

## IV. RETROACTIVIDAD PENAL



# JURISPRUDENCIA PENAL DESFAVORABLE Y RETROACTIVIDAD: RAZONES PARA SU PROHIBICIÓN

Mariona Llobet Anglís\*

## Resumen

*¿Pueden los cambios jurisprudenciales desfavorables ser aplicados retroactivamente cuando son perjudiciales al reo? Esta cuestión, pese a estar vinculada con una materia tan sensible en un Estado de Derecho como es el principio nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia, no ha encontrado todavía una solución incontrovertida. Por ello, este trabajo persigue, además de exponer el estado de la cuestión y analizar la(s) doctrina(s) del TEDH, mostrar que la postura que optimiza los valores constitucionales, filosóficos y garantistas en liza es la extensión de la irretroactividad desfavorable a la jurisprudencia, dado que el error de prohibición no siempre va a solventar los aspectos problemáticos. Ahora bien, dicha equivalencia solo es posible si la jurisprudencia es constante e incontrovertida, y solo es legítima si el fallo decisorio del caso concreto tiene efectos de naturaleza doble: prospectivos-normativos, para garantizar la seguridad jurídica, y retrospectivos-comunicativos, para mantener la confianza en el orden jurídico.*

## Palabras clave

*Principio de legalidad, lex praevia, jurisprudencia, irretroactividad, seguridad jurídica, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)*

## Abstract

*Can unfavorable jurisprudential changes be applied retroactively when they are detrimental to the offender? This issue, despite being linked to a matter as sensitive in the Rule of Law systems as the principle nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia, has not yet found an uncontroversial solution. For this reason, the main aims in this work are, in addition to exposing the state of art and analyzing*

---

\* Profesora de Derecho penal, Universitat Pompeu Fabra (mariona.llobet@upf.edu)

*the doctrine(s) of the ECHR, showing that the position that optimizes the constitutional, philosophical and guarantee values in conflict is the extension of unfavorable non-retroactivity to jurisprudence, given that the mistake of law will not always solve the problematic aspects. Now, such equivalence is only possible if the jurisprudence is constant and uncontroversial, and is only legitimate if the decision in the specific case has effects of a double nature: prospective-normative, to guarantee legal certainty, and retrospective-communicative, to maintain confidence in the legal order.*

### Keywords

*Principle of legality, lex praevia, jurisprudence, irretroactivity, legal certainty, European Court of Human Rights (ECHR)*

SUMARIO: I. Punto de partida: algunos casos para la discusión. II. Estado de la cuestión. 1. Postura de la jurisprudencia europea: España, Alemania e Italia. 2. Posturas doctrinales. III. La(s) doctrina(s) del TEDH. IV. Recapitulación y toma de postura. 1. Fundamento de la seguridad jurídica: no solo la previsibilidad subjetiva sino también la interdicción de la arbitrariedad. 2. Problemas del error de prohibición. 3. Principios filosófico y político-constitucionales: ¿afectación insoportable?. 4. Elementos que equiparan a la jurisprudencia con el texto legal. 5. *Overruling*: breve propuesta sobre fallos de naturaleza doble, prospectiva y retrospectiva, y su compatibilidad con nuestro sistema procesal. V. Bibliografía.

## I. PUNTO DE PARTIDA: ALGUNOS CASOS PARA LA DISCUSIÓN

Desde la entrada en vigor de LO 15/2007, de 30 de noviembre, es delito conducir un vehículo a motor o ciclomotor sin haber obtenido «nunca» permiso o licencia (art. 384. II CP). Ya desde su tipificación, los tribunales tuvieron que decidir su alcance en relación con distintos supuestos, y, entre ellos, los de conducción con un permiso extranjero no homologado. La solución fue, desde el principio, unánime y, con el devenir del tiempo, se ha mantenido absolutamente constante en la jurisprudencia: conducir con un permiso válido, pero no convalidado en España, no es constitutivo de delito, sino de infracción administrativa<sup>(1)</sup>.

---

(1) Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, R., «Delitos contra la seguridad vial», en Jesús María Silva Sánchez (dir.)/Ramon Ragués i Vallés (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 9.ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, pp. 343-369 (p. 365); y Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Los delitos contra la seguridad vial», en Fernando Molina Fernández (coord.), *Memento Práctico Penal*, Lefebvre, Madrid, 2023, pp. 1745-1793 (p. 1779).

¿Sería razonable admitir un cambio de parecer repentino por parte de nuestros tribunales en un caso concreto que conllevara la condena penal de un conductor despistado, que no homologó su carnet ante la DGT correspondiente, antes de visitar España?

En materia de delitos contra la salud pública, el artículo 369.1 CP, entre otras muchas, prevé una agravante en relación con el tráfico de drogas cuando la cantidad sea de notoria importancia (circunstancia 5.<sup>a</sup>). Esta formulación, claro ejemplo de concepto jurídico indeterminado, tuvo que ser precisada por la Sala Segunda, en un pleno no jurisdiccional que tiene ya casi un cuarto de siglo, y que incluye una tabla que recuerda a un reglamento, más que a un fallo<sup>(2)</sup>. ¿Podrían los tribunales penales inaplicar de repente estos baremos y condenar con base en el tipo agravado a un traficante de heroína por vender 250 gr. de esta droga, al considerarla una cantidad notoriamente importante, pese a que no supera lo establecido en el citado pleno (que lo cifra en 300 gr.)?

Por último, el criterio de computar la redención de penas por el trabajo, prevista en el Código Penal de 1973 (art. 100), tenía como consecuencia que el máximo de estancia en prisión por hechos cometidos bajo su vigencia fuera, en la práctica, de 20 años. En este sentido, se entendía, de forma unánime y constante por los aplicadores, que pena y condena eran conceptos sinónimos. Sin embargo, como es sabido, a la hora de decidir sobre la excarcelación del terrorista Henri Parot, la Sala Segunda reinterpreto la forma de computar dichas redenciones, y consideró que cuando tal beneficio penitenciario era de aplicación sobre una condena limitada en virtud de las normas del concurso real, la redención tenía que establecerse respecto a cada una de las penas impuestas, no sobre la condena final. La consecuencia práctica de tal giro jurisprudencial desfavorable para el reo fue alargar en diez años la estancia en prisión en tales supuestos. ¿Fue legítimo hacerlo? Para el TEDH<sup>(3)</sup> no, pues, a su juicio, la ‘doctrina Parot’ vulneró la legalidad penal consagrada en el artículo 7 CEDH<sup>(4)</sup>, al aplicar una ley que no estaba vigente en el momento de comisión de los hechos, tal y como era interpretada de forma constante.

(2) Acuerdo del Pleno de 19 de octubre de 2001, según el cual la cantidad es de notoria importancia «a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario». Además, el Acuerdo fija la cantidad que se considera de notoria importancia en el caso de las sustancias más habituales: 300 grs. de heroína, 750 grs. de derivados de la cocaína, 10 kg. de marihuana, 2,5 kg. de hachís, 300 mgs. de LSD, 240 grs. de éxtasis, etc. Y, lo mismo sucede con la agravante de extrema gravedad (art. 370.3.º a) CP): hay que multiplicar por mil la cuantía que la Sala Segunda toma como módulo para apreciar la agravante de notoria importancia (Acuerdo no jurisdiccional del TS de 25 de noviembre de 2008). Precisamente, VARELA CASTRO, L., «Los límites de la libertad del juez al decidir», en Juan Carlos Carbonell Mateu/José Luis González Cussac/Enrique Orts Berenguer (dirs.)/María Luisa Cuerda Arnau (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1917-1950 (p. 1940), considera que, «en ocasiones, el nuevo criterio normativo no va más allá de una mera interpretación de la ley escrita», pero, en otras, «el criterio jurisprudencial puede estar **integrando** en sede jurisdiccional el contenido mismo de la norma penal», como en el concepto de ‘notoria importancia’ (negrita en el original).

(3) SSTEDH *as. Del Río Prada c. España*, Sec. 3.ª, 10 de julio de 2012 y, Gran Sala, 21 de octubre de 2013.

(4) Y, en consecuencia, la libertad (art. 5 CEDH).

Con estos ejemplos<sup>(5)</sup>, pues, se pretende introducir una de las discusiones clásicas, a caballo entre la filosofía del Derecho, el Derecho constitucional y el Derecho penal, que versa sobre el alcance retroactivo de los cambios jurisprudenciales, en concreto, si son perjudiciales para el reo (retroactividad *in malam partem*)<sup>(6)</sup>. No hay duda de que nuestro ordenamiento jurídico<sup>(7)</sup>, al igual que los de tradición continental, consagra el principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia* en relación con las leyes, pero no se pronuncia expresamente sobre la jurisprudencia. Por esta razón, la posibilidad de aplicar retroactivamente los cambios jurisprudenciales es una cuestión que, en la práctica, no ha encontrado todavía una solución ni unívoca ni incontrovertida, lo que, como indica Neumann<sup>(8)</sup>, es un gravísimo problema: el Derecho penal «no puede arrastrar problemas no resueltos relativos a cuestiones fundamentales, y, tanto menos, en un ámbito del Estado de Derecho tan sensible como el del principio *nullum crimen*».

Establecido lo anterior, en este trabajo se quiere detallar y sistematizar, brevemente, el estado de la cuestión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de distintos países. Pero, sobre todo, se persigue, por un lado, exponer la doctrina del TEDH en esta materia y resaltar sus aspectos confusos, y, por el otro, tomar postura sobre cuál de las posiciones defendidas, con los problemas que conllevan en todo caso, representa un mal menor, y por qué. Así, como se verá, las principales ideas que serán analizadas son: en primer lugar, que el TEDH tiene, en realidad, dos soluciones sobre el alcance de la previsibilidad como fundamento de la legalidad, en función de la naturaleza del delito (esto es, si es *mala in se* o *mala quia prohibita*)<sup>(9)</sup>, y de la norma vulnerada (bien de conducta, bien de sanción); en segundo lugar, que la postura que optimiza los valores constitucionales, filosóficos y garantistas en liza es, a mi juicio, la extensión de la irretroactividad desfavorable a la jurisprudencia; en tercer lugar, que aplicar el error de prohibición invencible no siempre va a permitir solventar todos los supuestos problemáticos que los cambios jurisprudenciales desfavorables plantean; en cuarto lugar, que la determinación de lo que deba entenderse por ‘jurisprudencia consolidada’, a los efectos de su equiparación legítima con el texto legal, es una tarea tanto esencial para resolver el fondo de la cuestión, como poco elaborada; y, por último, que el fallo decisorio del caso concreto deberá tener efectos de naturaleza doble: prospectivos-normativos, para garantizar la seguridad jurídica, y retrospectivos-comunicativos, para mantener la confianza en el orden jurídico.

