se sigue un sistema mixto: acumulación material en los arts. 73, 75 y acumulación jurídica, del art. 76, en cuanto, partiendo de la acumulación material establece un doble tope: triple de las más grave, sin exceder de 20 años, aunque este último límite admite determinadas ampliaciones expresadas bajo las letras a), b), d) y d), las dos últimas introducidas por LO 7/2003. Dicho límite opera ya como una pena nueva, resultante y autónoma y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la Ley como son la libertad condicional, permisos de salida, clasificación en tercer grado”. Reitera este planteamiento STS 1223/2005, de 14 octubre.

⁷⁷ Ar. RJ 2006\467.

⁷⁸ En su fundamento jurídico cuarto dice lo siguiente: “Las razones que nos llevan a esta interpretación son las siguientes: a) una primera aproximación gramatical nos conduce a tener presente que, en modo alguno, el Código penal considera la limitación de treinta años como una nueva pena, y que sobre ella se aplican las redenciones de que pueda beneficiarse el reo, sencillamente porque no dice eso; b) todo lo contrario: pena y condena resultante son dos módulos diferentes; la terminología del Código penal se refiere a la limitación resultante con el término de ‘condena’, de modo que construye los diversos máximos de cumplimiento de tal condena con respecto a las respectivas ‘penas’ impuestas, tratándose de dos módulos distintos de computación, que se traducen, conforme a la regla primera, en el cumplimiento sucesivo de las diversas penas por el orden de su gravedad, hasta llegar a los dos tipos de máximos que diseña el sistema (el triple del tiempo de la más grave de las penas que se le impusieron o, en todo caso, el aludido de treinta años); c) esta interpretación resulta también de la forma con que el Código se expresa, pues tras el referido cumplimiento sucesivo de penas, el penado dejará ‘de extinguir [es decir, de cumplir] las que procedan [esto es, las siguientes en el orden citado] desde que la ya impuestas [cumplidas] cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años’; d) que los referidos treinta años no se convierten en una nueva pena distinta de las anteriores impuestas al reo, se demuestra también porque la condena total resultante se encuentra englobada bajo los parámetros de un concurso real, resultado de la aplicación del art. 69 del Código penal estudiado (al culpable de dos o más delitos se le imponen todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, o sucesivo, por las reglas del art. 70), sin embargo en nuestro sistema jurídico solamente resulta una nueva pena distinta de las diversas infracciones cometidas, como consecuencia de la aplicación de un delito continuado (ex art. 69 bis, hoy 74), o de un concurso ideal (medial o pluriofensivo, ex art. 71, hoy 77), cuya construcción dogmática en la moderna doctrina permite afirmar que resulta una nueva pena distinta y diversa de las correspondientes a las infracciones cometidas; e) teleológicamente, porque carecería de cualquier sentido que por el expresado camino de la acumulación se convirtiera en una nueva pena única de treinta años un amplio historial delictivo, igualando injustificadamente al autor de un solo delito con el condenado a una multitud de ellos, como es el caso enjuiciado. En efecto, carecería de cualquier lógica que por tal regla significase punitivamente lo mismo, cometer un asesinato que doscientos; f) si se solicitase la gracia de indulto, no podría ser sobre la condena total resultante, sino de una, varias o todas las penas impuestas, en cuyo caso informaría, como

y segunda del mencionado art. 70 del Código Penal, texto refundido de 1973, nos lleva a considerar que el límite de treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo ni, por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario. Es, por ello, que el término a veces empleado, llamando a esta operación una 'refundición de condenas', sea enormemente equívoco e inapropiado. Aquí nada se refunde para compendiar todo en uno, sino para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica. Consiguientemente, las varias penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan, y con todos los beneficios a los que tenga derecho. Por tanto, en la extinción de las penas que sucesivamente cumpla aquél, se podrán aplicar los beneficios de la redención de penas por el trabajo conforme al art. 100 del Código Penal (TR 1973).

De tal modo, que la forma de cumplimiento de la condena total será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del art. 70 del Código Penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante.

Por ejemplo, consideremos a un condenado a 3 penas, 1 de 30 años, otra de 15 años y otra de 10 años. La regla 2ª del art. 70 del Código Penal de 1973, que sería el aplicable en el ejemplo, determina que el tope de cumplimiento efectivo es el límite que represente o bien el triplo de la más grave, o el *máximo* de treinta años. En el ejemplo, sería el máximo de 30 años de cumplimiento efectivo. El cumplimiento sucesivo de las penas (de la condena total) comienza con la primera, que es la pena más grave (la de 30 años de prisión). Si hubiera redimido (por los conceptos que sean), 10 años, tendría cumplida la pena a los 20 años de estancia en prisión, declarándosele extinguida; a continuación, pasaría a cumplir la siguiente pena por el orden de su respectiva gravedad (esto es, la de 15 años), si de ésta redime 5 años, la tendría cumplida en 10 años. $20+10=30$. Ya no podría cumplir más penas, dejando de extinguir las que procedan, como literalmente dice el Código Penal aplicado, desde que las ya impuestas cubrieren el *máximo* de tiempo predicho que no podrá exceder de treinta años".

El Tribunal Supremo recordaba en su sentencia que no es "aplicable a la jurisprudencia la prohibición de irretroactividad, que el texto del art. 25. 1 CE reserva a la legislación y el del art. 9.3 a disposiciones legales o reglamentarias"⁷⁹. De este modo, la nueva interpretación consigue el mismo efecto que si se hubiese aplicado retroactivamente el art. 78 del Código Penal de 1995 en la

órgano sentenciador, el que la hubiere impuesto, y no el órgano judicial llamado a aplicar la limitación (el último de ellos), lo que evidencia que las penas son diferentes, y por si fuera poco, la regla primera del art. 70 del Código penal de 1973, determina cómo se verifica en ese caso el cumplimiento sucesivo 'por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas'; g) y, para terminar con el razonamiento, procesalmente es lo que determina con toda claridad el art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues con esta operación lo que se hace es fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas (dicho así en plural por la ley), 'determinando el máximo de cumplimiento de las mismas' (expresado de igual forma así de claro)".

⁷⁹ STS de 28 de febrero de 2006.

redacción fruto de la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (BOE nº 156, de 01.07.2003, en adelante LO 7/2003).

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 39/2012⁸⁰, se ocupó del recurso de amparo presentado por GAZTAÑAGA BIDAURRETA a quien se le había denegado por la Audiencia Nacional su licenciamiento definitivo por la aplicación de la nueva tesis del Tribunal Supremo. Pues bien, frente a la alegación de que la nueva interpretación del Tribunal Supremo “es ajena al tenor literal de las normas aplicables y quebraba con la doctrina mantenida a lo largo de su existencia”, el Tribunal Constitucional señala que los arts. 70.2 y 100 del CP de 1973 no se encuentran dentro del ámbito de aplicación del art. 25.1 CE que es “el de la interpretación y aplicación de los tipos penales, la subsunción de los hechos probados en los mismos y la imposición de la pena previstos en ella, sino el de la ejecución de una pena privativa de libertad, cuestionándose el cómputo de la redención de penas por el trabajo, sin que de la interpretación sometida a nuestro enjuiciamiento se derive ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto”. Para fundamentar su posición recurre a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), recordando la posición de este en el sentido de “que las cuestiones relativas a la ejecución de la pena y no a la propia pena, en la medida en que no impliquen que la pena impuesta sea más grave que la prevista por la ley, no conciernen al derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), aunque sí pueden afectar al derecho a la libertad”. Así pues, el Tribunal Constitucional, citando la jurisprudencia del TEDH, llega a la conclusión de que no se plantea ninguna violación del principio de legalidad porque no estamos ante un problema vinculado con la pena sino con su ejecución.

Es importante llamar la atención sobre el hecho de que, al igual que acontece en materia de prescripción y aunque los efectos son siempre los mismos, todo se hace girar en torno a la naturaleza que se le atribuya a la redención de penas por el trabajo y su abono a efectos de cumplimiento de la condena. Si su regulación supone la creación de una pena o el incremento de una existente, su aplicación estaría sujeta a los límites trazados por el principio de legalidad. En cambio, si se trata simplemente de la ejecución de la sanción penal, aquí no se plantean problemas desde la perspectiva del mismo. A lo anterior habría que añadir que se acude directamente a la jurisprudencia del TEDH para justificar su conclusión de que los temas de ejecución de penas no afectan al principio de legalidad sin ni siquiera plantearse si la Constitución española incorpora una versión más acabada del principio de legalidad, que incorpora junto a las garantías criminal y penal una jurisdiccional y otra de ejecución de las penas y medidas. De concluirse que la garantía de ejecución, tal como destaca la doctrina de forma unánime⁸¹, integra el principio constitucional de legalidad, el recurso a la jurisprudencia del TEDH estaría violando la cláusula de no regresión contenida en el art. 53 de la Convención Europea de Derechos Humanos que dispone: “Ninguna de las disposiciones del presente

⁸⁰ Sección 1ª, de 29 de marzo de 2012 (Ponente Elisa Pérez Vera).

⁸¹ Así, por ejemplo, MIR PUIG, *PG*, 2ª reimpresión corregida de la 15ª ed., 1986, pp. 116 y 122; DÍEZ RIPOLLÉS, *PG*, 4ª ed., 2016, p. 62.

Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

Finalmente, estos planteamientos fueron sometidos a análisis por el TEDH gracias a un recurso interpuesto por *Del Río Prada*. Tradicionalmente el TEDH ha venido diciendo que el art. 7.1 CEDH sólo es de aplicación a hipótesis en las que lo que está en juego es el concepto mismo de la pena como sucede, por ejemplo, en los supuestos en los que se crea una pena o se incrementa una ya existente mientras que no entraría en juego en aquellos otros que únicamente afectan a la ejecución de la misma⁸². Sin embargo, esta doctrina se empieza a modificar con el caso *Kafkaris c. Chipre*, donde tras mencionar la distinción entre el concepto de pena y el de ejecución de esta, señala que, sin embargo, la diferenciación en la práctica no siempre es clara⁸³.

Este replanteamiento se ve mucho más claramente en la STEDH, Gran Sala, caso *Del Río Prada* contra España, de 21 de octubre de 2013. Al abordar el caso, empieza por fijar las premisas. En primer lugar, recuerda, como antes indiqué, que “el concepto de ‘pena’ del artículo 7.1 del CEDH, como los de ‘derechos y obligaciones de carácter civil’ o ‘acusación en materia penal’ del artículo 6.1, es un concepto autónomo del CEDH. Para hacer efectiva la protección del artículo 7, el Tribunal debe tener la libertad de valorar, más allá de las apariencias, si una medida concreta equivale sustancialmente a una ‘pena’ en el sentido de dicha disposición”⁸⁴. Tras señalar que una cosa es la pena y otra su ejecución, sin embargo, recuerda que la distinción no siempre es nítida y que, en ocasiones, bajo la apariencia de la segunda, se adoptan decisiones que afectan a la primera⁸⁵. Y en este sentido, recuerda que “la palabra ‘impuesta’ utilizada en la segunda frase del artículo 7.1 no puede interpretarse que excluya de su ámbito de aplicación a todas las medidas adoptadas después de pronunciarse la sentencia”⁸⁶. Reitera, a este respecto, que resulta de especial trascendencia que el CEDH se interprete y aplique de forma que los derechos en él reconocidos resulten efectivos en la práctica y no teóricos”. De ahí que añada que “el Tribunal no descarta la posibilidad de que las medidas que se adoptan por parte del poder legislativo, las autoridades administrativas o los tribunales después de la imposición de la condena definitiva o durante su cumplimiento puedan redundar en una redefinición o modificación del alcance de la ‘pena’ impuesta por el tribunal sentenciador”⁸⁷.

A mi juicio, esta respuesta del TEDH es la única posible si no queremos dejar en manos de los Gobiernos y Parlamentos la aplicación o no de las garantías. En efecto, la respuesta a un hecho

⁸² Así, por ejemplo, lo sostuvo en el caso *Hogben c. Reino Unido* en la decisión de la Comisión de 3 de marzo de 1986.

⁸³ Sentencia TEDH caso *Kafkaris c. Chipre* de 12 febrero 2008. apartado 142.

⁸⁴ Apartado 81.

⁸⁵ Apartado 85

⁸⁶ Apartado 88. Como señala LANDA GOROSTIZA, *InDret* (4), 2012, a partir del caso *Kafkaris c. Chipre* 2008 el TEDH ha ampliado el objeto de control del art. 7 CEDH particularmente respecto del escrutinio de la imposición de penas más graves que las aplicables al momento de la comisión del delito". Y para ello "se ha producido una ampliación teleológica del concepto de pena según los tradicionales criterios ENGEL-WELCH dando prioridad a consideraciones materiales de afflictividad de la medida levantando el velo y yendo más allá de las apariencias".