(5) Véanse otros propuestos por LASCURAÍN, J. A., «¿Debe ser irretroactiva la jurisprudencia penal desfavorable? Un dilema», *Almacén de Derecho*, 2023, pp. 1-20 (pp. 2 y ss.).

(6) También existe una importante discusión sobre la retroactividad jurisprudencial *in bonam partem*, la cual no se tratará en este trabajo (sobre ella, MONTIEL, J. P., «Irretroactividad de la jurisprudencia más benigna», en PITLEVNIK L. G., *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 7, 2009, pp. 241-265).

(7) Arts. 9.3 y 25.1 CE y art. 2.1 CP.

(8) NEUMANN, U., «¿Pueden tener los cambios jurisprudenciales *in peius* de los tribunales penales eficacia retroactiva?», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 20, 1999, pp. 102-118 (p. 104).

(9) Por usar una terminología clásica, y, últimamente en boga de la mano de SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 39 y 63, aunque en el mundo anglosajón se ha mantenido con más intensidad.

## II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La discusión sobre la legitimidad, o no, de aplicar retroactivamente la jurisprudencia desfavorable se enmarca en la intersección de tres ramas jurídicas: la constitucional, la filosófica y la penal, puesto que sus tres principales (a la vez que clásicos e imbricados) problemas son los siguientes<sup>(10)</sup>: incide, en primer lugar, en el debate (político-)constitucional sobre la teoría de las fuentes del derecho con legitimidad democrática y la consiguiente separación de poderes; en segundo lugar, desde la filosofía del derecho, en la teoría de la interpretación, esto es, en los conceptos de Derecho y de norma que se manejen y, consecuentemente, en el papel del aplicador, bien como su cofundador, bien como su voz declarativa; y, por último, desde la teoría del garantismo penal, en el objeto y alcance de la previsibilidad y su relación con el principio de culpabilidad, en cuanto exigencia de motivación posible del sujeto. Y es que no cabe duda de que nadie puede motivarse por una ley inexistente en el momento de comisión de un hecho. Además, también se plantean cuatro ulteriores cuestiones problemáticas que la equiparación de la jurisprudencia con el texto legal conlleva<sup>(11)</sup>:

– La primera, de carácter procesal, sobre cómo implementar en los ordenamientos jurídicos sentencias con cláusulas *ex-nunc* o *Von nun an*<sup>(12)</sup>, esto es, «De ahora en adelante», tanto desde una perspectiva técnica<sup>(13)</sup>, como compatible con la consagrada independencia judicial<sup>(14)</sup> y su escalafón. En este sentido, se ha alega-

---

(10) Véase, especialmente, GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre algunas consecuencias de la Sentencia del TEDH en el caso Del Río Prada contra España: irretroactividad de la jurisprudencia penal desfavorable y cambios en las fuentes de producción del Derecho penal», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 41, 2014, pp. 54-63; EL MISMO, «Sobre el principio de legalidad penal y su alcance. De la previsibilidad como componente de la legalidad», en Mercedes Pérez Manzano/Juan Antonio Lascaraín Sánchez (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 313-334; LAPORTA SAN MIGUEL, F., «La “doctrina Parot” y la teoría del derecho», en Mercedes Pérez Manzano/Juan Antonio Lascaraín Sánchez (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 335-347; y MONTIEL, 2009: 241 y ss.

(11) Véase, también, la sistematización de problemas que plantea esta cuestión en Soledad Barber Burusco, *La prohibición de retroactividad en el ámbito del cumplimiento de la pena de prisión*, Dykinson, Madrid, pp. 215 y ss.

(12) Planteado en Alemania, la formulación original de esta clase de cláusulas es como sigue: «El hecho acusado se presenta como... (calificación del hecho). Se prescindirá de la pena, ya que el enjuiciamiento del hecho como... (calificación) se refiere a consideraciones que se apartan de la situación que hasta ahora existía en la aplicación de la ley en... (aquí se consignan las diferencias)» (cfr. Fulgencio *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*, UV, Valencia, 1982, pp. 18 y 23).

(13) Arts. 142.4.º5 y 742 LECrim, que establecen dos únicas posibles sentencias: la condena o la absolución, sin aludir a eventuales cláusulas prospectivas. Para más detalle, Guillermo «¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIV, 2003, pp. 355-378 (pp. 370-371).

(14) Art. 117.1 CE, que establece que los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial son independientes y sometidos únicamente al imperio de la ley. Por ello, Günther Jakobs, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 127, también alega que se corre el riesgo de que la vinculación de los tribunales a su propia jurisprudencia implique un debilitamiento de su sometimiento a la ley. A favor, SERRANO GONZÁLEZ DE MURI-

do, por un lado, que podría acortarse dañinamente la autonomía de los jueces, esto es, su discrecionalidad interpretativa, produciéndose una fosilización<sup>(15)</sup>, y, además, en el sentido de manifestar preferencias interpretativas extensivas de los tipos, para evitar los problemas que los cambios jurisprudenciales en contra de reo producen<sup>(16)</sup>. Y, por el otro, que podría darse una «vinculación de un órgano judicial superior, al precedente de los tribunales que están más abajo en la escala judicial»<sup>(17)</sup>.

– La segunda, de naturaleza gramatical, dada la literalidad de los textos constitucionales en materia de interdicción de la retroactividad desfavorable, que no aluden a la jurisprudencia<sup>(18)</sup>.

– La tercera, de índole político-criminal, relativa a los incentivos perversos provocados por una jurisprudencia que ejerciera labores legislativas tanto para la taxatividad de los tipos, como para su dureza punitiva: por un lado, el legislador podría sentir como algo no necesario «lograr la mayor precisión posible en la elaboración de las leyes, porque los ciudadanos no se guiarían tanto por esta como por la jurisprudencia»<sup>(19)</sup>; y, por el otro, también podría encontrar «un incentivo malévolamente para endurecer la ley y cortar de cuajo los efectos de la interpretación favorable cuando tales efectos le desagraden o políticamente no le convengan»<sup>(20)</sup>.

---

LLO, J. L., «Prohibición de retroactividad y cambios de orientación en la jurisprudencia», *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 11, 1993, pp. 243-258 (pp. 247 y ss.); en contra, NEUMANN, 1999: 110 y ss.

(15) Impidiendo, así, su tarea de adaptar la aplicación de la ley a los cambios sociales. Sin embargo, en contra: NEUMANN, 1999: 110 y ss.; y Alaor «Grund und Grenzen eines Rückwirkungsverbots bei täterbelastenden Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht. Für ein Rückwirkungsverbot bei 'strafunrechtskonstituierender Rechtsprechung'», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2014, vol. 161, núm. 4, pp. 220-238 (p. 224).

(16) GARCÍA AMADO, 2016: 325: «cabe temer un posible acicate para que los jueces quieran mantener su libertad hacia el futuro eligiendo ahora la interpretación más dura de entre las razonablemente posibles».

(17) GARCÍA AMADO, 2016: 325.

(18) En concreto, el texto constitucional español se refiere a las «disposiciones sancionadoras no favorables» (art. 9.3 CE) y a la «legislación vigente» (art. 25.1 CE). No obstante, a esta crítica se han opuesto soluciones tanto gramaticales como sistemáticas (cfr. Oliver Calderón, 2003: 363). Véanse, también, LASCURÁIN, 2023: 4; y, sobre el art. 103 II de la Ley Fundamental alemana (GC), NEUMANN, 1999: 105; y LEITE, 2014: 224).

(19) Cfr. OLIVER CALDERÓN, 2003: 364-365, quien expone el peligro que, en términos de relajamiento del legislador en su obligación de respetar el mandato de determinación, podría conllevar la aceptación de la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables (aunque este autor defiende la equiparación). También alude a esta cuestión LASCURÁIN, 2023: 10. Sin embargo, en España ya existían leyes indeterminadas bajo la jurisprudencia del TS y del TC, según la cual la aplicación retroactiva desfavorable no alcanza al intérprete, como se pondrá de relieve a continuación en el texto (ap. II.1). Por tanto, no me parece que pueda mostrarse la relación causa-efecto entre prohibir la aplicación retroactiva de la jurisprudencia contraria a reo y la existencia de leyes más indeterminadas. En todo caso, pudiera tener mayor efecto sobre ello la doctrina constitucional según la cual la taxatividad se salva con leyes no determinadas sino determinables por la jurisprudencia (*Vid. infra* ap. II.2).

(20) GARCÍA AMADO, 2016: 325; LASCURÁIN, 2023: 10. Lo que, ciertamente, sucede en ocasiones (así, en el ámbito del proxenetismo no coercitivo del art. 187.1. II CP, se está discutiendo dejar sin efectos la interpretación restrictiva realizada por la STS de 3 de julio de 2008). No obstante, hay una incesante expansión del Derecho penal, tanto cuantitativa como cualitativa, que nada tiene que ver con la labor jurisprudencial (para ello, simplemente, ver las causas expuestas por SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.<sup>a</sup>

– Y, la última, de justicia material, pues se considera injusto dejar sin castigo una conducta que lo merece y cuya nueva interpretación es no solo gramaticalmente posible, sino valorativamente más razonable que la anterior, aunque los tribunales no se hubieran percatado hasta entonces<sup>(21)</sup>. En definitiva, pues, legalidad, como justicia formal, vs. justicia material, son, a la postre, dos aspectos también confrontados en esta discusión, especialmente en los delitos *mala in se*<sup>(22)</sup>.

## 1. POSTURA DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA: ESPAÑA, ALEMANIA E ITALIA.

Con todo ello, en la Europa continental, algunos de los más altos tribunales, tanto en la jurisdicción ordinaria como constitucional, coinciden en distinguir entre texto legal y su interpretación jurisprudencial. Así, en España, hasta el fallo en el asunto del Río Prada vs. España, en materia penal<sup>(23)</sup>, ha sido doctrina unánime del TS, siguiendo los postulados del TC<sup>(24)</sup>, que el principio de legalidad no garantiza la irretroactividad de la jurisprudencia, sino la de las leyes<sup>(25)</sup>. Precisamente por ello, en el mencionado ‘caso Parot’, la Sala Segunda sentenció que «*nuestra propia jurisprudencia (ad exemplum, STS 1101/1998) no consideran 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*»<sup>(26)</sup>.

Por su parte, los tribunales alemanes tuvieron que enfrentarse a otro caso muy conocido sobre esta cuestión que dio lugar a pronunciamientos polémicos. A saber, en un momento determinado, el TS alemán (*BGH*) abandona una jurisprudencia largamente consolidada que establecía que el límite de la absoluta incapacidad para la conducción, excluyente de toda prueba en contrario, se hallaba a partir de 1,5 gr. de alcohol en sangre, con el fin de adaptarse a los estudios médicos que así lo sugerían. El nuevo criterio, menos favorable, lo rebajó a 1,3<sup>(27)</sup>. ¿Podía aplicarse, pues, a hechos ocurridos bajo la vigencia del criterio anterior? Así lo hizo el OLG (*Ober-*

---

ed., Edisofer, Madrid, 2011, pp. 11 y ss.). Y, además, otras veces, una interpretación favorable al reo se termina plasmando en la ley (por ejemplo, la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6.ª CP).

(21) Sobre esta cuestión, GARCÍA AMADO, 2016: 324.

(22) *Mutatis mutandis*, esta ha sido la discusión en el ámbito de la justicia internacional de los derechos humanos: véase, Jesús María Silva Sánchez, «*¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’*», *Derecho penal y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, vol. 29, núm. 86-87 (2008), pp. 149-171 (p. 150).

(23) Cfr. el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 12 de noviembre de 2013, en el que se asume lo declarado en la STEDH de 21 de octubre de 2013.

(24) STC 95/1993 (con un voto particular en contra del magistrado de la Vega Benayas).

(25) Véase un análisis jurisprudencial muy completo en TARDÍO PATO, J. A., «Retroactividad de la jurisprudencia y la seguridad jurídica», *Revista CEFLEGAL. CEF*, núm. 203 (diciembre 2017), pp. 123-166.

(26) STS de 28 de febrero de 2006 (negrita en el original).

(27) Sentencia de 9 de diciembre de 1966 (disponible en *NJW*, 1967: 116), y, posteriormente, se vuelve a bajar a 1,1.

*landesgericht*) de Karlsruhe<sup>(28)</sup>, siendo ello tiempo después avalado por el propio TC alemán (*BVerfG*)<sup>(29)</sup>: «los principios de irretroactividad y de protección de la confianza legítima no impiden que los tribunales clasifiquen determinados hechos como fácticos basándose en nuevas conclusiones»<sup>(30)</sup>.

Finalmente, también en Italia, esta es una cuestión muy debatida, siendo la doctrina de los tribunales, tanto en la *Corte Suprema di Cassazione* como en la *Costituzionale*, de nuevo, contraria a equiparar los efectos del texto legal y de la jurisprudencia. En este sentido, un supuesto especialmente polémico fue el de equiparar, en el delito de asociación mafiosa, el miembro con el colaborador, esto es, la doctrina del *concorso esterno*<sup>(31)</sup>, que los tribunales, en el momento de su creación<sup>(32)</sup>, aplicaron de forma retroactiva en contra de reo. No obstante, este caso llegó también a Estrasburgo, as. *Contrada vs. Italia* de 14 de abril de 2015, en el que el TEDH condenó a Italia por aplicar una jurisprudencia creada con posterioridad a la comisión de los hechos, con base en un precepto que no era lo suficientemente claro ni predecible<sup>(33)</sup>. Por tanto, cuando aquel fue determinado por la jurisprudencia en el sentido de castigar, también, a los colaboradores externos de las asociaciones mafiosas, la prohibición de irretroactividad desfavorable impedía su aplicación a hechos anteriores.

---

(28) Sentencia de 5 de octubre de 1967 (disponible en *NJW*, 1967: 2167). Por su parte, el BGH operó el cambio pero no planteó el problema de la retroactividad desfavorable de la jurisprudencia.

(29) Disponible en *NStZ*, 1990: 537, ante la ulterior rebaja a 1,1.

(30) Véase un análisis más detallado del caso en HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 325-326; ESER, A./BURKHARDT, B., *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, 2.ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2003, p. 65; y MADRID CONESA, 1982: 9 y ss. Sin embargo, como apunta GARCÍA PÉREZ, O., «El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia», *InDret* 4/2018, pp. 1-52 (pp. 40-41), el TC alemán parece que está apuntando a un cambio de tendencia. Sobre ello, también, LEITE, 2014: 220.

(31) En Italia, en relación con las organizaciones mafiosas, no existe una tipificación expresa de los actos de colaboración. El conocido como *concorso esterno in associazione di tipo mafioso* es una muy controvertida creación jurisprudencial construida sobre dos artículos del Código penal italiano: por un lado, el art. 416-bis (*associazioni di tipo mafioso anche straniere*, que castiga solamente a quienes forman parte, en el apartado 1, y a sus promotores, dirigentes y organizadores, en el apartado 2); y, por el otro lado, en el art. 110, que prevé la concurrencia plural en el mismo delito: «*Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita (...)*». Sobre ello, véase un exhaustivo listado bibliográfico en LLOBET ANGLÍ, M., «Miembros y colaboradores de organizaciones criminales –en especial, terroristas–: ¿quién es qué y quién no es?», *InDret* 4/2020, pp. 172-225 (183, nota 39).

(32) Sezioni Unite Demitry de 5 de octubre de 1994.

(33) Sobre esta resolución, DONINI, M., «El derecho jurisprudencial penal. Colisiones verdaderas y aparentes con la legalidad y sanciones por ilícitos interpretativos», *InDret* 2/2018, pp. 1-48 (pp. 21 y ss.).

## 2. POSTURAS DOCTRINALES.

Respecto a las posturas doctrinales, debe señalarse que, ante todo, en Alemania<sup>(34)</sup>, España<sup>(35)</sup>, Italia<sup>(36)</sup> y Latinoamérica<sup>(37)</sup>, hay dos posiciones contrapuestas en función de la premisa filosófica sobre el concepto de ‘norma’ del que se parta y sus consecuencias tanto respecto a la separación de poderes, como al objeto de previsibilidad relevante<sup>(38)</sup>. Así, para quienes «las normas son el resultado de un proceso de atribución de significado (...), el cambio normativo no se debe producir

(34) En Alemania, la posición según la cual la prohibición de retroactividad no alcanza las decisiones jurisprudenciales, es defendida por autores tales, todos con ulteriores referencias, como: Claus Roxin, *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997 (traducción de la 2.ª ed. alemana), pp. 165-166; Bernd SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, W de G, Berlin-New York, 1978, pp. 27-29; MAURACH, R./ZIPE, H., *Derecho penal. Parte General I. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, Astrea, Buenos Aires, 1994 (traducción de la 7.ª edición alemana), p. 199; JESCHECK, H.-H., /WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Volumen I, Pacífico, Lima, 2014 (traducción de la 5.ª edición alemana), p. 204, nota 55; o JAKOBS, 1997: 126 y ss. Contrariamente, para otro sector, es posible equiparar la prohibición de retroactividad a los cambios en la jurisprudencia, en la medida en que existe la posibilidad de que el ciudadano atribuya a una jurisprudencia estable el mismo grado de confianza que a la norma jurídico penal para la determinación de su comportamiento (así, muy destacablemente, NEUMANN, 1999: 101 y ss.; HASSEMER, 1984: 325-326; y ESER/BURKHARDT, 2003: 65-66).

(35) En España, pueden encontrarse ambas posturas en la doctrina (penalista, constitucionalista y administrativista). Así, están a favor de la equiparación: RUIZ ANTÓN, L. F., «El principio de irretroactividad de la Ley Penal en la doctrina y la jurisprudencia», *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 7, 1989, pp. 147-167 (pp. 163 ss.); ALCÁZER GUIRAO, R., «La ‘doctrina Parot’ ante Estrasburgo: Del Río Prada c. España (STEDH 10.7.2012, núm. 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 43, Madrid, septiembre/diciembre 2012, pp. 929-952; FRÍGOLS I BRINES, E., *Fundamentos de la sucesión de leyes en el derecho penal espanyol: existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 369 ss.; CORRECHER MIRA, J., *Principio de legalidad penal: ley penal vs. law in action*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 418 y ss.; LASCURAÍN, 2023: 11 ss., entre los penalistas; FERRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 186 y ss.; RUIZ ROBLEDO, A., *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 273 y ss.; Díez Picazo, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003, p. 392; Martín Orozco Muñoz, *La creación judicial del Derecho y el precedente vinculante*, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 264 ss., entre los constitucionalistas; TARDÍO PATO, 2017: 123 y ss., entre los administrativistas. En cambio, no aceptan tal equiparación penalistas como: ÁLVAREZ GARCÍA, J., *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 304 y ss.; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General: Introducción*, t. 1, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 184; Serrano González de Murillo, 1993: 249 y ss.; MADRID CONESA, 1982: 30 y ss.

(36) Cfr. CADOPPI, A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, 2.ª ed., G. Giappichelli ed., Torino, 2014; FIANDACA, G., *Il diritto penale giurisprudenziale: tra orientamenti e disorientamenti*, editoriale scientifica, Napoli, 2008; VIGANÓ, F., «Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale», *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 diciembre 2016, pp. 1-43 (pp. 23 y ss.).

(37) En contra de la equiparación: MONTIEL, 2009: 254 y ss.; BAGICALUPO, E., *Principios de Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 86. A favor: CALDERÓN, O., 2003: 366 y ss.; y, en su posterior monografía, *retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, pp. 227 y ss.

(38) Aunque algunos autores inciden más en uno u otro aspecto.

necesariamente mediante una modificación legislativa, sino que es suficiente con la atribución de un significado distinto a la formulación normativa»<sup>(39)</sup>: las normas jurídicas cambian con el cambio de significado<sup>(40)</sup>. Por el contrario, aquellos que defienden que la ley equivale solamente a las palabras del legislador, no dan la misma relevancia a lo que dice la jurisprudencia que a lo que se plasma en el texto legal<sup>(41)</sup>.

En este sentido, Roxin<sup>(42)</sup> considera que «si el tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprudencia anterior, éste tiene que soportarlo, pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida»<sup>(43)</sup>. Además, para este sector, solo mediante la no equiparación entre legislador e intérprete puede salvaguardarse el sistema de fuentes consagrado constitucionalmente, que garantiza que jueces y magistrados no se arroguen la función que pertenece, en última instancia, al poder legislativo en virtud de los principios democráticos y de separación de poderes<sup>(44)</sup>. En palabras de JAKOBS<sup>(45)</sup>, no equiparar los efectos de un cambio jurisprudencial con uno de carácter legal pretende evitar un poder judicial que legisle.