⁸⁷ Apartado 89.

delictivo y su intensidad se pueden fijar por diferentes vías y si las garantías sólo son aplicables a unas y no a las otras, entonces el reconocimiento de las mismas se torna discrecional. En efecto, en la medida en que tanto el Derecho procesal como el Derecho de la ejecución de las sanciones nos ofrecen herramientas que permiten excluir o graduar la pena (principio de oportunidad, conformidad, presupuestos procesales, beneficios penitenciarios, etc.), bastaría simplemente con que el legislador estableciera un marco penal amplio y remitir todo lo relativo a su graduación o incluso exclusión a estos ámbitos para burlar las exigencias del principio de legalidad. De este modo, si se trabaja con una concepción puramente formal y no material las consecuencias del principio de legalidad se pueden eludir por la vía de elegir un equivalente funcional no sujeto al mismo. En relación al ámbito de la ejecución, como indica MIR PUIG, "La individualización penitenciaria de las penas privativas de libertad tiene lugar, en realidad, continuamente, siempre que se adopten medidas para con el condenado que afecten de cualquier forma a las condiciones de su privación de libertad. Pero algunas de estas medidas posibles destacan por la especial trascendencia que poseen en orden a influir en el grado de severidad de la ejecución penitenciaria, así como en su contenido resocializador. La clasificación inicial del interno en uno de los grados de la condena y la progresión o regresión posteriores, la concesión o denegación de la libertad condicional, de la redención, de permisos de salida, de alguno de los beneficios penitenciarios que prevé el Reglamento Penitenciario (en adelante RP), o la imposición de sanciones, condicionan, en distinta medida, pero en cualquier caso de forma importante, la intensidad y cualidad de la privación de libertad. Piénsese en la gran diferencia que existe entre el cumplimiento de la pena en régimen cerrado, a consecuencia de una clasificación en el primer grado, y en régimen abierto por haber conseguido una clasificación inicial en el tercer grado, con la consecuencia en este caso de poder trabajar en el exterior y disfrutar de permiso los fines de semana. O en la diferente duración de la privación de libertad que supone la concesión o no de la libertad condicional o de los beneficios penitenciarios previstos en los arts. 202 ss. RP"⁸⁸. Por ello el TEDH no se detiene en el análisis de la infracción del principio de legalidad por el simple hecho de que el Derecho interno ubique en un lugar u otro el aspecto sometido a su consideración, asumiendo un enfoque material y no meramente formal.

Pues bien, teniendo presente la regulación de la redención de penas, el Tribunal llega a la conclusión de que las reglas sobre ella "formaban parte de las disposiciones de Derecho penal material, es decir, de las que tienen una incidencia sobre la fijación de la pena en sí misma y no solo sobre su cumplimiento"⁸⁹. A partir de aquí se plantea si se ha violado el principio de irretroactividad, llegando a la conclusión de que, a la vista de la normativa que por su ambigüedad hay que complementar con la jurisprudencia recaída sobre la misma, cabe sostener que no era previsible para la recurrente atisbar semejante cambio en la forma de interpretar la regulación y que el mismo se le aplicara a ella⁹⁰.

⁸⁸ MIR PUIG, *PG*, 2ª reimpresión corregida de la 15ª ed., p. 784.

⁸⁹ Apartado 102.

⁹⁰ Apartados 111 y ss.

En general, la doctrina se ha mostrado de acuerdo con la conclusión a la que ha llegado el TEDH⁹¹. Son muchos los que consideran que la nueva interpretación viola el principio de legalidad porque no se ajusta al texto de la Ley por no ser compatible con su sentido ni resultar lógica⁹². En mi opinión, el art. 100 CP 1973 permite amparar las dos interpretaciones que sucesivamente ha propuesto el Tribunal Supremo y lo que la doctrina ha planteado son buenas razones por las que la primera de ellas era preferible sobre la segunda. Pero, en cambio, no me parece que sean suficientes para considerar la segunda como carente de sentido o irrazonable⁹³. En efecto, en la doctrina se llega a esta conclusión a partir de la idea de que la regulación de la redención de penas por el trabajo y la libertad condicional ha de ser interpretada de la misma manera. Y ello, según LLOBET ANGLÍ, por tres razones. “La primera, porque ambas figuras estaban insertas en el mismo Capítulo V relativo a la ejecución de las penas, en dos Secciones correlativas (4ª y 5ª). La segunda, porque, al margen de si la libertad condicional es un verdadero beneficio penitenciario o no, lo cierto es que ambas (redención de penas y libertad condicional) no sólo son medidas que permiten la reducción del tiempo efectivo de internamiento, sino que son las únicas medidas previstas en el Código Penal derogado que permitían tal reducción. De este modo, a mi juicio, se trata de dos decisiones del mismo emisor decisivas para la elucidación del sentido del precepto que nos ocupa, esto es, del art. 100 CP 1973. Y, la tercera razón, porque el art. 100 establecía que el tiempo redimido por días de trabajo realizados se le contaría también al penado para la concesión de la libertad condicional, por lo que eran dos instituciones que iban de la mano y debían computarse sobre el mismo monto”⁹⁴. El problema es que este punto de partida es, cuando menos, discutible, pues también cabría concluir que en el Capítulo V se contenían tres instituciones diversas: redención de penas por el trabajo, libertad condicional y remisión condicional de la pena. Como la propia autora apunta, en sentido estricto, la libertad condicional no se suele ubicar entre los beneficios penitenciarios⁹⁵ y, en general, ambas instituciones se incluían en un capítulo V que llevaba por rúbrica “de la ejecución de las penas”, en el que se incluía hasta un supuesto donde no hay ejecución alguna como es el de la remisión condicional de la pena⁹⁶. Y si estamos hablando de instituciones diversas, la interpretación de una de ellas no

⁹¹ Así, por ejemplo, VIDALES RODRÍGUEZ: *Jurisprudencia penal y libertad: crítica de algunas disfunciones recientes*, en *Teoría y Derecho*, Revista de pensamiento jurídico 12/2002; CUERDA ARNAU, *Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable: (A propósito de la STEDH Del Río Prada c. España)*, pp. 52 ss.; LLOBET ANGLÍ, *No sólo imprevisible, también irrazonable: otra vez sobre la “doctrina Parot”*, pp. 1 ss. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *La “doctrina Parot” y el fallo del TEDH en el asunto del Río Prada c. España: el principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años*, pp. 377 ss.

⁹² En este sentido, por ejemplo, LLOBET ANGLÍ, *InDret*, (2), 2015, pp. 6 ss.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (9), 2013, pp. 409 ss.; CUERDA ARNAU, *Revista Penal*, (31), 2013, p. 58.

⁹³ En este sentido también, GARCÍA AMADO, en PÉREZ MANZANO/LASCURAÍN SÁNCHEZ (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, 2016, pp. 327 ss.

⁹⁴ LLOBET ANGLÍ, *InDret*, (2), 2015, pp. 8 ss. En esta misma línea también, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Extraordinario, (1), 2013, pp. 409 ss.

⁹⁵ LLOBET ANGLÍ, *InDret*, (2), 2015, pp. 8 nota 26.

⁹⁶ En este sentido se manifestaba ASÚA BATARRITA en su voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2012, indicando que “El carácter preceptivo del abono del tiempo redimido por trabajo, que se proclama con carácter objetivo y general, con un módulo fijo de medida, indica que estamos ante una institución de rasgos bien diferenciados respecto a otras instituciones que también se agrupan genéricamente como “beneficios penitenciarios” –régimen abierto, libertad condicional, permisos de salida– y a los que se puede acceder durante el cumplimiento de la condena y que conllevan una suavización de la intensidad del control de la privación de libertad”.

tiene por qué condicionar la de la otra. Por tanto, en este plano lo que se discute es cuál de las dos posibles interpretaciones resulta más convincente.

Cuestión diversa y nada desdeñable es si un precepto que permite dos interpretaciones tan diversas es compatible con el mandato de certeza, inherente al principio de legalidad⁹⁷. Aun cuando en este caso este argumento pudiera resultar convincente porque la regulación no contemplaba regla alguna para los supuestos de concurso real de delitos, lo cierto es que, aun cuando sean declaradas inconstitucionales aquellas normas que abiertamente dejen en manos de los jueces respuestas tan diversas, la posibilidad de interpretaciones diferentes es algo inherente al Derecho. Y ello debido al carácter ambiguo del lenguaje, a la existencia de lagunas, a los cambios sociales y a la abstracción o generalización propia de los textos legales⁹⁸.

Por ello no sería satisfactorio quedarse en este nivel del análisis y es conveniente abordar otro de los argumentos empleados, el de la imprevisibilidad de la nueva interpretación a la vista de que durante la vigencia de la norma siempre se había mantenido una distinta que justamente se cambia cuando la regulación ya había sido derogada. Se trata de una idea sobre la que se asienta la sentencia del TEDH en el caso *Del Río Prada c. España*, indicando que a la vista de la normativa que, dada su ambigüedad, hay que completar con la jurisprudencia recaída sobre la redención de penas por el trabajo, el cambio jurisprudencial no era previsible para la recurrente. Ciertamente esta tesis, hasta donde alcanzo a ver, no plantea problemas en la doctrina del TEDH. Y ello porque la base legal exigida por el principio de legalidad se satisface tanto con una ley en sentido formal como con la creación de delitos por parte de la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del Derecho. Con ello lógicamente se da cabida al sistema del *common law*⁹⁹. En efecto, como señala BURGORGUE-LARSEN, haciendo referencia al concepto de ley que ha elaborado el TEDH, “al hablar de ‘ley’, no se trata de la ley *stricto sensu*, ni del derecho escrito (*jus scriptum*), sino del derecho *in se*, del *jus*. La primera consecuencia directa que se deriva de lo anterior es la integración de la jurisprudencia en la concepción europea de la ley. Lo que quiere decir que la ‘legalidad penal’ puede ser la ‘jurisprudencia penal’. La doctrina penalista de tradición continental criticó de manera rigurosa este hecho. Sin embargo, se explica y puede justificarse. De hecho, no era posible imaginar que el Tribunal elegiría una concepción distributiva del principio de legalidad penal, es decir, que sólo tendría en cuenta las normas escritas en los países de derecho continental. Por el contrario, integró tanto el derecho escrito cómo el derecho no escrito de los países de *common law*. De no haberlo hecho así, el TEDH se habría alejado de manera peligrosa de la idea de ‘concepción común’ de los derechos humanos y de ‘patrimonio común’ que fundamenta el propio Convenio Europeo”¹⁰⁰. De este modo dado que

⁹⁷ Así se puso de relieve en los votos particulares de los Magistrados PÉREZ TREMPES Y ASÚA BATARRITA a la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2012.

⁹⁸ Sobre todo ello, cfr. PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*. Especialmente pp. 130 ss. y 173 ss.

⁹⁹ BURGORGUE-LARSEN, *El Tribunal Europeo*, pp. 13 y HUERTA TOCILDO, en GARCÍA ROCA/MACHETTI (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., 2009, p. 541, considera que “la peculiar versión del principio de legalidad contenida en el artículo 7 del Convenio constituye un *standard* mínimo de exigencias destinado dar cobertura a los ordenamientos jurídicos encuadrados dentro de un sistema de *common law*”.

¹⁰⁰ BURGORGUE-LARSEN, «La Corte Europea de los Derechos Humanos y el Derecho penal», *AEDI*, (21), 2005, pp. 337 ss.; HUERTA TOCILDO, *El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal*, p. 541, considera que “la

se reconoce que la jurisprudencia crea Derecho, su sujeción al principio de legalidad no suscita dificultad alguna. Sin embargo, la tesis del TEDH, a mi juicio acertada, requiere un replanteamiento en el plano de los países de Derecho continental, donde, además, la relevancia de un cambio jurisprudencial exige pronunciarse sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia¹⁰¹ que es justamente quizás el argumento esencial que se emplea para negar su carácter de fuente del Derecho¹⁰².

5. El valor de la jurisprudencia

5.1. La tesis tradicional y sus matizaciones

Quizás sea bueno tomar como punto de partida el hecho de que estamos en presencia de un tema lleno de contrastes y hasta cierto punto de contradicciones que no resultan fáciles de superar, pero que, al mismo tiempo, debido a su trascendencia, requeriría alcanzar un acuerdo. En opinión de AGUILÓ REGLA, “resulta obvio que en nuestros órdenes jurídicos hay normas generales de origen judicial” y añade que “ello contrasta, sin embargo, con el carácter fuertemente controvertido de afirmaciones tales como ‘los jueces crean Derecho’ o ‘la jurisprudencia o el precedente es fuente del Derecho’”¹⁰³. Por su parte, recientemente señalaba LAPORTA SAN MIGUEL que hay “una suerte de doble personalidad en el jurista español en lo tocante al valor normativo que pueda tener la jurisprudencia y la función del precedente como norma vinculante. Lo llamo metafóricamente doble personalidad porque se presenta en una aparente manifestación simultánea y doble cuyos términos no acaban de encajar: por un lado, afirmamos cotidianamente como principio que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es

peculiar versión del principio de legalidad contenida en el artículo 7 del Convenio constituye un *standard* mínimo de exigencias destinado dar cobertura a los ordenamientos jurídicos encuadrados dentro de un sistema de *common law*”.

¹⁰¹ BYDLINSKI, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre. Arbeitspapiere des Forschungsinstituts für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht*, 2003, p. 113, decía que “los apuros de buena parte de la Metodología jurídica frente al Derecho judicial se pueden vislumbrar en el hecho de que se intenta en una amplia discusión en la Europa continental abordar la modificación de la jurisprudencia como un problema aislado sin tomar posición sobre la cuestión básica del carácter vinculante del Derecho judicial. Pero esto no es posible dado que las posibles posiciones sobre su carácter vinculante permiten una toma de posición concluyente sobre el cambio de jurisprudencia. Si la jurisprudencia previa es jurídicamente irrelevante, entonces lo mismo vale para su modificación, por muy desagradable que esto pueda resultar. En cambio, si es una fuente del Derecho autónoma, entonces la consecuencia tendría que ser su inmodificabilidad o en todo caso - si se acepta sólo esta consecuencia de forma limitada- la limitación de la posibilidad de su modificación a unas pocas y bien descritas situaciones excepcionales”. En cambio, parece de otra opinión ALEXI cuando, al suscitar el papel de la jurisprudencia en la teoría de la argumentación jurídica, señala que en el Derecho continental todo el mundo reconoce la relevancia práctica o fáctica de los mismos y que lo que se discute desde la perspectiva teórica es si es una fuente del Derecho. Para él esta cuestión no es necesario abordarla para plantearse el papel de la jurisprudencia en la teoría de la argumentación jurídica. Sin embargo, al formular las reglas (si hay jurisprudencia a favor o en contra de una decisión, hay que citarla y el que se pretenda separar de la misma tiene la carga de la argumentación), indica que estas son las reglas del discurso jurídico y que otra cuestión es si estas se pueden contemplar como un principio del derecho positivo, lo cual afecta a la cuestión de si tienen carácter de fuente del Derecho. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, pp. 334 ss.