Por ello, tales postulados filosóficos y político-constitucionales tienen, finalmente, consecuencias en cuanto al objeto de la previsibilidad relevante: para un sector, el conocimiento del Derecho aplicable a un caso concreto implica la búsqueda no solo del Derecho positivo sino también de su interpretación<sup>(46)</sup>. En cam-

---

(39) FRÍGOLS I BRINES, 2004: 156 y ss., quien considera que «el Derecho no lo constituyen los enunciados lingüísticos, sino los significados que les son atribuidos a los mismos». También CALDERÓN, O., 2003: 240-241, afirma que la unidad que conforman ley e interpretación da lugar a lo que entiende por norma.

(40) FRÍGOLS I BRINES, 2004: 157.

(41) Aunque, como indica LASCURAÍN, 2023: 14, «la concepción del juez como normador sucesivo no aboca a la irretroactividad desfavorable», lo cierto es que ambas cuestiones suelen estar totalmente imbricadas en la mayoría de autores que han tratado estas cuestiones.

(42) ROXIN, 1997: 165-166. Similar, SCHÜNEMANN, 1978: 28, quien afirma que el comportamiento del ciudadano solo puede verse limitado por la ley, no por los cambios jurisprudenciales, puesto que la confianza y la orientación en los precedentes no están ancladas en normas, sino en hechos (pasados).

(43) Dejo de lado la discusión filosófica sobre el propio concepto de norma. Así, desde la filosofía de tradición analítica suele distinguirse «entre el enunciado normativo y la norma propiamente dicha»: «el ‘enunciado normativo’ es una expresión lingüística mediante la cual una autoridad pone en conocimiento de ciertos agentes cómo pretende dirigir su conducta, mientras que el término ‘norma’ queda reservado al contenido significativo del enunciado, lo cual depende de un proceso interpretativo», y para este autor solo alcanza la prohibición de irretroactividad desfavorable al enunciado normativo (MONTIEL, 2009: 257 y ss.). Ofrecen similares distinciones conceptuales: GARCÍA PÉREZ, 2018: 28, texto legal vs. normas; DONINI, 2018: 7 y ss., disposición vs. norma; o FRÍGOLS I BRINES, 2004: 372, formulación normativa o enunciado lingüístico vs. norma.

(44) En este sentido, para ROXIN, 1997: 165, el principio de legalidad exige mantener una distinción entre ambos tipos de fuentes jurídicas y, por ello, no puede desconocerse la importancia del principio democrático y de la división de poderes.

(45) Cfr. JAKOBS, 1997: 127: «un poder judicial que estuviera sujeto, como el poder legislativo, también juzgaría como si promulgase leyes».

(46) En este sentido, afirma MADRID CONESA, 1982: 13-15, que hay una innegable tendencia del precedente al estilo angloamericano, por lo que la «jurisprudencia constante de los tribunales superiores se acerca mucho a un mandato de carácter legal». Por tanto, «si se quiere saber el contenido *efectivo* de una ley, se han de estudiar los comentarios a la misma en donde se recoge la jurisprudencia».

bio, para el otro, el texto legal incluye cualquier interpretación racional dentro de su literalidad. Por tanto, desde esta postura, se entiende que todo lo *racionalmente interpretable es previsible*, y no solo lo ya *interpretado*, puesto que subsiste, en los ciudadanos, la posibilidad de imaginar todos los casos subsumibles en un precepto<sup>(47)</sup>. Ahora bien, sobre el alcance de ambas posturas, hay que dejar sentadas las tres cuestiones siguientes.

En primer lugar, entre quienes defienden la equiparación entre ley y jurisprudencia, existe un hilo argumental que, sin profundizar en los aspectos filosóficos y político-constitucionales del concepto de ‘norma’, se centra en la realidad de las cosas<sup>(48)</sup>. En este sentido, Alcácer Guirao<sup>(49)</sup> parte de lo que podría denominarse ‘concepto constitucional de ley taxativa’, esto es, que nuestro TC viene otorgando a la jurisprudencia un enorme protagonismo en el propio cumplimiento de la garantía de certeza exigida a las leyes penales. Por ello, defiende que si nuestro más alto tribunal asume que el mandato de taxatividad no es tanto que las normas sean determinadas cuanto que sean determinables «en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia», lo coherente es concluir que la concreción de la ley penal por la jurisprudencia debe ser sometida a las mismas exigencias de previsibilidad e irretroactividad *in peius* que la propia ley penal<sup>(50)</sup>. Lo contrario resultaría paradójico, ya que se asumiría al mismo tiempo que la jurisprudencia introduce modificaciones normativas, pero que se le permite lo que se le prohíbe al legislador<sup>(51)</sup>.

En segundo lugar, la postura que defiende la falta de equivalencia entre legislador y aplicador es consciente de que existen casos excepcionales «en los que la función de la jurisprudencia excede de la mera precisión de un marco legal y tiene,

---

cia», lo que, desde el punto de vista del ciudadano concreto, convierte en indiferente «que se le pene de forma imprevista e imprevisible por una ley que en el momento de realizar el hecho no existía o que se llegue a este resultado a través de una nueva interpretación jurisprudencial». De la misma opinión, ESER/BURKHARDT, 2003: 66; y NEUMANN, 1999: 105.

(47) Cfr. GARCÍA AMADO, 2016: 323 y ss.

(48) En este sentido, muy especialmente, FRÍGOLS I BRINES, 2004: 369 y ss., para quien «debe ser la teoría la que se adapte a las dificultades de la práctica, y no viceversa». Por ello, «el principio de legalidad debe aplicarse de acuerdo con un modelo teórico que haga posible reflejar todas las dificultades que la creación y la aplicación de las normas penales plantea en la práctica, y no apoyarse en un modelo que se sitúe a espaldas de dicha realidad». También, Correcher Mira, 2014: 420, parte de una visión realista sobre la falta de taxatividad existente debido a la propia naturaleza de las cosas, la imposibilidad fáctica de recurrir a una técnica legislativa más depurada y el deseo de evitar una pronta obsolescencia.

(49) ALCÁCER GUIRAO, 2012: 945: si «el problema de constitucionalidad se traslada del legislador al aplicador de la norma, ya que el déficit de la ley solo es compatible con las exigencias del principio de legalidad si el juez lo colma, es la jurisprudencia la que viene a complementar el contenido de la ley penal para cumplir con el mandato de certeza».

(50) De lo contrario, «se estaría entronizando una verdadera retroactividad oculta» (VARELA CASTRO, 2009: 1941, *negrita en el original*).

(51) Véase GARCÍA ALBERO, R. M., «¿Nullum crimen sine lex certa? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad», *Jueces para la democracia*, núm. 62, 2008, pp. 57-91. Y, en la doctrina constitucionalista, esta es la posición de destacados autores como Díez PICAZO, 2003: 401; o FERRERES COMELLA, 2002: 196. Así, como apuntan, respectivamente: «parece que, si se admite que la jurisprudencia puede integrar las deficiencias de taxatividad de la ley penal, habrá que concluir que será exigible de los cambios jurisprudenciales idéntica irretroactividad que de la propia ley penal». O «ante la queja de que la ley es imprecisa el TC remite a la jurisprudencia. Luego, ante la queja de que ha sido aplicado retroactivamente un cambio jurisprudencial desfavorable, ¿se le puede decir al ciudadano que sólo la ley es relevante? ¿En qué quedamos?». Se acoge a esta postura LASCURAIN, 2023: 11.

en verdad, una función complementaria o sustitutiva de la ley»<sup>(52)</sup>. Por ello, tanto en España, como en Alemania (tomando como ejemplo el citado caso en el que se fue modificando el criterio de incapacidad absoluta de alcohol en sangre para la conducción), parte de la doctrina admite que, en ocasiones, la jurisprudencia tiene una función de orientación similar a la ley, esto es, que «hace las veces de legislador»<sup>(53)</sup>. Por ello, defienden la solución del error de prohibición invencible para salvaguardar el principio de culpabilidad<sup>(54)</sup>.

En tercer lugar, existe una postura que podría denominarse híbrida, la cual distingue entre los casos en que la jurisprudencia ejerce un ‘complemento judicial’, parangonable al de las leyes penales en blanco, y aquellos otros en los que la jurisprudencia realiza una mera tarea interpretativa<sup>(55)</sup>. En estos casos, como indica Vidales Rodríguez<sup>(56)</sup>, no se constata una falta de diligencia del legislador, y, por ello, «no deben extenderse a la interpretación judicial las mismas prebendas de que disfruta la ley», lo que sí sería aceptable respecto del primer grupo. En definitiva, no se trata de una inconclusa tarea legislativa que ha de continuar el juez, sino que se interpreta una norma penal que ya está completa: así, por ejemplo, el concepto de autoría, la teoría de concursos, la continuidad delictiva, las excusas absolutorias, etc. En este sentido, en Alemania, Greco<sup>(57)</sup>, partiendo de una visión diferenciadora, fundada por Leite<sup>(58)</sup>, propone distinguir entre dos ámbitos: uno, en el que la jurisprudencia concreta las decisiones legislativas de forma declarativa («decisiones declarativas»), y, otro, en el que implementa la autorización legislativa al Derecho penal, denominándolas «decisiones constitutivas»<sup>(59)</sup>. La diferencia radica en que mientras en el primer grupo es posible, en gran medida, una discusión racional, en el segundo ocurre lo contrario, esto es, «apenas existen criterios externos con los que se pueda medir la exactitud de la decisión»<sup>(60)</sup>. En estos últimos, la equiparación entre juez y ley la ordena, precisamente, el legislador, dado que el contenido del precepto solo puede determinarse mediante una decisión autorizada. Por ello, los tribunales tienen que someterse a las mismas restricciones que se aplica a la legislación, en particular la prohibición de retroactividad. Ahora bien, los demás supuestos, declarativos, en los que el autor se base de forma irrefragable en una

(52) MONTIEL, 2009: 252.

(53) JAKOBS, 1997: 127.

(54) ROXIN, 1997: 166; SCHÜNEMANN, 1978: 29; MAURACH/ZIPF, 1994: 199; JESCHECK/WEIGEND, 2014: 204, nota 55; JAKOBS, 1997: 128; BACIGALUPO, 1999: 86; MADRID CONESA, 1982: 34 (aunque como solución subsidiaria al recurso de amparo previsto en el art. 53.2 CE).