¹⁰² Sobre esta última idea, cfr., por ejemplo, LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 305.

¹⁰³ AGUILÓ REGLA, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, (3), 2009, pp. 1 y 14.

fuente del derecho (y por tanto no genera precedentes vinculantes); y por otro lado, la aplicamos mecánicamente a todos aquellos casos a los que pueda concernir¹⁰⁴.

En mi opinión, más que de una doble personalidad cabría hablar de un discurso hasta cierto punto contradictorio. Y ello, porque de una parte, en materia de fuentes del Derecho, es habitual indicar que la jurisprudencia no constituye una fuente del Derecho. Así lo vendría a ratificar, según algunos, el art. 1.1 del Código Civil cuando dispone que “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”¹⁰⁵. Para añadir más adelante, en el apartado 6 de este mismo artículo, que “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. Se trata de una posición compartida por muchos en el ámbito del Derecho comparado continental y que, como es obvio, tiene relevancia no sólo para el Derecho penal. Así en el ámbito penal, por ejemplo, ya decía VON LISZT que “no puede atribuirse a la práctica judicial (...) una fuerza productora de Derecho, ya se trate de poner en vigor nuevos preceptos jurídicos o de abolir disposiciones vigentes”¹⁰⁶. Se trata de una concepción que también se mantiene en otros ámbitos.

Indudablemente esta tesis sería inobjetable si la función de los jueces transcurriera en los términos en los que la planteaba MONTESQUIEU. Como es sabido, para este autor, de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, el de juzgar es en cierta manera nulo¹⁰⁷. Y ello porque “los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza, ni su rigor”¹⁰⁸. En efecto, si el silogismo en que, como es habitual destacar, consiste la aplicación del Derecho¹⁰⁹, se redujese siempre a la fijación de la premisa menor y la premisa mayor fuera un objeto que nos viene dado por el texto de la ley, entonces difícilmente cabría plantearse que la jurisprudencia pueda ser una fuente del Derecho. Sin embargo, ni siquiera este sector de la doctrina comparte estos planteamientos. Como es sabido y recuerda ROXIN, hay acuerdo en considerar que las tesis de MONTESQUIEU y de otros pensadores de la Ilustración se han demostrado irrealizables¹¹⁰, pues “todos los conceptos que emplea una

¹⁰⁴ LAPORTA SAN MIGUEL, en PÉREZ MANZANO/LASCURAIN SÁNCHEZ (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, 2016, p. 342.

¹⁰⁵ Así, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, *PG*, 4ª ed., 2016, p. 56; CEREZO MIR, *PG*, t. I., 3ª reimpresión de la 6ª ed., 2007, pp. 196 ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDO, *Revista electrónica de Derecho penal y Criminología*, (10), 2008, p. 14; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 9ª ed., 2015, p. 127; ORTOS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *PG*, 5ª ed., 2015, p. 64; RAMOS TAPIA, en ZUGALDÍA ESPINAR, *PG*, 2ª ed., 2016, p. 68; LUZÓN PEÑA, *PG*, 2ª ed., 2012, p. 71; MONTÉS PENADÉS, *Derecho civil. Parte General*, 3ª ed., 1998, pp. 149 ss.; ALBADALEJO, *Curso de Derecho civil español. I*, 4ª ed., 1987, p. 93. También lo corrobora la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, indicando que “A la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico”.

¹⁰⁶ VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, Trad. Luis Jiménez de Asúa, t. II, 4ª ed., 1999 p. 96. Para JESCHECK, *AT*, 4ª ed., 1988, p. 100, “mientras en el *Common Law* las decisiones judiciales (precedentes) son fuentes del Derecho autónomas que están al mismo nivel que el sistema legal, en la Europa continental sólo tienen el carácter de un precedente cuando se convierten en Derecho consuetudinario”.

¹⁰⁷ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Trad. Siro García del Mazo, 1906, p. 233

¹⁰⁸ EL MISMO, *El espíritu de las leyes*, Trad. Siro García del Mazo, 1906, p. 237.

¹⁰⁹ Cfr., por ejemplo, ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 8ª ed., 1983, pp. 47 ss. y 69 ss.; HORN, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 2004, pp. 110 ss.

¹¹⁰ El Tribunal Constitucional, en su Auto 68/1996 de 25 marzo, señala que “el principio de legalidad criminal no es tan riguroso que reduzca al Juez a ser un mero ejecutor automático de la Ley, actuando de forma tan mecánica

Ley son, a excepción de números, datos, medidas, etc., en mayor o menor medida ambiguos”¹¹¹. Asimismo es probable que durante bastante tiempo se haya contemplado, como ya destacaba ESSER, que la principal dificultad radicaba en la correcta valoración del supuesto de hecho¹¹², lo cual ha hecho perder de vista que con frecuencia el primer problema del silogismo se situaría en la fijación de la premisa mayor. Pero en la actualidad este aspecto también está ampliamente reconocido. En este sentido señala LARENZ que en lo referente a la premisa mayor no cabe aceptar que pueda ser tomada simplemente del texto legal, sino que la cada ley requiere interpretación y en modo alguno cualquier norma jurídica está en la Ley”¹¹³.

Pero casi con la misma frecuencia con la que se niega que la jurisprudencia pueda ser fuente del Derecho, se efectúan matizaciones. Así, por ejemplo, ALBADALEJO, algunos años después de la reforma del Título Preliminar del Código Civil, tras negar que la jurisprudencia tuviera el carácter de fuente del Derecho añadía que “lo dicho es seguro y perfectamente distinto de que en la práctica (...) tenga toda la importancia que se quiera (...) Importancia que, de hecho, es decisiva, en cuanto que, siendo el Tribunal Supremo el último escalón en nuestra organización judicial, si en un caso da determinado sentido a una norma jurídica, tal sentido prevalece en él, aun en el supuesto de que sea equivocado. Por ello, hasta se puede decir, si se quiere, que, de hecho, la jurisprudencia es más importante que la norma jurídica en sí, pues prevalece -que es lo que prácticamente importa- no el sentido que la norma tiene, sino el que la jurisprudencia le atribuye”¹¹⁴. Más recientemente, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO señala que “que en esa labor de interpretación y aplicación de las fuentes del derecho no cabe negar la existencia en ocasiones, frecuentemente, de una labor creativa, desde el momento en que la interpretación y aplicación de las normas susciten dudas que deben ser solventadas a la hora de juzgar (...)A ello debe sumarse la dificultad de permitir que la infracción de la jurisprudencia, al igual que la de las normas del ordenamiento jurídico, pueda abrir la vía de la casación, y, sin embargo, seguir rechazando que la misma tenga un valor normativo”¹¹⁵. En el ámbito del Derecho penal, CEREZO MIR señalaba que “las resoluciones judiciales constituyen no sólo interpretación de la ley (...), sino creación del

que anule su libertad, cuando, en uso de ésta, ni se crean figuras delictivas, ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento, graduadas de acuerdo con reglas que también detrae de la Ley”.

¹¹¹ ROXIN, *AT*, t. I., 3ª ed., 1991, p. 105.

¹¹² ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, p. 78. Así lo decía críticamente en relación al que quizás hasta esa época era uno de los trabajos más destacados sobre el tema, ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 1943. Cfr. también la respuesta de ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 8ª ed., 1983, p. 215.

¹¹³ En esta línea decía LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1983, p. 152, que el problema del silogismo para la aplicación de la consecuencia jurídica radica en la correcta fijación de las premisas, especialmente de la menor.

¹¹⁴ ALBADALEJO, *Curso de Derecho civil español. I*, 4ª ed., 1987, pp. 93 ss. Para LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1983, p. 305, “los precedentes y el Derecho judicial que de ellos surge pueden alcanzar la misma vigencia fáctica o efectividad que una Ley cuando los tribunales los siguen y el tráfico jurídico se orienta por ellos. Pero por regla general no les corresponde validez normativa en el sentido de obligatoriedad, es decir, una exigencia que los tribunales, las autoridades y los particulares deben cumplir”.

¹¹⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Revista de Derecho Privado*, (5), 2014, p. 86. También PARRA LUCÁN, *Revista Electrónica de Direito*, (1), 2007, p. 1, constata que “la simple lectura de las sentencias del Tribunal Supremo que resuelven recursos de casación induce a pensar que los magistrados que las dictan consideran que están formulando verdaderos elementos de nuestro Derecho positivo”, añadiendo que incluso “en algunas sentencias, a la interpretación que de una norma jurídica mantiene el propio tribunal se la califica como “norma jurisprudencial”.

Derecho. El Tribunal Supremo ha introducido, incluso, algunas figuras creadas por la doctrina, como la del dolo eventual. Pero la jurisprudencia no puede crear normas de carácter general, de segura aplicación en el futuro. Se trata siempre de criterios o normas de aplicación sólo probable, pues el Tribunal Supremo puede cambiar y cambia en ocasiones de orientación en la interpretación de la ley¹¹⁶. En definitiva, a veces se reconoce abiertamente que la jurisprudencia crea Derecho o que al menos fácticamente hace lo mismo que la Ley. No obstante, si se le niega el carácter de fuente es porque no tiene carácter vinculante u obligatorio o bien porque se trata de criterios cambiantes.

5.2. La jurisprudencia como fuente del Derecho: su fuerza vinculante

En mi opinión, utilizando la terminología propuesta por MÜLLER, es aconsejable distinguir entre el texto legal y las normas y sus consecuencias¹¹⁷. Y ello porque el “ordenamiento jurídico nunca puede ser tan preciso y completo que cualquier caso puede ser resuelto con certeza mediante la aplicación de la Ley”¹¹⁸. Esto es debido a dos tipos de razones. En primer lugar, las leyes están redactadas de forma abstracta¹¹⁹, es decir contienen conceptos más o menos indeterminados¹²⁰. Y en segundo lugar, porque hay aspectos para los que el legislador no ha estipulado ninguna norma¹²¹. A lo anterior cabría añadir la variedad de matices que plantea la realidad social y su

¹¹⁶ CEREZO MIR, PG, t. I, 3ª reimpresión de la 6ª ed., 2007. ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, PG, 5ª ed., 2015, p. 65, señalan que “las interpretaciones que jueces y tribunales hacen de las leyes se superponen a éstas y aun cuando no creando Derecho lo modelan”.

¹¹⁷ MÜLLER *Juristische Methodik*, 6ª ed., 1995, pp. 153 ss. Otros prefieren distinguir entre disposición y norma. Así, recientemente DONINI, “El Derecho jurisprudencial penal”, *Indret*, (2), 2018, Trad. Ana María Prieto del Pino, pp. 6 ss., señala que esta distinción “considera que el legislador crea las *disposiciones*, es decir, los enunciados normativos. Su contenido real, sin embargo, es fruto de la interpretación y de la aplicación a los casos. La *norma*, por lo tanto, es sólo el *resultado de la interpretación de la disposición abstracta* (o de la disposición en cuanto fruto de su aplicación a los casos)”.

¹¹⁸ TREDER, *Methoden und Technik der Rechtsanwendung*, 1998, p. 162.

¹¹⁹ En este sentido destacaba PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, pp. 177 y 179 siguiendo a Holmes, que “generalizar es omitir” para añadir después que “al haber tenido que generalizar, ha sido forzoso abreviar, esquematizar la realidad reflejada en el supuesto de hecho contenido en las normas. Por tanto, si generalizar es omitir y legislar es generalizar, juzgar es volver a añadir parte, cuando menos, de lo omitido”.

¹²⁰ Así se viene pronunciando también el TEDH. En efecto, este ha declarado que debido al carácter abstracto de la ley, ésta nunca se puede formular de forma precisa. En su elaboración se prefiere el empleo de cláusulas generales en lugar de enumeraciones exhaustivas. Esto implica que las leyes se sirven en mayor o menor medida de fórmulas vagas cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica. De ahí que en cualquier ordenamiento jurídico por muy claros que estén formulados los preceptos, inclusive los penales, será imprescindible recurrir a la interpretación judicial. Siempre es necesario aclarar los puntos dudosos y adaptarse a los cambios de circunstancias. Aun cuando sea muy deseable la certeza, ella nos puede conducir a una excesiva rigidez y el Derecho debe ser capaz de adaptarse a las nuevas realidades sociales. En estos términos se ha pronunciado en la Sentencia de la Gran Sala de 17 de septiembre de 2009 (nº 2), caso *Scoppola c. Italia*. Más recientemente lo ha reiterado en la Sentencia de la Sección Quinta de 6 de octubre de 2011, caso *Soros c. Francia* y en la Sentencia de la Gran Sala de 18 de julio de 2013, caso *Maktouf y Damjanović c. Bosnia y Herzegovina*. En esta línea también la Sentencia de la Gran Sala de 17 de mayo de 2010, caso *Kononov c. Letonia* y Sentencia de la Sección 2ª de 25 de mayo de 1993, caso *Kokkinakis c. Grecia*.

¹²¹ Sentencia de la Gran Sala de 17 de septiembre de 2009 (nº 2), caso *Scoppola c. Italia*. Sentencia de la Sección Quinta de 6 de octubre de 2011, caso *Soros c. Francia* y en la Sentencia de la Gran Sala de 18 de julio de 2013, caso *Maktouf y Damjanović c. Bosnia y Herzegovina*. Sentencia de la Gran Sala de 17 de mayo de 2010, caso *Kononov c. Letonia* y Sentencia de la Sección 2ª de 25 de mayo de 1993, caso *Kokkinakis c. Grecia*.

constante evolución¹²². También hay que tener presente el hecho que en ocasiones para un mismo supuesto pueden confluír varias normas, generando un conflicto entre ellas. Y en general, el hecho de que el Derecho se sirva del lenguaje coloquial caracterizado por su vaguedad y ambigüedad¹²³. Todo ello provoca que casi siempre a un mismo texto legal se le puedan atribuir diferentes contenidos ¹²⁴. De ahí que no parezca realista contemplar la labor de la jurisprudencia como una simple fuente de conocimiento del Derecho, pues la elección entre una u otra posibilidad exegética viene a suponer la concreción de la norma que se va a aplicar finalmente o lo que es lo mismo, crea Derecho¹²⁵ dentro del marco o del programa normativo delimitado por el legislador con el texto legal aprobado¹²⁶.