(55) VIDALES RODRÍGUEZ, 2001: 108 y ss.

(56) VIDALES RODRÍGUEZ, 2001: 138 (aunque, en las pp. 144 y ss., reconoce que las consecuencias son iguales en los dos grupos de casos, por lo que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia desfavorable tampoco le convence).

(57) ROXIN, C./GRECO, L. ., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5. Auflage, C. H. Beck, München, 2020, pp. 249-250.

(58) LEITE, 2014: pp. 231 y ss.

(59) El primer grupo está constituido por la gran mayoría de conceptos jurídicos: ‘voluntariamente’ (§ 24 *StGB*), ‘conjuntamente’ (§ 25 II *StGB*), ‘desventaja’ (§ 266 *StGB*), ‘partido’ (§ 356 *StGB*). En cambio, constituyen ejemplos del segundo ámbito la ‘gran magnitud’ del fraude (§ 263 III 2 n. 2 *StGB*) o los límites del alcohol que determinan la incapacidad absoluta para conducir con seguridad (§§ 316 I y 315c I n. 1 *StGB*) (ROXIN/GRECO, 2020: 249).

(60) LEITE, 2014: 234. Se acepta dicha decisión, simplemente, porque alguien la tomó.

jurisprudencia, e, incluso, en los que se hubiera podido buscar asesoramiento jurídico, se aplicarán las reglas del error de prohibición<sup>(61)</sup>.

### III. LA(S) DOCTRINA(S) DEL TEDH

A diferencia de la doctrina de los más altos tribunales europeos señalados, el TEDH incluye la garantía de irretroactividad de la jurisprudencia desfavorable en el derecho a la legalidad penal, al considerar que el concepto de ‘ley’ del art. 7 CEDH incluye su interpretación<sup>(62)</sup>. No obstante, la prohibición de retroactividad desfavorable al reo no alcanza igual a la ley formal que a su interpretación jurisprudencial. Para la ley, la prohibición es absoluta. Para la jurisprudencia, no<sup>(63)</sup>. Como pone de relieve Alcácer Guirao<sup>(64)</sup>, «la aplicación del canon de irretroactividad desfavorable no adopta un rígido criterio cronológico, sino que hace depender la afectación al artículo 7 CEDH de la garantía nuclear de la *previsibilidad*». De este modo, sólo cuando el cambio jurisprudencial posterior a los hechos sea imprevisible para el ciudadano, por faltar «una tendencia perceptible al respecto en la jurisprudencia»<sup>(65)</sup>, resultará vulnerado el derecho a la legalidad.

Sin embargo, el problema que subyace a este criterio es que no resulta para nada claro cuando un cambio jurisprudencial es imprevisible o no. De la jurisprudencia del TEDH parece que se barajan tres variables para determinar la previsibilidad. Así, en primer lugar, la existencia de antecedentes: por tanto, la cronología importa. En este sentido, por ejemplo, en el as. *Pessino c. Francia*<sup>(66)</sup>, el TEDH sí consideró imprevisible la condena por un delito de ejecución de obra sin licencia previa de construcción a un supuesto de licencia suspendida, porque, en el momento de comisión de los hechos, la jurisprudencia francesa no equiparaba la construcción sin licencia a la construcción con licencia suspendida. Sólo era típico el primer supuesto. Por ello, a juicio del Tribunal de Estrasburgo, tal cambio fue imprevisible, porque no existían resoluciones anteriores que hubieran seguido esta interpretación<sup>(67)</sup>. Y lo mismo sucede cuando la afectación es a la garantía penal, esto es, al alcance de la norma de sanción, siempre que no existan excepciones a esa forma de proceder, como en la doctrina Parot<sup>(68)</sup>.

(61) ROXIN/GRECO, 2020: 250; LEITE, 2014: 236.

(62) Ello se desprende del tenor literal del precepto (al consagrar en el apartado segundo que los principios generales del Derecho pueden ser fuente de ley penal), y ha sido reiterado por el TEDH en muchos pronunciamientos: entre otras, SSTEDH as. *Cantoni c. Francia*, 15 de noviembre de 1996, as. *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, 22 de marzo de 2001; as. *Dragotoniú y Militaru-Pidhorni c. Rumania*, 24 de mayo de 2007 (cfr. ALCÁCER GUIRAO, 2012: 942).

(63) Cfr. RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «‘Nulla poena sine lege’, materialismo y retroactividad de cambios jurisprudenciales: la ‘doctrina Parot’ y la STEDH as. *Del Río Prada c. España* (21/10/2013) como banco de pruebas», *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLI, núm. 1 (2014), pp. 264 y ss.

(64) ALCÁCER GUIRAO, 2012: 942.

(65) Cfr. LASCURAÍN, 2023: 16.

(66) 6 de abril de 1995.

(67) *Vid.*, también, el asunto *Dragotoniú y Militaru-Pidhorni c. Rumania*.

(68) En el asunto *Del Río Prada c. España*, se afirma que, ante la ausencia de antecedentes jurisprudenciales, la demandante no podía haber previsto el cambio jurisprudencial.

No obstante, en segundo lugar, el TEDH también alude a la naturaleza claramente atentatoria contra la dignidad humana de los hechos cometidos, como criterio para afirmar la previsibilidad en el ámbito de los delitos que, a mi juicio, podrían catalogarse en torno a los *mala in se*. En este sentido, hay que traer a colación los conocidos asuntos *C. R c. Reino Unido* y *S. W c. Reino Unido*<sup>(69)</sup>, en las que no se consideró ilegítimamente aplicada de forma retroactiva una jurisprudencia desfavorable que llevó a la condena por delito de violación. A saber, aunque en el momento de comisión de los hechos regía una interpretación jurisprudencial en el Reino Unido según la cual el matrimonio suponía la prestación del consentimiento a las relaciones sexuales y, con ello, la inexistencia de violación, el cambio jurisprudencial posterior fue razonablemente previsible por dos razones, siendo una de ellas que no puede entenderse como imprevisible la sanción de hechos que atentan claramente a la dignidad humana.

Además, en tercer lugar, precisamente en estos casos, el TEDH introdujo un ulterior elemento, que podría denominarse *el constatable soplo de aires nuevos*. Así, a juicio del TEDH, la otra razón por la que no consideró vulnerada la legalidad fue, junto al criterio de la dignidad, que los órganos judiciales continuaron con una línea jurisprudencial que había sentado excepciones a la premisa de la impunidad de la violación en el matrimonio, cuando, básicamente, había una separación de derecho o de hecho<sup>(70)</sup>. Por ello, dadas las excepciones introducidas paulatinamente por los tribunales ingleses, era razonablemente previsible que tal evolución culminase en un abandono absoluto de la regla de la inmunidad marital<sup>(71)</sup>.

Sin embargo, en relación con estos dos ulteriores criterios, el Tribunal de Estrasburgo no aclara los siguientes tres extremos:

Primero, ¿cuándo se atenta contra la dignidad humana? Es decir, no está para nada claro el alcance de lo que deba entenderse por dignidad. Así, tomando un ejemplo propuesto por García Amado<sup>(72)</sup>, relativo a la posibilidad de violación sobre un sujeto pasivo varón: si la interpretación jurisprudencial hubiera sido unánime y continua que no, que la víctima de tal conducta sólo puede ser la mujer, y, repentinamente, los tribunales hubieran cambiado de criterio y castigado un acceso carnal cometido sobre un varón como violación, ¿sería un supuesto en el que el atentado claro a la dignidad humana de esta conducta conlleva que la previsibilidad de su castigo no pueda nunca ser descartada? Y lo mismo podría plantearse en este otro ejemplo: como es sabido, respecto de la comisión por omisión, en el CP '73 no existía la cláusula de equivalencia prevista en el actual artículo 11 CP<sup>(73)</sup>. Por ello, si los tribunales, desde las primeras resoluciones, hubieran afirmado que los progenitores que no alimentan al hijo recién nacido no

(69) Ambas, SSTEDH 22 de noviembre de 1995.

(70) Cfr. FERRERES COMELLA, 2002: 189.

(71) S. W. había agredido sexualmente a su esposa después de haberse producido una pelea entre ambos. Distinto es el caso de C. R., que forzó a su mujer cuando ésta se había ido a vivir con sus progenitores y habiendo pactado que iniciarían el procedimiento de divorcio. Por ello, como indica FARRERES COMELLA, 2002: 189, «los hechos se subsumían en una de las excepciones a la regla», pues la jurisprudencia entendía que el consentimiento quedaba revocado por una orden judicial de separación y por acuerdo entre las partes. No obstante, el TEDH no sigue esta línea más directa.

(72) GARCÍA AMADO, 2014: 58 y ss.

(73) Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 51 y ss.

cometen un homicidio, pero, posteriormente, hubieran cambiado dicho criterio y afirmado que sí, razonándolo semántica, metodológica y axiológicamente, ¿a los primeros padres condenados por la nueva doctrina les hubiera sido previsible esta solución, por constituir un atentado contra la dignidad de su hijo? Piénsese que se trata de una cuestión muy discutida en la doctrina, con distinto tratamiento en el derecho comparado<sup>(74)</sup> y con una dispar percepción social<sup>(75)</sup>. Es más, un cambio de criterio en relación con los progenitores, ¿podría conllevar que también otros supuestos análogos se tuvieran que sentir interpelados?: así, por ejemplo, el esposo al cuidado de su mujer, o el hijo al cuidado de los progenitores, de forma que, llegado el momento de la condena, ello no les fuera imprevisible. Sobre esto, se volverá más adelante.

Segundo, si no hay ninguna excepción análoga al caso juzgado tampoco se aclara por el TEDH el peso de uno y otro criterio, es decir, si a falta de antecedentes similares, el atentado a la dignidad podría ser, *per se*, suficiente, para considerar que el cambio era previsible. Y, lo cierto es que no se sabe qué hubiera ocurrido si en los asuntos *C. R. y S. W. c. Reino Unido* no hubiera existido, en el momento de la comisión de los hechos, ninguna excepción a la imposibilidad de violación en el seno del matrimonio. La referencia que se hace a la protección de la dignidad humana, ¿hubiera sido suficiente para considerar que un cambio de tales características nunca es imprevisible?

Por último, tampoco está claro cuál es el alcance de las excepciones que pueden dar lugar a la existencia de previsibilidad, es decir, cuándo habrá *analogía* entre un antecedente y el nuevo supuesto: siguiendo con el ejemplo de la comisión por omisión, ¿un cambio de criterio en relación con los progenitores podría también interpelar, más allá de a otros familiares, a garantes de naturaleza distinta, como bomberos o policías?