Ciertamente, como hemos visto, la primera objeción que se le formula a esta tesis es la de que la jurisprudencia carece del carácter vinculante o de la obligatoriedad propia de las leyes y, por eso, no puede ser fuente del Derecho. Frente a ello cabría destacar, en primer término, que son bastantes los supuestos donde la fuerza vinculante no plantea dificultades. Así acaece con la jurisprudencia tanto del TEDH como con la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). En relación al primero, el CEDH en su art. 46, que lleva por rúbrica “fuerza obligatoria y ejecución de sentencia”, dispone que “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”. A continuación añade que “la sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”. Lo mismo sucede en relación con las sentencias del

¹²² Así lo destacaba ya PORTALIS, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Trad. de Adela Mora, 2014, pp. 13 ss., cuando decía que “las necesidades de la sociedad son tan variadas, la comunicación entre los hombres tan activa, sus intereses tan abundantes y sus relaciones tan amplias que es imposible que el legislador atienda a todo... 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”.

¹²³ Así lo resalta ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, p. 17, al indicar que es claro que la aplicación del Derecho no se puede reconducir a un mero silogismo debido a la vaguedad del lenguaje, la existencia de conflictos de normas, las lagunas jurídicas o incluso los supuestos donde incluso hay que resolver en contra de lo dispuesto en el tenor literal de un precepto.

¹²⁴ Así lo reconoce el propio Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su Sentencia 88/2003, de 19 mayo, cuando indica que “la limitada función de control del derecho a la legalidad penal que nos corresponde «toma como punto de partida tanto el dato de que toda norma penal admite variadas interpretaciones como consecuencia natural de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo (...), como el hecho de que la decisión relativa a cuál sea en abstracto o en concreto la interpretación más adecuada del precepto como paso previo a su aplicación, constituye competencia exclusiva de los órganos judiciales”.

¹²⁵ En esta línea señala SILVA SÁNCHEZ, en GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO, *Estudios de filosofía del derecho penal*, 2006, p. 390, que “una vez que se ha reconocido la existencia de un (creciente) marco de indeterminación en los enunciados jurídico-penales, las exigencias de racionalidad de la función cooperadora del juez se hacen especialmente patentes. En efecto, en la medida en que se relaja la vinculación a la ley y se advierte la posibilidad real de una creación judicial del Derecho, resulta necesario neutralizar cualquier posibilidad de una creación «libre»”.

¹²⁶ Por ello se habla de que hay que pasar de una Ciencia de la interpretación referida a la aplicación a una Ciencia de la decisión orientada a la creación del Derecho. Cfr. MÜLLER, *Juristische Methodik*, 1995, pp. 191 ss. Se muestra crítico con este planteamiento, SILVA SÁNCHEZ, en GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO, *Estudios de filosofía del derecho penal*, 2006, p. 381, nota 47.

segundo, lo cual es lógico a la vista de la primacía del Derecho de la Unión¹²⁷. Así lo reconoce expresamente el art. 4bis.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 02.07.1985) (en adelante LOPJ), indicando que “los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea”.

En un segundo nivel hay que citar la jurisprudencia constitucional, cuya función originaria era expulsar del ordenamiento jurídico aquellas disposiciones jurídicas que fueran contrarias a la Constitución. No se discute que cuando el TC declara la inconstitucionalidad de una Ley, su jurisprudencia tiene el carácter de fuente del Derecho, asumiendo así una función de legislador negativo. A esta tarea se fueron añadiendo posteriormente otras. Entre estas hay que destacar su función de legislador positivo tal como acontece en las sentencias interpretativas y aditivas en las que el órgano constitucional señala cuál o cuáles de los sentidos de una norma no son aceptables o incluso añadiendo en ocasiones las premisas para que un precepto sea constitucional. A ello hay que sumar, de forma general, tal como lo indica el art. 5.1 LOPJ, el carácter vinculante de la jurisprudencia del TC al establecer que “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de procesos”¹²⁸.

También en algunas leyes se ha reconocido el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en algunos supuestos. Así, acaecía en el ámbito del Derecho Público hasta hace poco con lo estipulado en el antiguo art. 100.7 LJCA¹²⁹: “La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el ‘Boletín Oficial del Estado’, y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional”. En relación a esta disposición, el Tribunal Constitucional en Sentencia 37/2012, de 19 de marzo, indicó que “De este modo, a la tradicional finalidad nomofiláctica de protección del Derecho objetivo del recurso de casación propiamente dicho, el recurso de casación en interés de la ley añade una función integradora o uniformadora del Derecho, pues mediante el establecimiento por el Tribunal Supremo (dada su supremacía ex art. 123.1 CE) de una doctrina legal vinculante para todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado jurisdiccional, se garantiza la aplicación uniforme de la ley en todo el territorio nacional, evitando la perpetuación de criterios interpretativos establecidos en Sentencias de esos Jueces y Tribunales

¹²⁷ Así lo reconoce el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en sentencias 75/2017 de 19 junio; 232/2015, de 5 de noviembre; 145/2012, de 2 de julio. En esta última se señala lo siguiente: “el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto (...) y su efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto *Costa contra Enel* (6/64, Rec. pp. 1253 y ss., especialmente pp. 1269 y 1270), habiéndose aceptado la primacía del Derecho de la Unión Europea, en el ámbito competencial que le es propio, por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93 (...)”.

¹²⁸ Cfr., por ejemplo, FERNÁNDEZ SEGADO, *Pensamiento Constitucional*, (15), 2011, p. 134.

¹²⁹ Artículo derogado por la Disposición Final 3.2 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

inferiores que se estiman erróneos y gravemente dañosos para el interés general, como ya advertíamos en la citada STC 111/1992, FJ 4¹³⁰.

Asimismo hay que recordar que en el art. 72.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE núm. 167, de 14.07.1998) (en adelante LJCA) se dispone que “Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada”.

En el ámbito del Derecho Privado la Ley de Enjuiciamiento Civil ha previsto un recurso en interés de ley, indicando que “la sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el ‘Boletín Oficial del Estado’ y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo”.

En el plano laboral en materia de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal, el art. 219.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE nº 245, de 11.10.2011) dispone en su último párrafo que “en defecto de solicitud de parte o en el caso de que las partes no hayan recurrido, la sentencia respetará la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y en cuanto afecte a las pretensiones deducidas por el Ministerio Fiscal, de ser estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, el fallo se publicará en el Boletín Oficial del Estado y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social diferentes al Tribunal Supremo”.

En todos estos supuestos estamos en presencia de casos en los que una única sentencia del Tribunal Supremo tiene carácter vinculante y se procede, al igual que sucede con las leyes, a su publicación en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) salvo en el caso de la anulación en sede contencioso-administrativa de disposiciones generales donde la publicación se hará en el mismo boletín donde se publicó la normativa anulada.

En otro plano habría que colocar los acuerdos del Pleno (no jurisdiccional) del Tribunal Supremo. En el caso de la Sala Segunda, en virtud del Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006 se dijo: “Los acuerdos de Sala General (Pleno no jurisdiccional) son vinculantes”. Una simple lectura de los mismos permite vislumbrar que lo que en ellos se acuerda no es aplicación de la ley, en este caso, del Código penal o de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino sencillamente creación de

¹³⁰ En esta misma sentencia se reitera esta idea, señalando que “la doctrina legal de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sentada en sentencias estimatorias del recurso de casación en interés de ley no sólo tiene el valor complementario del ordenamiento jurídico que a la jurisprudencia del Tribunal Supremo le atribuye el art. 1.6 del Código civil (SSTC 120/1994, de 25 de abril, FJ 1; 133/1995, de 25 de septiembre, FJ 5; 129/2003, de 30 de junio, FJ 6; y 265/2005, de 24 de octubre, FJ 2, por todas), sino, además, verdadera fuerza vinculante para los Jueces y Tribunales inferiores en grado de dicho orden jurisdiccional, en virtud de lo establecido en el art. 100.7 LJCA”. Cfr. lo indicado en la nota anterior.

Derecho, de normas. Esto es obvio en acuerdos como los que vamos a ver a continuación. En su reunión de 21 de octubre de 2014 el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo acordó lo siguiente: “en tanto no exista en el ordenamiento jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de un derecho fundamental del condenado por los Tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954 de la LECrim. cumple este cometido”. En la reunión de 1 de mayo de 2005 se determinó que “[a] los efectos del art. 268 CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial”. En la reunión de 5 de abril de 2012 se decidió que “el art. 16 del Código Penal no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente y ex ante son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico”.

En el sistema de justicia penal de menores, hay que destacar que la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE nº 11 de 13.01.2000) en su artículo 42 contempla un recurso de casación para la unificación de doctrina cuyo objeto es “la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en apelación que fueran contradictorias entre sí, o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos”. Respecto de este precepto, el Acuerdo del Pleno (no jurisdiccional) de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 13/3/2013 indicó que “sin perjuicio del valor de la doctrina plasmada para supuestos futuros, la estimación de un recurso de casación para unificación de doctrina en materia de menores (art. 42 de la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores) solo incidirá en la situación concreta decidida por la sentencia recurrida si es favorable al menor”, es decir, se reconoce expresamente que, en caso de admitirse, la nueva doctrina no se aplicará retroactivamente salvo que resulte favorable al reo.

En realidad, el problema es bastante más amplio, pues en general la jurisprudencia en sentido estricto, es decir, las sentencias reiteradas del Tribunal Supremo, vinculan a los jueces y tribunales inferiores. Piénsese, por ejemplo, en la discusión que se planteó en las audiencias provinciales en cuanto a si el promotor y constructor que, junto al técnico director, constituyen los sujetos activos del delito del art. 319 del Código Penal, sólo abarcaban a las personas que profesionalmente se dedicaran a estas actividades o a todas las que, profesionales o no, asumieran estas funciones. Pues bien, tras pronunciarse sobre este tema el Tribunal Supremo, asumiendo la tesis de que los términos promotor y constructor aluden a funciones y, por tanto, autor del delito puede ser cualquiera que las asuma¹³¹, las audiencias provinciales se plegaron a este criterio, invocando justamente la jurisprudencia del Alto Tribunal¹³². Y ello porque se entiende que los criterios del Tribunal Supremo son vinculantes. Y para ello es indiferente si se

¹³¹ Así SSTS 690/2003, de 14 de mayo (RJ 2003/4410) y 1250/2001, de 26 de junio (RJ 2002/4521).

¹³² Así, en la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Málaga 35/2011, de 26 enero, ARP 2013\567 se dice literalmente: “La jurisprudencia ya reiterada del Tribunal Supremo (SS.ª de la Sala 2ª 690/2003, de 14 de mayo (RJ 2003, 4410) , y 1250/2001, de 26 de junio (RJ 2002, 4521)), ha puesto de manifiesto que ni el tipo penal ni la norma administrativa exijan condición profesional alguna, y que dicho sujeto activo de dicho delito puede ser cualquier particular, aun cuando profesionalmente no se dedique a la actividad promotora o constructora”. Cfr. también las Sentencias de la AP de Pontevedra (Sección 2ª) 28/2006, de 28 marzo, (ARP 2006\275), AP Granada (Sección 1ª) 165/2005 de 6 abril, (ARP 2005\525).

declara expresamente que sus decisiones son vinculantes o se permite a través de la casación anular las sentencias de jueces y tribunales inferiores que se aparten de su criterio. Si no fuera así, difícilmente se podrían alcanzar los fines perseguidos con el recurso de casación. Señala GIMENO SENDRA que “al Tribunal Supremo le corresponde la función nomofiláctica o de obtención de la aplicación de la Ley”. Esta función “le faculta, no sólo a anular aquellas resoluciones judiciales que infrinjan la Ley ordinaria, sino también a interpretarla de una manera uniforme mediante la emisión de su ‘doctrina legal’. Esta segunda función, que tradicionalmente, y a través de la casación, han asumido la totalidad de los Tribunales Supremos europeos, encuentra su fundamento constitucional en la puesta en relación del art. 24 con los arts. 14 y 9 de nuestra Ley Fundamental, es decir, en la integración de los derechos ‘a la tutela judicial efectiva’ y ‘a un proceso con todas las garantías’ con los principios constitucionales de ‘igualdad’ y ‘seguridad jurídica’”. En efecto, añade este autor que dado que la tutela judicial efectiva exige, según los criterios del Tribunal Constitucional, la obtención de una resolución judicial “motivada, razonada y fundada en Derecho”, si ante unos mismos hechos cada tribunal pudiera emitir un fallo distinto, se estaría violando este derecho fundamental, pues estaríamos ante una arbitrariedad. Por ello concluye que la garantía de la igualdad es una función esencial que desempeña el recurso de casación¹³³. La uniformidad de la interpretación del Derecho, la garantía de la igualdad y la seguridad, son ideas que se suelen destacar a la hora de configurar los fines de la casación¹³⁴. La doctrina alemana suele añadir respecto del recurso de revisión que cumple, además, una función de desarrollo o perfeccionamiento del Derecho (*Rechtsfortbildung*) en coherencia con lo dispuesto en el art 132.IV GVG¹³⁵. En definitiva, de una manera o de otra, la jurisprudencia tiene carácter vinculante y ello no es más que el síntoma de una realidad, a saber, la de que crea o desarrolla el Derecho y, en consecuencia, estamos ante una fuente del Derecho. Es verdad que su posición es subordinada, pues sólo puede actuar dentro de los límites que le marcan la Constitución y la Ley. En este sentido, me parece que el tenor del art. 1.6 del Código civil refleja perfectamente su papel cuando dice que “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. En efecto, complementar, según la Real Academia de la Lengua Española, es dar o servir de complemento a algo. Y añade que complemento es “cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta”. Desde esta perspectiva, el ordenamiento jurídico sólo alcanzará su integridad o perfección con la jurisprudencia, es decir, es una parte del mismo que sólo añadida a

¹³³ GIMENO SENDRA, *El recurso español de casación civil: perspectiva de reforma*, 2008.

¹³⁴ Cfr. PRAT WESTERLINDH, *Manual práctico del recurso de casación penal*, 2015; MORENO CATENA, *El proceso penal*. Documento TOL100.439; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal. Tomo II*, p. 656. En la doctrina alemana predomina la idea de que el recurso de revisión sirve para garantizar la unidad del ordenamiento jurídico y la adopción de una resolución justa. Se discute si ambas ideas tienen idéntico valor y si una de ellas prima sobre la otra. Cfr., por ejemplo, HANACK, *Observaciones previas al § 333 StPO*, nm. 7 s.; FRISCH, *Observaciones preliminares al § 333*, nm. 14 ss.; MEYER-GÖRNER, *Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen*, 47^a ed., 2004, nm. 4 a las observaciones preliminares al § 333; KRAMER, *Grundbegriffe des Strafoerfahrensrechts*, 6^a ed., 2004, pp. 300 ss.; VOLK, *Grundkurs StPO*, 4^a ed., 2005, pp. 330 ss.

¹³⁵ FRISCH, *Observaciones preliminares al § 333*, nm. 14 ss.; MEYER-GÖRNER, *Strafprozessordnung*, nm. 4 a las observaciones preliminares al § 333; VOLK, *Grundkurs StPO*, 4^a ed., 2005, p. 331. NACK, *Gewährleistung der Rechtskultur durch das Revisionsrecht*, p. 362, señala que en la doctrina hay un acuerdo bastante extendido en que son estos tres los fines principales que se suelen atribuir a la revisión.

la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho le permitirán obtener la integridad o perfección¹³⁶. Pero dentro de este papel subordinado su posición cambia de unos sectores a otros del Ordenamiento jurídico, puesto que el sistema de fuentes tiene sus peculiaridades en cada uno de ellos. Así, en el caso del Derecho penal, dado que en él rige el principio de legalidad que se traduce en una reserva absoluta de ley, su virtualidad será menor que en otros sectores no sujetos a este principio como acaece en el campo del Derecho privado.

La consideración de la jurisprudencia como fuente del Derecho y, por tanto, con carácter vinculante permite salvaguardar, como muy bien destaca FERRERES COMELLA, dos principios básicos como el de seguridad jurídica y el de igualdad. En efecto, como dice este autor “Si los distintos tribunales llegan a conclusiones opuestas cuando se enfrentan a un mismo tipo de caso, los ciudadanos no saben a qué atenerse: no pueden calcular las consecuencias de sus acciones u omisiones. También la igualdad ante la ley se ve afectada: por las mismas acciones u omisiones, los ciudadanos serán tratados de manera diversa, en función del concreto juzgado al que vayan a parar sus respectivos pleitos”¹³⁷.

Asimismo, como ha indicado este autor, reforzaría la objetividad que es un aspecto esencial del principio de legalidad. Si, al abordar un caso discutido, el Tribunal Supremo sabe que su resolución va a sentar jurisprudencia, procurará distanciarse del supuesto para ver los problemas que en general este tipo de casos suscitan. En este contexto, dado que no se sabe quiénes pueden ser los protagonistas de los futuros litigios, su respuesta se podrá plantear de forma más objetiva e imparcial¹³⁸.

5.3. ¿Son concluyentes las objeciones a este planteamiento?

Ciertamente, al menos para el Derecho penal cabría objetar que la admisión de la jurisprudencia como fuente de Derecho viola el principio democrático, pues la reserva de ley representa una garantía esencial consistente en que “que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes”¹³⁹. La idea es que sea el legislador el que marque los límites a la libertad de los ciudadanos. En la medida en que la creación del Derecho que se efectúa a través de la jurisprudencia se mantiene en los límites del tenor literal, no hay problema, puesto que son los representantes de los ciudadanos los que delimitan el campo de actuación de los jueces y tribunales, y estos sólo pueden actuar en el marco de esa delegación tácita o expresa que les efectúa el legislador¹⁴⁰.

¹³⁶ En esta línea, por ejemplo, RODRÍGUEZ RAMOS, en SAGGESE/SÁNCHEZ/BASALDÚA, *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, p. 521.

¹³⁷ FERRERES COMELLA, en FERRERES COMELLA/XIOL RÍOS, *Carácter vinculante de la jurisprudencia*, 2ª ed., 2009, p. 45.

¹³⁸ EL MISMO, en FERRERES COMELLA/XIOL RÍOS, *Carácter vinculante de la jurisprudencia*, 2ª ed., 2009, p. 46.

¹³⁹ Así lo han dicho, por ejemplo, las SSTC 6/1981, de 6 de marzo, 83/1984, de 24 de julio, 37/1987, de 6 de marzo, 112/2006, de 5 de abril.

¹⁴⁰ FERRERES COMELLA, en FERRERES COMELLA/XIOL RÍOS, *Carácter vinculante de la jurisprudencia*, 2ª ed., 2009, p. 68, señala que se puede lamentar que las leyes no sean más precisas, pero que en la medida en que permiten diversas respuestas por parte de los Tribunales, es conveniente que el Tribunal Supremo pueda unificarlas, dotando de fuerza vinculante a su jurisprudencia. “Si dotar de valor vinculante a la jurisprudencia es contrario a la democracia, ¿cuál es la alternativa? ¿Es más democrático que cada juez aplique el Derecho a su manera, sin sujetarse a un criterio común?”.

Desde otra perspectiva, indica FERRERES COMELLA, que la atribución al Tribunal Supremo de la función de establecer un criterio uniforme y vinculante para los tribunales inferiores tiene, además, ventajas, “pues entonces el Parlamento puede ‘dialogar mejor’ con el poder judicial: al observar la glosa jurisprudencial con la que el Supremo especifica y completa las leyes, el Parlamento está en mejor posición para decidir si es necesario introducir modificaciones legislativas que corrijan esa glosa. El Parlamento tiene un mayor incentivo institucional para hacer el seguimiento de la jurisprudencia si sabe que ésta es vinculante para todos los jueces, que si sabe que no lo es”¹⁴¹. Además, como ya indicara DE OTTO, hay un “manifiesto contrasentido en invocar el principio democrático contra una institución [el carácter normativo de la jurisprudencia] cuya ausencia conduciría a incrementar la libertad de los jueces cuya falta de legitimación se denuncia”¹⁴².

Mientras las fuentes del Derecho tienen una función prospectiva y, por eso, están sujetas a las garantías del principio de legalidad, este planteamiento no es de aplicación a la jurisprudencia que, como ya vimos, según TRONDLE actúa siempre de manera retrospectiva. En mi opinión, esta tesis sería concluyente si efectivamente la aplicación del Derecho se reduje a un silogismo en el que la fijación de la premisa menor es la cuestión que suscita los problemas. Sin embargo, como hemos visto, esto no es así. El primer problema que se suscita casi siempre es el de fijar la premisa mayor. Y ello por algo que es consustancial al Derecho: dado que éste se vale del lenguaje coloquial cuyos términos son vagos y ambiguos, el tenor literal de los preceptos siempre admite diversas interpretaciones entre las que es preciso elegir una. Y esta elección tiene carácter prospectivo. Se trata de concretar la norma a partir de unas de las posibles formas de entender el tenor literal y esto se hace para todos los casos que en el futuro se puedan suscitar. En efecto, cuando la jurisprudencia precisa la premisa mayor, su posición respecto de los casos es idéntica a la del legislador¹⁴³.

Como ya indiqué, para algunos autores como BURMEISTER también se ha hecho valer que con la extensión de la prohibición de la retroactividad a las modificaciones jurisprudenciales se correría el riesgo de que se produzca su fosilización, impidiendo su tarea de adaptar la aplicación de la Ley a las transformaciones sociales. Frente a esta objeción, cabe sostener con NEUMANN que esto “sólo representaría un peligro a tomar en serio en caso de que se prohibiera o se dificultara de forma relevante la modificación de la jurisprudencia. Una prohibición de retroactividad sólo produce un insignificante retraso en la aplicación de la nueva jurisprudencia”¹⁴⁴.

Frente a la crítica formulada por JAKOBS, entre otros, de que con la vinculación de los tribunales a su propia jurisprudencia se debilite su sometimiento a la Ley¹⁴⁵, cabe señalar que éste es objeto de

¹⁴¹ FERRERES COMELLA, en FERRERES COMELLA/XIOL RÍOS, *Carácter vinculante de la jurisprudencia*, 2ª ed., 2009, p. 69.

¹⁴² DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 1995, p. 303.

¹⁴³ Como muy bien señala SILVA SÁNCHEZ, en GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO, *Estudios de filosofía del derecho penal*, 2006, p. 389, citando a Müller, “en el plano político, se advierte que la negación teórica del papel constructivo (político-criminal) del juez conduce precisamente a una mayor desvinculación práctica de éste con respecto a una ley crecientemente imprecisa”.

¹⁴⁴ NEUMANN, *ZStW*, (103-2), 1991, pp. 342 ss.

¹⁴⁵ Para NEUMANN, *ZStW*, (103-2), 1991, p. 343, el peso de este argumento habría que ponderarlo con los favorables a la prohibición de la retroactividad.

un amplio control por los tribunales constitucionales y, además, el legislador siempre tiene en sus manos una modificación legal para acotar la concreción que de las normas efectúan los tribunales y jueces ordinarios¹⁴⁶.

Frente a ello se ha hecho valer que la jurisprudencia desempeña un papel esencial en la determinación del ámbito de lo punible, puesto que las leyes siempre son incompletas. Además, desde la perspectiva del ciudadano afectado el que la modificación del ámbito de lo punible la haya realizado el legislador o la jurisprudencia es irrelevante, pues su efecto es el mismo¹⁴⁷. A partir de aquí se plantean diversas soluciones como la aplicación por analogía de lo dispuesto en la regulación constitucional del principio de legalidad o la introducción de una nueva forma de resolución, la cláusula *ex-nunc* o de advertencia de la modificación de la doctrina jurisprudencial¹⁴⁸.

Otra objeción que se ha hecho valer contra la posición que aquí se sostiene es que es constitucionalmente inadmisibles porque infringe la independencia judicial¹⁴⁹, pues el art. 117 CE dispone que están únicamente sometidos a la ley. En primer lugar, como indica FERRERES COMELLA, el término ley se puede interpretar en varios sentidos y desde luego en este contexto no cabe entender que se reduzca a las normas aprobadas por el Parlamento, puesto que los jueces también están sujetos a otras normas como el decreto-ley, decreto legislativo, reglamentos, etc., y, por tanto, en una exégesis más amplia cabría incluir también la jurisprudencia¹⁵⁰. Por otro lado, como también ha resaltado este autor, no se comprende por qué considerar a la jurisprudencia como vinculante puede atentar contra la independencia judicial y, en cambio, no se ponen objeciones a que los tribunales supremos puedan estimar recursos de casación y hacer prevalecer sus tesis frente a las de los tribunales inferiores u obligar a éstos a retrotraer el procedimiento hasta determinado punto y a seguir los criterios de ellos¹⁵¹.

Asimismo se ha alegado en contra de este planteamiento que es contrario a lo dispuesto en el art. 12 LOPJ donde se dice que “Tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional”. En primer lugar, un precepto de esta índole podría ser modificado por otro donde sólo se hiciera referencia a las

¹⁴⁶ Cfr. también en texto de la página anterior otros aspectos resaltados por FERRERES COMELLA.

¹⁴⁷ NEUMANN, FS-*Werner Beulke*, 2015, pp. 197 ss.

¹⁴⁸ Ampliamente sobre todo esto, NEUMANN, *ZStW*, (103-2), 1991, passim.

¹⁴⁹ ARAGÓN REYES, en AA. VV., *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, 2014, p. 90, señala que “si los jueces y tribunales ordinarios no pudiesen, en ningún caso, apartarse de la doctrina interpretativa del Tribunal Supremo resolviendo los recursos de casación en interés de ley, tal carácter vinculante establecido por el legislador creo que vulneraría la independencia judicial constitucionalmente garantizada”. Cfr. sobre este argumento en Alemania, LEITE, *GA*, (161-4), 2014, p. 225.

¹⁵⁰ Como recientemente ha afirmado, DOMENECH PASCUAL, *InDret*, (1), 2013, p. 6, “el artículo 117 CE exige que los jueces se atengan exclusivamente al ordenamiento jurídico para juzgar y ejecutar lo juzgado, pero no dice nada acerca de cuáles son o pueden ser los elementos integrantes del mismo”.

¹⁵¹ FERRERES COMELLA, en FERRERES COMELLA/XIOL RÍOS, *Carácter vinculante de la jurisprudencia*, 2ª ed., 2009, pp. 60 ss., recordando, además, que la independencia judicial surgió en Inglaterra donde siempre se aceptó que los precedentes son vinculantes.

instrucciones de carácter particular, como hacía el art. 15 del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. Además, de hecho se ha dicho que el actual art. 12.3 LOPJ alude solo a instrucciones al margen del proceso¹⁵². En efecto, cuando el Tribunal Supremo casa todas aquellas sentencias de tribunales inferiores que no han optado por la interpretación que ha efectuado el máximo intérprete de la legalidad ordinaria, al hacerlo está dando las pautas generales que han de seguir los inferiores so pena de que sus sentencias se vuelvan a ver casadas en el futuro.

También se ha negado que pueda ser una fuente del derecho, como sostiene CEREZO MIR, “en el sentido de que no puede crear normas de carácter general, de segura aplicación en el futuro. Se trata siempre de criterios o normas de aplicación sólo probable, pues el Tribunal Supremo puede cambiar y cambia en ocasiones de orientación en la interpretación de la ley”¹⁵³. El que la jurisprudencia pueda cambiar su doctrina no parece que sea un obstáculo para su consideración como fuente, puesto que también el legislador modifica su posición y reforma las leyes, y, por cierto, esto sucede cada vez con más frecuencia. A lo sumo cabría decir que la jurisprudencia puede hacerlo con más rapidez por no tener que seguir un procedimiento tan reglado como el que rige la aprobación de leyes, pero esto no se debe valorar como algo negativo, pues ello permite que las normas se puedan adaptar a las nuevas realidades sociales siempre que ello quepa en el tenor literal del precepto.