En conclusión, parece que el TEDH sigue dos doctrinas: la primera, que entiende de previsibilidad como criterio meramente cronológico, esto es, existencia de precedentes incontrovertidos, tanto en los delitos cuya falta de afectación a la dignidad permite subsumirlos en la categoría de los *mala quia prohibita*<sup>(76)</sup>, como en los casos en que la previsibilidad afecta a la norma de sanción<sup>(77)</sup>; la segunda, en cambio, que entiende de previsibilidad como criterio valorativo en los delitos *mala in se*. Ahora bien, el criterio de la existencia, o no, de antecedentes análogos, podría distorsionar dicha categorización. En consecuencia, y de momento, solamente se puede afirmar con rotundidad que, según el Tribunal de Estrasburgo, hay un cambio de jurisprudencia imprevisible cuando no existe ningún precedente que permita intuir un cambio de rumbo, y, además, los delitos castigados o bien no atentan claramente contra la dignidad humana ('Pessino'), o bien se sitúan en el plano de la norma de sanción ('Del Río Prada'). Por el contrario, en los demás casos, no está ni

(74) Así, por ejemplo, en Argentina no existe dicha cláusula de equivalencia, lo que ha dado lugar a un intenso debate. Cfr. PERALTA, J. M., «Legalidad y justificación en los delitos impropios de omisión», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, núm. 11, 2014, pp. 37-58.

(75) Cfr. JAMISON, J./YAY, T./FELDMAN, G., «Action-inaction asymmetries in moral scenarios: Replication of the omission bias examining morality and blame with extensions linking to causality, intent, and regret», *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 89, July 2020.

(76) Así, muy claramente en el caso Pessino c. Francia.

(77) Así, en el asunto *Del Río Prada c. España*.

mucho menos claro cuándo existirá imprevisibilidad y, por ello, vulneración del principio de legalidad.

#### IV. RECAPITULACIÓN Y TOMA DE POSTURA

De lo dicho en los apartados anteriores puede concluirse que existen cuatro posturas: la distintiva –aunque, desde esta perspectiva, se introduce la figura del error de prohibición para evitar efectos indeseables de afectación al principio de culpabilidad–, la unitaria, y, finalmente, las híbridas: por un lado, la doctrinal, por otro, la del TEDH. ¿Qué postura es, pues, preferible? Resumidamente, respecto a sus ventajas y desventajas, la solución que no otorga el mismo valor a la jurisprudencia que a la ley, presenta mayor corrección desde una perspectiva político-constitucional, al no afectar al sistema de fuentes ni, por ello, a la separación de poderes ni al principio democrático. No obstante, desde una perspectiva garantista, plantea problemas en relación con la seguridad jurídica y al principio de culpabilidad, aunque, ciertamente, se intentan paliar sus efectos con la figura del error de prohibición invencible. En la unitaria, en cambio, la separación de poderes y el principio democrático son los aspectos damnificados, mientras que la garantía penal de previsibilidad se maximiza. Por último, respecto de las posturas híbridas, tanto la doctrina en cuestión, como el TEDH, presentan una calidad intermedia en términos político-constitucionales y de garantismo penal, según si la jurisprudencia complementa/constituye o interpreta/declara; o según si la naturaleza del delito afecta a la dignidad humana y si la afectación se produce sobre la norma primaria o secundaria.

En consecuencia, pues, y aceptando que cualquiera de las posturas tiene desventajas que no van a desaparecer totalmente: ¿qué es lo menos problemático?<sup>(78)</sup> Y, a mi juicio, la solución que maximiza los tres aspectos en liza, esto es, el político-constitucional, el filosófico-interpretativo y el penal-garantista (y que también puede hacer frente al resto de críticas literales, procesales, político-criminales y de justicia), es la equiparación entre creador y aplicador del derecho. No obstante, para ello será necesario determinar qué jurisprudencia podrá ser considerada un equivalente funcional a los enunciados normativos, así como la forma de plasmar los efectos declarativos del *overruling* para que sean compatibles con nuestro sistema jurídico, a la vez que puedan estabilizar ciertas expectativas sociales defraudadas. Veámoslo ordenadamente, comenzando por las razones que, a mi juicio, convierten a la seguridad jurídica en el aspecto más importante de la ecuación.

---

(78) También lo analiza en términos relativos LASCURAÍN, 2023: 4, preguntándose qué postura es mejor, para lo que usa la siguiente vara de medición: «si ganamos en términos de valores y bienes constitucionales».

## 1. FUNDAMENTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA: NO SOLO LA PREVISIBILIDAD SUBJETIVA SINO TAMBIÉN LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD

Parece que en la discusión sobre la legitimidad o no de aplicar retroactivamente la jurisprudencia desfavorable, el *alcance* de la previsibilidad subjetiva se ha impuesto como cuestión central y decisiva. La determinación sobre qué es y qué no es previsible para el ciudadano medio, en cuanto a posibilidades de condena respecta, acapara todo el protagonismo. Así, aunque, ciertamente, la ciudadanía tiene, por lo general, vagas nociones del contenido exacto de las normas penales, y, menos aún, de la interpretación jurisprudencial<sup>(79)</sup>, se argumenta, con razón, que lo relevante no es la previsibilidad real –pues, en este sentido incluso sería razonable aplicar retroactivamente un cambio legal desfavorable–, sino la potencial<sup>(80)</sup>. Es decir, lo que debe valorarse es lo que el ciudadano pudo saber, en el momento de comisión de un hecho, sobre el ámbito de lo prohibido y de sus consecuencias, y no lo que efectivamente sabía. Por tanto, hay que dirimir cuál es el grado de conocimiento exigible sobre el alcance del ordenamiento penal, y, en este sentido, el sector doctrinal que rechaza la equiparación ley/interpretación parece entender que aquel está conformado por todas las opciones interpretativas razonables dentro del tenor literal<sup>(81)</sup>. En consecuencia, como se ha indicado, todo lo interpretable es previsible, por lo que no deben reconocerse jurídicamente expectativas sobre las decisiones judiciales, aunque sean constantes<sup>(82)</sup>.

No obstante, me parece que esta visión reduce en exceso la esfera de libertad de los ciudadanos, y genera mucha intranquilidad sobre las consecuencias exactas de sus actos. Por ello, aun aceptando que absolutamente imprevisible, a nivel jurisprudencial, puede que no haya nada<sup>(83)</sup>, la prohibición de la irretroactividad desfavorable es una garantía que persigue seguridad jurídica en el sentido –menos fuerte que el de total impredecibilidad– de tranquilidad. Así, por ejemplo, de la mano de

(79) Por ello, de facto, la previsibilidad no juega un papel muy relevante (sobre ello, GARCÍA AMADO, 2016: 321), excepto en los ámbitos en los que la asesoría jurídica es más común, como en el Derecho penal económico y de la empresa (asesores sobre fiscalidad, riesgos laborales, medio ambiente, intimidación, etc.). Del mismo modo, también hay mayor conocimiento sobre las reglas de cumplimiento de la pena de prisión a quien ello afecta.

(80) O, en palabras de GARCÍA AMADO, 2016: 321, no se protegen las previsiones ciertas y reales, sino la posibilidad abstracta de las mismas: previsibilidad, pues, como potencialidad abstracta.

(81) Claramente, ROXIN, 1997: 165-166. En el mundo anglosajón se conoce como la doctrina del *thin ice*, esto es, el aviso a los patinadores de que el hielo del lago se podría quebrar en cualquier momento (Vid. LASCURAÍN, 2023: 7).

(82) En este sentido, véase el planteamiento de GARCÍA AMADO, 2016: 329 y ss., quien, además, incluye en dicho conocimiento la doctrina del TEDH en materia de retroactividad de cambios jurisprudenciales. También, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1993: 254, afirma que «el sujeto no puede descartar que el sentido de la decisión judicial vaya a ser distinto» a como se venía aplicando en el momento de comisión de los hechos.

(83) Aunque ello genera muchas dudas en algún supuesto como la ‘doctrina Parot’, que creó *ex novo* un criterio que no se había planteado antes, ni en la doctrina ni en los tribunales. Sobre ello, LLOBET ANGLÍ, M., «No solo imprevisible, también irrazonable: otra vez sobre la ‘doctrina Parot’», *InDret* 2/2015, pp. 1-32 (pp. 4 y ss.). De hecho, como apunta HASSEMER, 1984: 325, «se observan situaciones en las que la *comunidad jurídica* tiene un conocimiento mayor del contenido de la jurisprudencia penal que del contenido de la ley penal y *confía* también en la *situación de la jurisprudencia*». Un ejemplo podría ser la jurisprudencia sobre los clubs de cannabis, en España.

la doctrina jurisprudencial que considera atípico el consumo compartido de sustancias tóxicas, imaginemos que dos drogodependientes que conviven se reparten su compra de forma equitativa: a veces la adquiere uno, a veces el otro. Sin embargo, si no pudieran descartar de forma absoluta un giro jurisprudencial en su contra, tendrían dos opciones: dejar de compartir la compra, reduciéndose su esfera de libertad reconocida por vía jurisprudencial, o seguir haciéndolo, pero con la intranquilidad constante de que algún día puedan ser condenados<sup>(84)</sup>, si la jurisprudencia cambia<sup>(85)</sup>. No me parece que un ordenamiento jurídico que aboca a esta tesitura sea el preferible, dado que, en última instancia, produce un efecto desaliento en relación con determinadas conductas<sup>(86)</sup>. En definitiva, un sistema que configure a la jurisprudencia como instrumento del que predicar los mayores tintes de confianza posible es mejor, pues maximiza la libertad y la seguridad<sup>(87)</sup>.

Pero, además, si ello no fuera suficientemente convincente, la previsibilidad tiene una doble dimensión. Como indica un importante sector doctrinal<sup>(88)</sup>, la legalidad, en relación con la previsibilidad, implica una protección dual: por un lado, la previsibilidad subjetiva, a la que se ha hecho referencia, pero, por el otro, tiene también una dimensión objetiva. Así, la subjetiva lo sería de los ciudadanos en el momento de realizar una conducta para que se orienten con los enunciados normativos ante las consecuencias impredecibles de la ley, esto es, la confianza individual de lo que nos pueda acontecer. En cambio, la objetiva lo sería de la confianza generalizada en el adecuado actuar de las instancias estatales en el momento de dictar sus resoluciones, es decir, la prohibición de arbitrariedad<sup>(89)</sup>.