6. Consecuencias y alcance de este planteamiento

Como he tratado de argumentar, la jurisprudencia deber ser considerada una fuente del Derecho dentro de los márgenes que le permite el legislador que serán más o menos estrechos según el sector del ordenamiento jurídico del que estemos hablando. Y lo es no en el sentido *kelseniano* de que el juez crea la norma para el caso individual. Por ello entiendo que cabrá afirmar que se está creando Derecho allí donde los jueces fijan el sentido o alcance de la premisa mayor.

Aclarado lo anterior, la siguiente cuestión que se plantea es cómo se pueden modificar los criterios jurisprudenciales. En efecto, si no fuera posible hacerlo, tendrían razón quienes achacan a esta tesis que conduce a la fosilización de la jurisprudencia. Sin embargo, ello no es así. Si de facto siempre la jurisprudencia ha creado normas en mayor o menor medida y ello no le ha impedido efectuar cambios de su doctrina, el reconocimiento de este hecho no debe impedir que los tribunales puedan modificar su jurisprudencia para, entre otras cosas, llegar a soluciones más justas que se adapten a la cambiante realidad social. La cuestión está en que con este planteamiento la jurisprudencia, al igual que el legislador, está sujeto a un procedimiento.

Al tener carácter vinculante la jurisprudencia por ser fuente del Derecho, pero ser susceptible de modificación, habría que distinguir, como señala FERRERES COMELLA, entre una dimensión vertical y otra horizontal. Respecto de la primera, para que los tribunales inferiores se puedan separar de la doctrina jurisprudencial caben al menos dos posibilidades. Una primera, informal,

¹⁵² DOMENECH PASCUAL, *InDret*, (1), 2013, p. 8.

¹⁵³ CEREZO MIR, *PG*, t. I, 3ª reimpresión de la 6ª ed., 2007, p. 161.

en la que los tribunales inferiores se pueden apartar de las tesis de los superiores siempre que aporten argumentos nuevos que justifiquen el cambio de orientación. Y otra, más formal, que consistiría en la introducción de una cuestión prejudicial que el órgano inferior, antes de resolver, debería plantear al superior para someter a su consideración las razones que, a su juicio, justificarían un replanteamiento de su tesis¹⁵⁴. FERRERES COMELLA se inclina por esta segunda vía, “pues hace más visible que el punto de partida es que la jurisprudencia vincula, al obligar al juez a poner en marcha un procedimiento específico para elevar las objeciones pertinentes, a fin de provocar una posible reconsideración jurisprudencial”¹⁵⁵. En mi opinión, la instauración de una cuestión prejudicial previa puede resultar un vehículo excesivamente rígido e incluso disuasorio, según sea su tramitación¹⁵⁶. Además, es preferible la vía más informal que al resultar más espontánea, permite con más facilidad la adaptación a la aparición de nuevas circunstancias que pueden exigir un cambio jurisprudencial. Además, al poderse dictar fallos discrepantes, antes de que el asunto pueda llegar al tribunal superior a través de un recurso, puede haber dado tiempo a que tanto otros órganos judiciales como los foros académicos puedan apoyar o rechazar el fallo discrepante con nuevos argumentos.

En la dimensión horizontal, también los integrantes de los tribunales superiores deben estar vinculados por la jurisprudencia. En este sentido, los acuerdos de pleno no jurisdiccional de las diversas Salas del Tribunal Supremo son un instrumento útil, pues cuando hay disparidad de criterios, se termina adoptando una solución que se respeta por todos y se plasma en sus resoluciones. Ello no significa que los acuerdos no se puedan replantear como, ha sucedido, por ejemplo, con la posición del pleno de la Sala 2ª sobre el valor de los acuerdos no jurisdiccionales adoptados en su seno¹⁵⁷.

En cuanto a las consecuencias que la consideración de la jurisprudencia como fuente del Derecho trae consigo, estas dependen lógicamente del sector del ordenamiento jurídico del que estemos hablando. En el caso del Derecho penal ello supone que los contenidos del principio de legalidad le son de aplicación. Esto, a mi juicio, supone reforzar la objetividad que trae consigo este principio. En efecto, no es lo mismo apartarse de la jurisprudencia para un caso concreto que

¹⁵⁴ FERRERES COMELLA, en FERRERES COMELLA/XIOL RÍOS, *Carácter vinculante de la jurisprudencia*, 2ª ed., 2009, pp. 70. ss.

¹⁵⁵ EL MISMO, en FERRERES COMELLA/XIOL RÍOS, *Carácter vinculante de la jurisprudencia*, 2ª ed., 2009, p. 71. Esta fue la opción por la que también se inclinó el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 2014, en cuyos artículos 38 y ss. se preveía el procedimiento para el planteamiento de la cuestión jurisprudencial que se podía suscitar de oficio o a instancia de parte.

¹⁵⁶ Me parece que un buen ejemplo es el modelo del mencionado Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 2014, donde la cuestión prejudicial no se podía elevar directamente al Tribunal Supremo, sino que previamente debía ser sometida “al Presidente de la Sala del Tribunal al que pertenezcan, quien convocará el Pleno a tal efecto”. Además, los supuestos en los que se permitía suscitar la cuestión eran muy restrictivos, porque sólo se podía cuestionar la jurisprudencia del Tribunal Supremo por ser contradictoria, por ser contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales o finalmente porque pueda “producir, con efectos generales, situaciones de injusticia manifiesta por la desproporción de las consecuencias en su aplica”. Asimismo me parece cuestionable que las dudas sobre la constitucionalidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo las pueda zanjar este mismo órgano.

¹⁵⁷ No me puedo detener ahora en la cuestión de si tales acuerdos pueden o deben tener carácter vinculante. En cualquier caso, en la medida en que estos acuerdos se recogen a continuación en las sentencias del Tribunal Supremo, creo que no se plantean problemas para reconocerles al menos su carácter de jurisprudencia.

hacerlo para todos los que se puedan plantear en el futuro, especialmente cuando este cambio de tesis supone recortes adicionales de libertad de los ciudadanos. Esta posición viene a impedir la formulación de nuevas normas al calor de las peculiaridades de un caso concreto, pues, al regir el principio de legalidad, la nueva jurisprudencia no se podría aplicar retroactivamente. De este modo, al tener un carácter sólo prospectivo la nueva jurisprudencia que suponga nuevos recortes de libertad de los ciudadanos tenemos la garantía de que ello sólo se va a hacer si hay buenos argumentos para adoptarla¹⁵⁸. Con esta tesis la denominada doctrina *Parot* nunca habría visto la luz, puesto que la modificación de la tesis jurisprudencial se produjo cuando el precepto interpretado ya se había derogado y se diseñó solo para casos ya acaecidos. El Tribunal Supremo lo que hizo fue cambiar la norma que él había perfilado para calcular la redención de pena por el trabajo en el caso de los concursos de delitos por otra nueva, mucho más aflictiva para los condenados, y que en la práctica suponía el mismo efecto que la prevista en el art. 78 CP introducido en 2003. Y es difícil asumir que aquello que no está permitido al legislador y su obra, la ley, pueda estarlo para quien está sometido a ésta. A mi juicio, los riesgos de asumir el planteamiento tradicional son evidentes. Son una invitación al legislador a persistir en la vía de elaborar textos legales cada vez más indeterminados que permitan a los tribunales elaborar reglas ad hoc para los casos que surjan sin que se puedan formular reparos desde la perspectiva del principio de legalidad. Cabría decir que es tarea de los tribunales constitucionales poner coto a este tipo de textos legales, acordando su inconstitucionalidad por incumplir el mandato de certeza que entraña el principio de legalidad. Pero lo cierto es que si por algo se caracteriza la

¹⁵⁸ No me parece convincente el intento de limitar el alcance de la prohibición de retroactividad distinguiendo entre resoluciones que concretan el juicio de desvalor y decisiones constitutivas de lo injusto penal que recientemente ha propuesto LEITE, GA, (161-4), 2014, pp. 231 ss. En el primer caso el legislador realiza el juicio de desvalor sobre un hecho y deja en manos de la jurisprudencia la concreción del mismo. Aquí la decisión del legislador tiene hasta cierto punto carácter meramente declarativo, pues está estaría plasmando “normas elementales socialmente reconocidas de un Derecho no escrito”. En la medida en que se recogen aspectos que forman parte de las concepciones básicas de la sociedad, no hay problema en usar conceptos generales que luego concretarán los jueces. En cambio, cuando se sale de ese Derecho penal básico, nos encontramos con conductas que de no ser por la decisión de legislador serían neutrales como, por ejemplo, el tráfico del cannabis. Si el legislador no lo hubiera incluido entre las sustancias que no se pueden vender, sería una conducta socialmente neutral. Pues bien en estos supuestos, cuando el legislador en lugar de adoptar la decisión, la deja en manos de los jueces, aquí sí regiría el principio de irretroactividad. Si en lugar de ser el legislador el que fija la tasa de alcoholemia por encima de la cual el conductor ya ha alcanzado la incapacidad absoluta para conducir el vehículo, deja la precisión de esto en manos de los jueces, aquí cualquier cambio que efectúen éstos sobre el nivel mínimo a partir del cual se da la incapacidad absoluta debe regirse por el principio de irretroactividad. En mi opinión, es difícil justificar esta distinción. Pongamos un ejemplo perteneciente al Derecho penal básico. Si el inicio de la personalidad se hace coincidir con el inicio del parto, es decir, con las contracciones, o con la total expulsión del clastro materno o si se exige, además, la respiración pulmonar o incluso el corte del cordón umbilical es una decisión que tiene tanta trascendencia como la de la fijación de la tasa de la alcoholemia. Y por otro lado, hay otro aspecto en su concepción que no me parece convincente. En relación a su ejemplo del cannabis, señala que si esta sustancia no estuviera en la lista de aquellas cuya venta está prohibida, estaríamos ante una conducta socialmente neutral. Y añade que “por tanto, hay una serie de cuestiones más bien ‘técnicas’ que solo una autoridad puede decidir legítimamente”. Si el cannabis se incluye o no en la lista, si el límite de la incapacidad absoluta para conducir se sitúa en 1.1, 1.3 o 1.5 por mil o cuál sea una evasión de impuestos de gran valor es algo que en principio le corresponde al legislador. Fuera del Derecho penal básico lo que habría son hechos socialmente neutrales que sólo son desvaliosos porque el legislador así lo ha decidido. En mi opinión, si hay casos así, deberían ser despenalizados porque infringen principios básicos del Derecho penal. Por lo demás, si el límite de los supuestos donde se puede considerar que la evasión de impuestos es de gran valor se sitúa en 50.000 euros o más es algo que no tiene una trascendencia distinta a la decisión de donde se coloca el límite mínimo de la vida humana independiente.

jurisprudencia del Tribunal Constitucional español es, como muy bien ha destacado LASCURAÍN SÁNCHEZ, por su deferencia hacia el legislador¹⁵⁹.

Es curioso que en Alemania, donde tanto se ha discutido sobre si las modificaciones de la jurisprudencia en perjuicio del reo se pueden aplicar retroactivamente y donde la doctrina tiende cada vez más a manifestarse en contra, ha sido en el ámbito civil donde por primera vez se ha reconocido la prohibición de la retroactividad. En efecto, el Tribunal Supremo alemán, II Sala de lo Civil, realiza un cambio de jurisprudencia de enorme trascendencia en su sentencia de 7 de abril de 2003. Conforme a una constante jurisprudencia en las sociedades civiles los nuevos socios no respondían con su patrimonio personal de las obligaciones surgidas antes de su incorporación. Sin embargo, a partir de esta resolución se modifica este criterio y se opta por aplicar por analogía el parágrafo 130 del Código de Comercio Alemán en el que se estipula que sí han de hacer frente a las mismas con su propio patrimonio. El Tribunal Supremo señala que consideraciones basadas en la protección de la confianza exigen aplicar el principio de la responsabilidad personal por obligaciones anteriores a la incorporación del socio a la sociedad civil sólo a futuros casos. Y ello porque los nuevos socios de una sociedad civil a la vista de la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo no necesitaban ni buscar información sobre las deudas sociales existentes ni adoptar medidas económicas para hacer frente a una eventual responsabilidad personal por tales obligaciones. Por ello sería absolutamente desproporcionado aplicarles la nueva doctrina sin que además existan razones que se opongan a la toma en cuenta de las consideraciones basadas en la protección de la confianza¹⁶⁰.

En el ámbito del Derecho penal el Tribunal Supremo alemán no ha dado este paso. No obstante, el Tribunal Constitucional alemán en los últimos años ha dictado algunas sentencias que parecen apuntar un cambio de tendencia. Especialmente significativa aunque muy poco clara fue la Sentencia sobre la administración desleal. Además, de la prohibición de la analogía, señala el Tribunal Constitucional que el art. 103.2 de la Constitución alemana contiene directrices para el tratamiento de tipos o elementos de estos ampliamente formulados. Los tribunales no pueden contribuir con interpretaciones lejanas o carentes de límites claros a incrementar las inseguridades existentes sobre el ámbito de aplicación de una norma y con ello alejarse todavía más del objetivo perseguido por el art. 103.2 Constitución alemana. Por otro lado, la jurisprudencia está obligada a eliminar en la medida de lo posible (mandato de precisión) las

¹⁵⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *InDret*, (3), 2012, p. 29, indicando que “el Tribunal Constitucional ha sido un tribunal más bien estricto en el dibujo del marco constitucional penal: ha interpretado la Constitución como comprensiva de ciertos principios limitadores del legislador penal en cuanto garantes de valores constitucionales básicos y ha dibujado con cierto rigor su contenido en el marco de dicha interpretación. En cambio ha sido un tribunal más bien deferente en el juicio final de inclusión en dicho marco de las normas impugnadas”. Y concluye el autor que esto es especialmente evidente en materia del principio de legalidad.

¹⁶⁰ BGH, Sentencia del II Zivilsenat Urteil vom 7. April 2003 – II ZR 56/02 recuperado el 11 de agosto de 2017; CANARIS, *ZGR*, (33), 2004, pp. 69 ss., ha dicho que se trata de uno de los casos más espectaculares de desarrollo judicial del Derecho desde la entrada en vigor del Código Civil. Críticamente sobre la aplicación del principio de protección de la confianza; SCHMIDT, *NJW*, (27), 2003, p. 1902; HABERSACK, *Staub. Handelsgesetzbuch. Grosskommentar*, 5ª ed., 2009, marginal 5 pone de relieve que posteriormente el Tribunal Supremo ha relativizado el alcance de la protección de la confianza. A favor de la tesis del Tribunal Supremo; LANGENBUCHER, en ALEXY/DREIER (eds.), *Juristische Grundlagenforschung: Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie von 23.-25. September 2004 in Kiel*, 2005, pp. 55 ss.

oscuridades existentes sobre el ámbito de aplicación de una norma mediante una interpretación que la concrete. Especial relevancia tiene este deber en aquellos tipos que el legislador, dentro de lo admisible, ha formulado de forma relativamente amplia y poco nítida a través de cláusulas generales. Precisamente en constelaciones de casos en que el destinatario de la norma sólo puede identificar en virtud del tipo legal la posibilidad de la punibilidad y en los que únicamente en virtud de una constante jurisprudencia puede alcanzar una base segura para la interpretación y aplicación de la norma, le incumbe a la jurisprudencia una especial obligación de contribuir a la identificación de los presupuestos de la punición. Esto puede traducirse en exigencias en el desarrollo de las modificaciones de la jurisprudencia que van más allá de los principios generales de la protección de la confianza¹⁶¹.

Algo más allá ha ido el Tribunal Constitucional cuando en un caso de deslealtad profesional ha indicado que no es necesario decidir si una condena penal que se separa de resoluciones judiciales anteriores en la interpretación y aplicación de un tipo penal puede infringir el art. 103.2 de la Constitución alemana. Este órgano señala que hasta ahora no ha admitido esta posibilidad. Pero añade que en cualquier caso la aplicación del art. 103.2 a los cambios de jurisprudencia presupondría que la anterior pudo generar un supuesto de confianza debido a que ha tenido una cierta continuidad. Se trataba de un caso de deslealtad profesional de un abogado que primero defendió a un implicado en una tentativa de asesinato y posteriormente al otro, usando en la defensa de éste información obtenida del otro. En este caso el Tribunal Constitucional negó que hubiera lugar a apreciar un supuesto de confianza, puesto que sólo había una sentencia del Tribunal Supremo de 1952 en la que se negaba que los implicados en un mismo delito fueran partes distintas. Esta cuestión la dejó abierta el Tribunal Supremo en 1982. Además había resoluciones judiciales de tribunales inferiores que mantenían la tesis contraria, al igual que sucedía en la doctrina¹⁶². Antes, tras negar que la jurisprudencia de los tribunales supremos pueda constituir un Derecho legal y, por tanto, pudiera generar un grado de vinculación similar, había indicado que una constante jurisprudencia se puede modificar sin que ello represente una violación de un Estado de Derecho. Incluso desde la perspectiva de la protección de la confianza, tampoco es objetable siempre que esté bien fundada y se mantenga en el ámbito de un desarrollo previsible. En cambio, si no se dan estas condiciones se puede tutelar la confianza por medio de reglas sobre su aplicabilidad en el tiempo o consideraciones de equidad. En el caso del Derecho penal se puede tener en cuenta también el principio de culpabilidad.

7. *Tabla de jurisprudencia citada*

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
-------------------------------	-------------------	---------------

¹⁶¹ BVerfG, Sentencia de la Sala Segunda de 23 de junio de 2010 vom 23- 2 BvR 2559/08 - Rn. (1-160). Esta sentencia ha suscitado interpretaciones muy dispares. Probablemente la visión más ponderada sobre esta resolución la ofrece PERRON, FS-Wolfgang Heinz, 2012, pp. 796 ss.

¹⁶² BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 16. Mai 2011 - 2 BvR 1230/10 - Rn. (1-22)

STJCE, 15.07.1964	6/64	Costa c. Enel
-------------------	------	---------------

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
STEDH, Gran Sala, 25.05.1993	14307/88	Kokkinakis c Grecia
STEDH, Gran Sala, 12.02.2008	21906/04	Kafkaris c Chipre
STEDH, Gran Sala, 17.09.2009	10249/03	Scoppola c. Italia
STEDH, Gran Sala, 17.05.2010	36376/04	Kononov c. Letonia
STEDH, 5ª, 6.10.2011	50425/06	Soros c. Francia
STEDH, 3ª, 10.07.2012	42750/09	Del Río Prada c. España
STEDH, Gran Sala, 18.07.2013	2312/08 y 34178/08	Maktouf y Damjanović c. Bosnia y Herzegovina
STEDH, Gran Sala, 21.10.2013	42750/09	Del Río Prada c. España
Decisión TEDH, 03.03.1986	Comisión, 11653/85	Hogben c Reino Unido

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 2ª, 08.03.1994	RJ 1994/9877	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez
STS, 2ª, 11.05.1994	RJ 1994\3687	Enrique Bacigalupo Zapater
STS, 2, 20.03.1998	RJ 1998\2020	Cándido Conde-Pumpido Tourón
STS, 2ª, 26.06.2001	RJ 2002/4521	Juan Saavedra Ruiz
STS, 2ª, 14.05.2003	RJ 2003/4410	Perfecto Andrés Ibáñez.
STS, 2ª, 15.09.2005	RJ 2005/6737	Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre
STS, 2, 14.10.2005	RJ 2005/8517	Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Tribunal Constitucional

Tribunal, Sala y Fecha	Referencia	Magistrado Ponente
STC, 1ª, 30.01.1981	2/1981	Manuel Díez de Velasco Vallejo
STC,2ª,6.03.1981	6/1981	Francisco Rubio Llorente
STC, 2ª, 30.03.1981	8/1981	Francisco Tomás y Valiente
STC, Pleno, 08.04.1981	11/1981	Luis Díez-Picazo y Ponce de León
STC,2ª,07.05.1981	15/1981	Plácido Fernández Viagas
STC, 1ª, 18.05.1981	16/1981	A. Latorre Segura
STC, Pleno, 23.02.1984	25/1984	Antonio Truyol Serra
STC, Pleno, 28.07.1984	83/1984	Francisco Rubio Llorente
STC, Pleno, 16.11.1986	140/1986	Luis López Guerra
STC, Pleno, 16.12.1986	160/1986	Luis López Guerra
STC, 1ª, 21.01.1987	2/1987	Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
STC, Pleno, 6.03.1987	37/1987	Jesús Leguina Villa
STC, 2ª, 14.07.1987	122/1987	Angel Latorre Segura
STC, Pleno, 21.07.1987	133/1987	Antonio Truyol Serra
STC, Pleno, 21.01.1988	3/1988	Luis López Guerra
STC, Pleno, 08.06.1988	105/1988	Luis Díez-Picazo y Ponce de León
STC,1ª, 20.04.1989	69/1989	Fernando García-Mon y González- Regueral
STC, 1ª, 25.09.1989	150/1989	Vicente Gimeno Sendra
STC, Pleno, 27.06.1990	120/1990	Fernando García-Mon y González-Regueral, Eugenio Díaz Eimil y José Vicente Gimeno Sendra
STC, 1ª, 05.07.1990	127/1990	Fernando García-Mon y González-Regueral
STC, Pleno, 04.07.1991	150/1991	Luis López Guerra

STC, Pleno, 19.07.1990	137/1990	Jesús Leguina Villa, José Luis de los Mozos y de los Mozos y Vicente Gimeno Sendra
STC, Pleno, 17.01.1991	11/1991	Fernando García-Mon y González-Regueral
STC,1ª, 11.06.1992	95/1992	Carlos de la Vega Benayas
STC, Pleno, 16.09.1992	118/1992	Luis López Guerra
STC, Pleno, 18.09.1992	119/1992	Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer
STC, 2ª, 18.01.1993	21/1993	Luis López Guerra
STC, Pleno, 25.03.1993	111/1993	Alvaro Rodriguez Bereijo
STC, Pleno, 24.02.1994	53/1994	Julio Diego González Campos
STC, 2ª, 28.02.1994	57/1994	Julio Diego González Campos
STC, 1ª, 25.04.1994	120/1994	Rafael de Mendizábal Allende
STC, 2ª, 25.09.1995	133/1995	Rafael de Mendizábal Allende
STC, 2ª, 11.03.1996	34/1996	Rafael de Mendizábal Allende
STC, 2ª, 29.09.1997	151/1997	Carles Viver Pi-Sunye
STC, 1ª, 04.12.1997	221/1997	Pablo García Manzano
STC, 1ª, 16.12.1997	232/1997	Vicente Gimeno Sendra
STC, 1ª, 11.12.2000	305/2000	Pablo García Manzano
STC, 1ª, 19.05.2003	88/2003	María Emilia Casas Baamonde
STC, 2ª, 30.06.2003	129/2003	Pablo Cachón Villar
STC, 1ª, 24.10.2005	265/2005	Javier Delgado Barrio
STC, Pleno, 5.04.2006	112/2006	Pablo Pérez Tremps
STC, 1ª, 09.10.2006	283/2006	Javier Delgado Barrio
STC, 2ª, 07.05.2007	95/2007	Guillermo Jiménez Sánchez

STC,2ª, 28.4.2008	53/2008	Vicente Conde Martín de Hijas
STC,X, 17.10.2011	153/2011	Francisco Pérez de los Cobos Orihuel
STC, Pleno, 13.12.2011	196/2011	Ramón Rodríguez Arribas
STC, 1ª, 29.03.2012	039/2012	Elisa Pérez Vera
STC, Pleno, 08.05.2012	101/2012	Pascual Sala Sánchez
STC, Pleno, 02.07.2012	140/2012,	Eugeni Gay Montalvo
STC, 1ª, 02.07.2012	145/2012	Manuel Aragón Reyes
STC,1ª, 01.10.2012	166/2012	Andrés Ollero Tassara
STC, Pleno, 11.07.2013	145/2013	Andrés Ollero Tassara
STC, Pleno, 07.11.2013	189/2013	Santiago Martínez-Vares García
STC, 2ª, 02.12.2013	196/2013	Pedro González-Trevijano Sánchez
STC,2ª, 16.12.2013	210/2013	Juan José González Rivas
STC, Pleno, 06.11.2014	185/2014	Fernando Valdés Dal-Ré
STC, Pleno, 05.11.2015	232/2015	Ricardo Enríquez Sancho
STC, 2ª, 19.12.2016	219/2016	Antonio Narváez Rodríguez
STC, , 2ª, 14. 12.2015	261/2015	Juan José González Rivas
STC, 1ª, 19.06.2017	75/2017	Cándido Conde-Pumpido Tourón
Auto TC, 1ª, 25.03.1996	68/1996	-

Audiencia Provincial

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP MA, 1ª, 26.01.2011	ARP 2013\567	Rafael Linares Aranda

SAP PO, 2ª, 28.02.2006

ARP 2006\275

Luciano Varela Castro

SAP GR, 1ª, 06.04.2005

ARP 2005\525

Carlos Rodríguez Valverde

8. Bibliografía

ALBADALEJO (1987), *Curso de Derecho civil español. I. Introducción y Parte General*. 4ª ed., Bosch, Barcelona.

AGUILÓ REGLA (2009), «Fuentes del Derecho y normas de origen judicial», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, (3), julio-septiembre, pp. 1 y 14. (recuperado de http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_7711.pdf; Último acceso 3 de agosto de 2017).

ALEXY (1978), *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Francfort del Meno.

ARAGÓN REYES (2014), «La STC 37/2012, de 19 de marzo. Cuestión de inconstitucionalidad sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en AA. VV., *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, Cortes Valencianas, Litolema.

ARROYO ZAPATERO (1983), «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *Revista Española de Documentación Científica*, (8), pp. 9 ss.

BACIGALUPO (1998), *Principios de Derecho penal*. PG, 5ª ed., Tres Cantos, Madrid.

————— (2012) «Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho Penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿Decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona- Buenos Aires-São Paulo, pp. 55 ss.

BECCARIA (1982), *De los delitos y de las penas*. Trad. J. A. de las Casas. 2ª ed., Comares, Granada.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2014), «La jurisprudencia y el principio de seguridad jurídica», *Revista de Derecho Privado*, (5), p. 86.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (1988), «Derechos humanos y Derecho penal», *Estudios penales y criminológicos*, (11), pp. 27 ss.

————— (1999), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Wolters Kluwer, Madrid.

BYDLINSKI (2003), «Grundzüge der juristischen Methodenlehre», *Arbeitspapiere des Forschungsinstituts für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht*, WU Vienna University of Economics and Business, Vienna.

BOIX REIG (1983), «El principio de legalidad en la Constitución», en AA. VV., *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*, Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 51-76.

BURGORGUE-LARSEN (2005), *La Corte Europea de Derechos Humanos y el Derecho Penal*, pp. 317 ss. (Disponible en https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/23569/1/ADI_XXI_2005_11.pdf; última visita: 23 de enero de 2018).

————— (2005), «La Corte Europea de los Derechos Humanos y el Derecho penal», *Anuario español de derecho internacional*, (21), pp. 317-378, (Disponible en http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/23569/1/ADI_XXI_2005_11.pdf; última visita: 21 de octubre de 2018).