En consecuencia, en este ámbito, junto a la protección de la seguridad jurídica subjetiva, en el sentido de tranquilidad indicado, es sumamente relevante la confianza en la comunidad jurídica<sup>(90)</sup>, lo que se traduce en la protección de la imparcialidad. De hecho, como apunta Ferreres Comella<sup>(91)</sup>, «históricamente se suprimió el *référé législatif*, esto es, dictar decretos interpretativos de las leyes, por el riesgo de parcialidad, alegándose que fueran los jueces los encargados de dicha tarea». En

(84) En este sentido, CALDERÓN, O., 2007: 227, alude, precisamente, a la necesidad de «que las personas planifiquen sus vidas».

(85) En palabras de GARCÍA AMADO, 2016: 327 y ss., algo razonablemente previsible, aunque la opción contraria no sea totalmente descartable, ha de ser, a mi juicio, suficiente para hablar de seguridad jurídica.

(86) Aunque no, por supuesto, en el ejercicio de derechos fundamentales en el que esta doctrina se asienta.

(87) En este sentido, MONTIEL, 2009: 247, alude a la importancia de no decepcionar las expectativas de la ciudadanía en que las actuaciones de los órganos judiciales van a tener cierta armonía.

(88) En especial, en Alemania, NEUMANN, 1999: 112 y ss.; y, en España, FERRERES COMELLA, 2002: 194 y ss.; y OROZCO MUÑOZ, 2011: 264 y ss. Véase, también, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1993: 248, para quien la seguridad jurídica no se reduce a la cognoscibilidad de la ley, «sino que también requiere la certeza de su aplicación uniforme por parte de la jurisprudencia. Al afirmarlo se parte de un loable concepto de la garantía de seguridad jurídica que conlleva la idea de que el ciudadano debe poder realizar un cálculo previo del contenido de las decisiones judiciales», aunque este autor se decanta por no asimilar ley y jurisprudencia a efectos de retroactividad.

(89) NEUMANN, 1999: 112-113. Por tanto, «el principio de protección de la confianza, entendido como principio de la previsibilidad subjetiva del Derecho, significa, en última instancia, una reformulación subjetiva de las garantías objetivas, que conduce tendencialmente a una reducción del alcance del principio *nulla poena*».

(90) NEUMANN, 1999: 113.

(91) FERRERES COMELLA, 2002: 195.

consecuencia, continúa, si ese riesgo de parcialidad se desplazó al juez, e, incluso, aumentó, al poder conocer a los afectados por sus interpretaciones, «es esencial arbitrar medidas para que quien tiene en sus manos el poder interpretativo no actúe de manera parcial». Por ello, «junto a las reglas de recusación y abstención, el sistema ha de incorporar mecanismos que reduzcan ese riesgo de parcialidad y uno de esencial es la imposibilidad de aplicar retroactivamente la jurisprudencia desfavorable». Y, ello porque «hay que garantizar que el tribunal no cambia de criterio para perjudicar al acusado que tienen enfrente, sino para sentar una nueva regla más ajustada a Derecho».

Ciertamente, no se está afirmando que en algunos casos el cambio jurisprudencial sea más correcto, y no tenga nada que ver con el autor concreto o con la tipología que representa. Sin embargo, no se pueden descartar cambios de parecer parciales o arbitrarios, como, a mi juicio, la ‘doctrina Parot’, que pretendía evitar la excarcelación de sujetos pertenecientes a la categoría delictiva que, precisamente, ha sido la razón de ser del tan criticado Derecho penal del enemigo, esto es, los terroristas<sup>(92)</sup>. Así, lo más razonable para hacer efectiva la interdicción de la arbitrariedad en estos casos es absolver al acusado, o, por lo menos, no castigarlo de forma agravada o incrementada, pero sentar una nueva interpretación aplicable a futuro. Ahora bien, desde esta perspectiva, podría considerarse preferible mantener como antes no equiparables, a los efectos de la retroactividad desfavorable, la ley y el intérprete, y aplicar al caso concreto la categoría del error de prohibición invencible. Por tanto, antes de continuar con el desarrollo del *overruling*, hay que analizar si con la doctrina del error de prohibición invencible se desvanecerían todos los problemas que dicha equivalencia implica, preservando, a su vez, las garantías penales en pugna.

## 2. PROBLEMAS DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

Ciertamente, como indica un sector doctrinal, buena parte de los efectos indeseables de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia desfavorable se solventan con la aplicación de la figura del error de prohibición invencible. Quien, de ningún modo, pudo motivarse por una norma penal, no será hecho responsable por su infracción. ¿Es esta, por tanto, una solución preferible, dado que garantizaría los principios de seguridad y de culpabilidad sin afectar al resto de cuestiones aludidas? Y, a mi juicio, dicha solución presenta una serie de problemas, teóricos y prácticos, que no la hacen preferible a la postura unitaria.

En primer lugar, la decisión de en qué supuestos podrá predicarse la invencibilidad del error no hace más que trasladar a esta categoría dogmática los problemas a la hora de determinar la imprevisibilidad de las consecuencias penales. Por ello, si, como se afirma, nada es totalmente imprevisible, nunca podría configurarse un error invencible en los supuestos de cambios jurisprudenciales desfavorables. Y si algo sí lo es, porque, como también se reconoce, en algunos casos la jurisprudencia determina la legalidad aplicable, no es imprevisible solo para el sujeto a quien se le

(92) De hecho, la doctrina Parot es, a mi juicio, un ejemplo de jurisprudencia penal del enemigo.

aplica el error, sino para cualquier ciudadano<sup>(93)</sup>, por lo que no es un problema de atribución personal de responsabilidad, sino de tipicidad objetiva<sup>(94)</sup> –y con efectos *erga omnes*–. Como establece Neumann<sup>(95)</sup>, la solución del error de prohibición es insatisfactoria, «ya que supondría el tratamiento de la cuestión como un déficit de información del autor, cuando en realidad nos encontramos ante un déficit de regulación del sistema normativo».

Por ello, en segundo lugar, la solución del error de prohibición deja intacto el injusto con todas las consecuencias expresivo-simbólicas que ello implica, esto es, ‘*x* cometió un hecho antijurídico determinado’, y, sobre todo, dogmáticas: en especial, la responsabilidad civil derivada de delito<sup>(96)</sup>.

En tercer lugar, en el caso de afectación a la garantía penal, es decir, cuando lo reinterpretado es la norma de sanción, como en la ‘doctrina Parot’<sup>(97)</sup>, y, por ello, lo que varía es la consecuencia jurídica, la solución del error de prohibición se complica<sup>(98)</sup>. Ciertamente, para el sector de la doctrina que considera que no basta con el conocimiento general de la antijuridicidad, sino que tiene que ser el de la prohibición penal, podría, llevando su razonamiento a ulteriores consecuencias, integrarse el *quantum* de la pena en el objeto del error de prohibición (o, por lo menos, variaciones relevantes)<sup>(99)</sup>. Sin embargo, ello no suele ocurrir<sup>(100)</sup>, y, más importan-

---

(93) Aunque esta crítica se salva con una concepción normativizada de la evitabilidad (JAK-OBS, 1997: 128 y 672), esta postura es minoritaria y no la sigue el TS (cfr. BAGES SANTACANA, J., «La conciencia de la antijuridicidad como presupuesto de la culpabilidad. Especial atención a las situaciones jurídicas objetivamente confusas», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, mayo 2021, pp. 4 y ss., quien ofrece una propuesta para ampliar la aplicación del error de prohibición invencible a situaciones jurídicas confusas).

(94) En el mismo sentido, DONINI: 2018, 29-30. De otra opinión ÁLVAREZ GARCÍA: 2009, p. 313.

(95) NEUMANN, 1999: 104.

(96) Ciertamente, para solventar estas dos últimas consecuencias se podría explorar la vía del error de tipo (tal y como plantea VIDALES RODRÍGUEZ, 2001: 118). No obstante, en contra de lo que afirma esta autora, en los casos planteados, el sujeto activo no desconoce que está llevando a cabo la conducta determinada en el tipo: conducir sin la licencia homologada, construir con un permiso de obra caducado, traficar con droga, yacer con la esposa en contra de su voluntad, etc.

(97) Y, lo mismo sucede en el ejemplo propuesto por LASCURAÍN, 2023: 2, sobre la doctrina del concurso real, en vez de ideal, en caso de múltiples resultados de muertes dolosas causadas por una única conducta; o en el citado por VIDALES RODRÍGUEZ, 2001: 119, sobre la consideración del éxtasis como droga dura en vez de blanda (caso que dio lugar a la STC 195/2000, denegatoria del amparo).

(98) En este sentido, VIDALES RODRÍGUEZ, 2001: 119.

(99) Sobre esta cuestión, Vid. FELIP I SABORIT, D., *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2000, pp. 116 y ss., exponiendo el estado de la cuestión, y defendiendo la necesidad de conocimiento de la prohibición penal: «el acto de tipificación legislativa otorga al ilícito penal un grado de intolerabilidad, de gravedad cualificada, del que estaría desprovisto sin la prohibición penal del mismo» (p. 127). Ya de esta opinión, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Observaciones sobre el conocimiento ‘eventual’ de la antijuridicidad», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. XL, 1987, pp. 647-663 (p. 648), y, más recientemente, PUENTE RODRÍGUEZ, 2024: 161 y ss.

(100) Cfr. PUENTE RODRÍGUEZ, *El error de prohibición en Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona 2024: 235 y ss., quien declara ser doctrina absolutamente minoritaria al defender que la magnitud (relevante) de la pena puede tener incidencia en el error de prohibición, y poniendo de relieve que, incluso quienes llegan más lejos sobre el objeto del error de prohibición exclusivamente penal, no dan este paso.

te por sus consecuencias prácticas, para la jurisprudencia<sup>(101)</sup>, lo relevante es desconocer el alcance de la conducta prohibida, y no de la sanción aplicable<sup>(102)</sup>.