BURMEISTER (1979), *Vertrauensschutz im Prozeßrecht. Ein Beitrag zur Theorie vom Dispositionsschutz des Bürgers bei Änderung des Staatshandelns*, De Gruyter, Berlin.

CADOPPI (2014), «Damit der Bürger „...die Unzuträglichkeiten, die aus einer Missetat folgen, genau vorherzuberechnen“ vermag», en PICOTTI (ed.), *An den Wurzeln des modernen Strafrechts: Die juristische Aufklärung Cesare Beccarias und der Strafgewalt*, Lit. Zurich, Verona, pp. 34 ss.

CANARIS (2004), «Die Übertragung des Regelungsmodells der 125-130 HGB auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als unzulässige Rechtsfortbildung contra legem», *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, (33), 2004, pp. 69 ss.

CARBONELL MATEU (1996), *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

CEREZO MIR (2007), *Curso de Derecho penal español. PG. T. I. Introducción*, 3ª reimpresión de la 6ª ed., Tecnos, Madrid.

CUELLO CONTRERAS (2002), *El Derecho penal español*, 2ª ed., Dykinson, Madrid.

CUERDA ARNAU (2013), «Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable: (A propósito de la STEDH Del Río Prada c. España)», *Revista Penal*, (31), pp. 52 ss.

DE OTTO (1995), *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona.

DIAS (2012), *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. 2ª reimpresión de la 2ª ed., Coimbra Ed., Coimbra.

DÍEZ RIPOLLÉS (1986), «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal*, (30), pp. 615 ss.

- (2016), *Derecho penal español. Parte General*. 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- DOMENECH PASCUAL (2013), «Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva», *InDret*, (1), 2013, pp. 1 ss.
- DONINI (2018), «El Derecho jurisprudencial penal», *InDret* (2), 2018, trad. de Ana María Prieto del Pino, pp. 1 ss.
- ENGISCH (1943), *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, C. Winter, Heidelberg.
- (1983), *Einführung in das juristische Denken*. 8ª ed., Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Maguncia.
- ESER et al. (2006), *SCHÖNKE/SCHRÖDER Strafgesetzbuch: Kommentar*, C.H.Beck, Múnich.
- ESSER (1972), *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum Fischer, Fráncfort del Meno.
- FEIJOO SÁNCHEZ (1994), «Reserva de Ley Orgánica en materia penal e intervención del legislador en materia de derechos fundamentales», *Cuadernos de Política Criminal*, (52), pp. 91 ss.
- FERRERES COMELLA (2009), «Sobre el posible carácter vinculante de la jurisprudencia», en FERRERES COMELLA/XIOL RÍOS, *Carácter vinculante de la jurisprudencia*. 2ª ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 45 ss.
- FERNÁNDEZ SEGADO (2011), «El Tribunal Constitucional español como legislador positivo», *Pensamiento Constitucional*, (15), p. 134.
- FEUERBACH (1986), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 2ª reimpresión de la 14ª ed., Scientia Verlag, Aalen.
- FRISCH (2003), *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 4ª ed., Heymann, Colonia.
- GARCÍA AMADO (2016), «Sobre el principio de legalidad penal y su alcance. De la previsibilidad como componente de la legalidad», en PÉREZ MANZANO/LASCURAÍN SÁNCHEZ (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, pp. 327 ss.
- GARCIA RIVAS (1996), *El poder punitivo en el Estado democrático*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.
- GIMENO SENDRA (2008), *El recurso español de casación civil: perspectiva de reforma*. (<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c5gim.pdf>; última visita: 4 de agosto de 2017).

GIMBERNAT ORDEIG (1965), «La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la República Federal de Alemania. (Breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (XVIII-1), pp. 216 ss.

GRÜNWALD (1964), «Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege“», *ZStW*, (76-1), pp. 1 ss.

HANACK (2003), *Observaciones previas al § 333 StPO, Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Heymann, Colonia.

HABERSACK (2009), *Staub. Handelsgesetzbuch, Grosskommentar*. 5ª ed., De Gruyter, Berlin.

HASSEMER (1991), *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2ª ed., C.H. Beck, Múnich.

————— (1982), «Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social», en MIR PUIG (comp.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, pp. 117 ss.

HASSEMER/KARGL (2017), Comentario al parágrafo, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFEGEN (orgs.), *Strafgesetzbuch*, t. I, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden.

HORN (2004), *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 3ª ed., C. F. Müller, Heidelberg.

HUERTA TOCILDO (1993), «El derecho fundamental a la legalidad penal», *REDC*, (39), p. 85.

————— (2009), «El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal», en GARCÍA ROCA/MACHETTI (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 541.

JAKOBS (1991), *Strafrecht. AT*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-Nueva York.

JAHN (2012), «Los fundamentos teórico-jurídicos del principio de reserva de ley en el Derecho procesal penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿Decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona- Buenos Aires-São Paulo, pp. 461 ss.

JESCHECK (1988), *Lehrbuch des Strafrechts. AT.*, 4ª ed., Duncker & Humblot, Berlin.

KRAMER (2004), *Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts*, 6ª ed., Kohlhammer, Stuttgart.

LANGENBUCHER (2005), «Recht und Zeit Eine Untersuchung zur Wirkung von Rechtsprechungsänderungen im Privatrecht», en ALEXI/DREIER (eds.) *Juristische Grundlagenforschung: Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie von 23.-25. September 2004 in Kiel*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, pp. 55 ss.

LAMARCA PEREZ (2012), «El principio de legalidad penal», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (1), septiembre 2011-febrero 2012.

LANDA GOROSTIZA (2012), «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH», *InDret*, (4), 2012.

LAPORTA SAN MIGUEL (2016), «La doctrina Parot y la teoría del Derecho», en PÉREZ MANZANO/LASCURAÍN SÁNCHEZ (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, p. 342.

LARENZ (1983), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Springer, Berlin-Heidelberg-Nueva York-Tokio.

LASCURAÍN SÁNCHEZ (2012), «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *Indret*, (3), 2012, p. 29.

LAURENZO COPELLO (1990), *El aborto no punible*, SPICUM-Bosch, Barcelona.

LEITE (2014), «Grund und Grenzen eines Rückwirkungsverbots bei täterbelastenden Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht: Für ein Rückwirkungsverbot bei strafunrechtskonstituierender Rechtsprechung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, (161-4), pp. 220-238.

LLOBET ANGLÍ (2015), «No sólo imprevisible, también irrazonable: otra vez sobre la “doctrina Parot”», *Indret* (2), 2015.

LÖWE-ROSENBERG (1999), *Groskommentar*, 25ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-Nueva York.

LUZÓN PEÑA (2012), *Lecciones de Derecho Penal*. PG, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2015), *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

PARRA LUCÁN (2007), «Alcance y valor de la jurisprudencia en el Derecho privado español», *Revista Electrónica de Direito*, (1), p. 1.

MANJÓN-CABEZA OLMEDO (2008), «¿Son vinculantes los Acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)», *Revista Electrónica de Derecho penal y Criminología*, (10), p. 14.

MAPELLI CAFFARENA (1993), «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario», *Estudios Penales y Criminológicos*, (16), pp. 288 ss.

————— (1994), «El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional», en RIVERA BEIRAS (coord.). *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales: Jornadas Penitenciarias*. Bosch, Barcelona, pp. 17 ss.

MATA Y MARTÍN (2011), «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario», *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, (19), pp. 55 ss.

MAUNZ-ZIPPELIUS (1991), *Deutsches Staatsrecht*, 28ª ed., C. H. Beck, Munich.

MEYER-GÖBNER (2004), *Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen*, 47ª ed., C. H. Beck, Munich.

MIR PUIG (1986), *Derecho Penal. PG*, 2ª reimpresión corregida de la 15ª ed., Reppertor, Barcelona.

MONTESQUIEU (1906), *El espíritu de las leyes*. Trad. de Siro García del Mazo, Madrid.

MONTÉS PENADÉS (1998), *Derecho civil. Parte General.*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

MORILLAS CUEVA (1996), *Curso de Derecho penal español. PG.*, Marcial Pons, Madrid.

MÜLLER (1995), *Juristische Methodik*, 6ª ed., Duncker & Humblot, Berlin.

MUÑOZ CONDE (1985), *Derecho penal y control social*, Editorial, Barcelona.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2015): *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., revisada, Tirant lo Blanch, Valencia.

NACK (2002), "Gewährleistung der Rechtskultur durch das Revisionsrecht", en HANACK/HILGER/MEHLE/WIDMAIER (eds.), *Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag am 4. Juni*. Walter de Gruyter, Berlin-Nueva York, p. 362.

NEUMANN (1991), «Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?», *ZStW*, (103-2), pp. 331 ss.

————— (2015), «Die Rechtsprechung im Kontext des verfassungsgerichtlichen Prüfungsprogramms zu Art. 103 Abs. 2 GG (Rückwirkungsverbot, Analogieverbot, Bestimmtheitsgebot). Überlegungen im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum „Präzisierungsgebot" (BVerfGE 126, 170)», en FAHL/MÜLLER/SATZGER/SWOBODA (eds.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 197 ss.

NEVES (1984), «O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático», en AA. VV., *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia*, v. I, Universidade de Coimbra, Coimbra, p. 325 ss.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ (2013), «La «doctrina Parot» y el fallo del TEDH en el asunto del Río Prada c. España: el principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (9), pp. 377 ss.

————— (2013), «Del Código penal de 1973 hasta la sentencia de la Gran Sala del TEDH en el asunto "Del Río Prada c. España": el fin de la "doctrina Parot"», *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Extraordinario, (1), pp. 409 ss.

NYFELER (2015), «Völkerrecht vor Landesrecht–Die Bedeutung der Gerichtspraxis des EGMR», *Institut für Föderalismus Working Paper Online* N° 14, pp. 18 y ss. (Disponible en http://www.unifr.ch/ius/assets/files/Institus/IST_Federalisme/files/Working%20Paper%20Online/WPO_14_Sarah%20Nyfeler.pdf; última visita: 23 de enero de 2018).

ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC (2015), *Compendio de Derecho penal*. PG, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

PALMA (1998) «A aplicação da lei no tempo: a proibição da retroactividade in pejus», en PALMA/Beleza (orgs.), *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, p. 415.

PERRON (2012), «Die Untreue nach der Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts», en HILGENDORF/RENGIER (eds.), *Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, pp. 796 ss.

PORTALIS (2014), *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*. Trad. de Adela Mora, Universidad Carlos III, Madrid.

PRAT WESTERLINDH (2015), *Manual práctico del recurso de casación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PUIG BRUTAU (2006), *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Bosch, Barcelona.

RAMOS TAPIA (2016), en ZUGALDÍA ESPINAR, *Lecciones de Derecho penal*. PG, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia.

RODRÍGUEZ MOURULLO (1997), *Comentarios al Código penal (Estudios y Comentarios)*, Civitas, Madrid.

————— (1978), *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid.

RODRÍGUEZ RAMOS (2016), «Principio de legalidad penal. ¿Crisis de la garantía criminal?», en SAGGESE/SÁNCHEZ/BASALDÚA, *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 521.

ROXIN (1991), *Strafrecht. AT.*, t. I, 3ª ed., C. H. Beck, Munich.

RUIZ ANTÓN (1989), «El principio de irretroactividad de la Ley Penal en la doctrina y la jurisprudencia», *Anuario de la Facultad de Derecho*, (7), pp. 165 ss.

RUIZ ROBLEDO (2004), *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Tirant lo Blanch, Valencia.

SATZGER (2009), «Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Straf- und Strafprozessrecht. Grundlagen und wichtige Einzelprobleme», *Jura*, (10), pp. 759 ss.

SAX (1959): "Grundsätze der Strafrechtspflege", en NIPPERDEY/BETTERMANN/SCHEUNER, *Die Grundrechte*, t. III., v. 2., Duncker & Humblot, Berlin, pp. 909 ss.

SCHLARMANN/GAUGER (2014), «Zur Rückwirkung von Rechtsprechungsänderungen -dargestellt am Beispiel der Rechtsprechungsänderung des BGH zur Aufrechnung in der Insolvenz», *Deutsches Verwaltungsblatt*, (2), pp. 65 ss.

SCHMIDT (2003), «Die Gesellschafterhaftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als gesetzliches Schuldverhältnis», *Neue Juristische Wochenschrift*, (27), pp. 1897 ss.

SCHREIBER (1968): «Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte», *Zeitschrift für Strafrechtliche Wissenschaft*, (80-2), pp. 348 ss

SERRANO GONZÁLEZ-MURILLO (1993), «Prohibición de retroactividad y cambios de orientación en la jurisprudencia», *Anuario de la Facultad de Derecho*, (11), pp. 243 ss.

SILVA SÁNCHEZ (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona.

————— (2006), "Sobre la «interpretación» teleológica en Derecho Penal", en GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO, *Estudios de filosofía del derecho penal*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 365 ss.

TREDER (1998), *Methoden und Technik der Rechtsanwendung*, C.F. Müller, Heidelberg.

TRÖNDLE (1977), «Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel», en JESHECK/LÜTTGER (orgs.), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, Walter de Gruyter, Berlin-Nueva York.

VELASQUEZ VELASQUEZ (1995), *Derecho penal. PG*, 2ª ed. Temis, Santa Fe de Bogotá.

VIDALES RODRÍGUEZ (2012), «Jurisprudencia penal y libertad: crítica de algunas disfunciones recientes», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico* 12/2012 (Consultado en www.tirantonline.com, Documento TOL2.710.535; última visita: 20 de enero de 2018).

VILLAVERDE MENÉNDEZ (2016), «Principio de taxatividad. Una reflexión jurisprudencial», en PÉREZ MANZANO/LASCURAÍN SÁNCHEZ (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, pp. 81 ss.

VOLK (2005), *Grundkurs StPO.*, 4ª ed., C. H. Beck, Munich.

VON LISZT (1999), *Tratado de Derecho penal.*, t. II., Traducción de la 20ª ed. por Luis Jiménez de Asúa, 4ª ed., Editorial Reus, Madrid.