En cuarto lugar, dado el estado de la cuestión existente, también sería complejo aplicarlo en aquellos supuestos análogos por vía jurisprudencial a un delito putativo, es decir, cuando el sujeto creyese, erróneamente, que su conducta es delictiva, pero, precisamente, no lo fuera según los tribunales. En este caso, si el sujeto que comete una conducta *legalmente* típica se representa, además, que así es, por desconocer la concreta posición jurisprudencial, parece difícil fundamentar el error de prohibición<sup>(103)</sup>. Y, aunque, ciertamente, ello pueda no verse como un problema desde una perspectiva de previsibilidad subjetiva, puesto que el ciudadano condenado no ha visto defraudadas sus expectativas a no serlo, sí lo es desde una óptica objetiva, esto es, de interdicción de la arbitrariedad<sup>(104)</sup>.

Por último, en los casos en que concurre conciencia general de la antijuricidad, aunque se yerre sobre el concreto contenido penal (como el mencionado caso alemán relativo a la tasa de alcohol que determina la incapacidad absoluta para la conducción) no podría aplicarse el error de prohibición<sup>(105)</sup>, atendiendo a buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia<sup>(106)</sup>.

En consecuencia, pues, y dado que la doctrina del error de prohibición no alcanza a resolver todos los casos problemáticos de forma coherente, por razones bien consustanciales, bien contingentes, hay que seguir analizando el modo de hacer frente al resto de críticas que la equivalencia entre ley y jurisprudencia, en términos de retroactividad desfavorable, implica.

### 3. PRINCIPIOS FILOSÓFICO Y POLÍTICO-CONSTITUCIONALES: ¿AFECTACIÓN INSOPORTABLE?

Como se ha indicado, la solución aquí mantenida tiene, ante todo, consecuencias tanto en el nivel filosófico, como político-constitucional. A saber, de *facto* implica ampliar el concepto de norma a lo proscrito, también, por determinadas

(101) Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Dolo, imprudencia y error», en Fernando Molina Fernández (coord.), *Memento Práctico Penal*, Lefebvre, Madrid, 2023, pp. 307-328 (p. 325).

(102) Asimismo, un sector doctrinal también ha descartado esta solución en los casos de error sobre una agravante (así, CALDERÓN, O., 2003: 245). Sin embargo, en el ordenamiento español podría aplicarse el art. 14.2 CP, relativo al error sobre los hechos que cualifican una infracción o sobre circunstancias agravantes.

(103) De la misma opinión, RUIZ ANTÓN, 1989: 165. También ESER/BURKHARDT, 2003: 65, consideran que el error de prohibición solo sería aplicable si quien comete el hecho hubiera conocido la jurisprudencia existente en el momento de su comisión. No obstante, como indica MADRID CONESA, 1982: 28, hay otro sector que defiende el error de prohibición invencible, «incluso cuando el autor realiza el hecho desconociendo la existencia que califica su conducta como impune», puesto que, pese al esfuerzo que pudiera realizarse para conocer el contenido de la prohibición, no podría alcanzarse por la existencia de la jurisprudencia en cuestión.

(104) En el mismo sentido, NEUMANN, 1999: 111. Se ven muy claramente las consecuencias de tomar en consideración solo la dimensión subjetiva de la seguridad jurídica en SCHÜNEMAN, 1978: 29, para quien la protección de la confianza, indispensable para el principio de culpabilidad, se garantiza mediante el error de prohibición.

(105) En este sentido, ESER/BURKHARDT, 2003: 66; y ROXIN/GRECO, 2020: 250.

(106) *Vid. supra* nota 99, y el estado de la cuestión ofrecido por PUENTE RODRÍGUEZ, 2024: 196 y ss.

decisiones judiciales, con las repercusiones que ello implica sobre el sistema de fuentes<sup>(107)</sup>, la separación de poderes y el principio democrático<sup>(108)</sup>: básicamente, que la jurisprudencia, sin legitimidad democrática, dotada con rango inferior y cuyo fin es el enjuiciamiento de casos concretos<sup>(109)</sup>, se equipare a la ley. ¿Es ello, pues, insoportable? Y, la respuesta aquí defendida es no, siguiendo al aludido sector doctrinal que se centra en la realidad de las cosas<sup>(110)</sup>, y siempre que se limite la equivalencia a la retroactividad desfavorable de las decisiones jurisprudenciales que respeten el tenor literal dado por el legislador<sup>(111)</sup>.

Así, en primer lugar, lo cierto es que, en la práctica, la concreción de las leyes penales no puede conseguirse sin delegaciones en especialistas de distintas clases, puesto que al legislador penal le es imposible determinarlo todo: tanto por sus conocimientos y los cambios de circunstancias, como por la vaguedad intrínseca al derecho<sup>(112)</sup>. Por ello, si se ha legitimado en las leyes penales en blanco<sup>(113)</sup>, facul-

(107) De esta cuestión se ocupa especialmente GARCÍA PÉREZ, 2018: pp. 24 y ss., quien analiza con profundidad las razones por las que la jurisprudencia debe considerarse vinculante, ya que, a su juicio, esta es la principal objeción para no ser aceptada como fuente del derecho. Véase, también, el análisis de RAMÍREZ-LUDEÑA, L., «La legalidad de los precedentes», *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, núm. 166, 2024 (en prensa), relativo a la relación entre los precedentes y el principio de legalidad, en el que no se encuentra ninguna razón concluyente para afirmar que los precedentes interpretativos vulneran dicho principio.

(108) Como es sabido, la dimensión política del principio de legalidad lo asocia al principio democrático (FIANDACA, G., «Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia», en Alfonso María STILE (ed.), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2011, pp. 135-155), aunque también hay referencias a él como límite a la arbitrariedad del poder punitivo (cfr. DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 23).

(109) Sobre ello, muy especialmente, NEUMANN, 1999: 106 y ss., quien indica que, pese a centrarse la función de la justicia en enjuiciar casos concretos concluidos, «un cambio jurisprudencial supone, de manera inevitable, la modificación de una regla y no un simple enjuiciamiento de un caso concreto».

(110) *Vid. supra* notas 48 y ss.

(111) Además, hay que indicar que el lamento por la pérdida de calidad democrática de las leyes penales viene desde muchos frentes (sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, 2019: 29 y ss.).

(112) Como pone de relieve BALDÓ LAVILLA, F., «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», en Jesús María Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 359, la moderna metodología jurídica enseña que «ya no se parte de la prohibición de que el juez desarrolle una labor creadora, de que no es posible aplicar el Derecho sin un legítimo desarrollo continuador de [aquel], de que, consecuentemente con ello, esa labor no es posible a través de silogismos formales y neutros, de que el catálogo de cánones de interpretación no es cerrado y de que el Derecho presenta lagunas necesitadas de integración, elementos normativos, cláusulas generales y otros términos legales necesitados de concreción». Véase, también, MADRID CONESA, 1982: 13, con ulteriores referencias en la doctrina alemana; SILVA SÁNCHEZ, 2019: 39, con ulteriores referencias; GARCÍA PÉREZ, 2018: 28-29; y Frígols i Brines, 2004: 371 y ss. Por ello, «la protección de la garantía de seguridad jurídica no vendría dada, entonces, por la ley penal en sí misma, sino por la estabilidad de las interpretaciones judiciales» (Silva Sánchez, 2023: 2).

(113) Las cuales se justifican por el bien jurídico protegido, que necesite adaptación a un contexto cambiante y/o complejo, siendo que las normas de remisión son más ágiles y precisas (sobre todo ello, DOVAL PAIS, 1999: 27 y ss., 47 y ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, 2001: 108 y ss.). Por ello, deben trasladarse los mismos argumentos esgrimidos en relación con las remisiones normativas o las leyes penales en blanco (así, ALCÁCER GUIRAO, 2012: 945; y CALDERÓN, O., 2003:367). Al fin y al cabo, como pone de relieve Rosario de Vicente Martínez, *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 66, «en la doctrina no parece existir discusión acerca de que las modificaciones de las normas extrapenales que completan una ley penal en blanco teniendo un sentido ampliatorio de la

tando a técnicos a determinar el ámbito de lo prohibido<sup>(114)</sup>, también debería permitirse esa delegación en los aplicadores<sup>(115)</sup>, asumiendo que la legitimidad democrática alcanza no solo a los delegantes, representantes directos, sino a *todos* sus delegados<sup>(116)</sup>. Es más, la necesidad de delegación en la jurisprudencia es, hasta tal punto esencial, que la doctrina constitucional considera que justamente a través de ella la taxatividad se logra. Por tanto, si la garantía de *lex stricta* tiene su fundamento en el principio democrático<sup>(117)</sup>, y el TC la considera colmada gracias a la labor jurisprudencial, la prohibición de irretroactividad desfavorable ha de alcanzar a ambos: delegante y delegado<sup>(118)</sup>. En otras palabras, si lo democrático se asegura, en el ámbito de la *lex stricta*, gracias a la jurisprudencia, el reflejo en el ámbito de la *lex praevia* debería ser equitativo<sup>(119)</sup>.

Y ello, a mi juicio, es predicable no solo de los aludidos supuestos de ‘complemento judicial’ (esto es, ‘decisiones constitutivas’), sino también de toda tarea de ‘mera interpretación’ (es decir, ‘decisiones declarativas’, como el concepto de autoría, de concurso real, de excusa absolutoria, etc.)<sup>(120)</sup>. Así, dejando de lado la difícil delimitación entre ambas categorías –por ejemplo, conducir *sin licencia*, ¿en qué categoría encaja?: ¿qué no lo sean las homologadas, es una decisión declarativa o constitutiva?–, también los conceptos *dogmáticos* aludidos son susceptibles de generar, en su *declaración*, interpretaciones cuyo cambio resulte imprevisible. Ello es especialmente tangible con el ejemplo, ya citado, en materia de concursos, en que el TS ha pasado de entender las muertes dolosas causadas como consecuencia de un único hecho, de concurso ideal a real. Pero también es paradigmático el caso de la excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales (art. 268 CP): de nuevo, si como ha venido haciendo la jurisprudencia<sup>(121)</sup>, se integran entre los sujetos a quien aplicar dicha cláusula también a los hermanos que no vivan juntos, y, en un momento determinado, se redujese su alcance a los convivientes<sup>(122)</sup>, se

---

punibilidad no son aplicables retroactivamente, es decir, opera aquí, sin mayores problemas, el principio general de irretroactividad»).

(114) Precisamente, los Decretos legislativos son normas dictadas por el Gobierno *a delegación* de las Cortes.

(115) En este sentido, VARELA CASTRO, 2009: 1941. También realiza dicho parangón VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 106.

(116) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2019: 39, nota 73, aludiendo a que el legislador confía una parte a la racionalidad de los tribunales.

(117) LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., «Principios de Derecho penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del Derecho penal», en Juan Antonio Lascurain Sánchez (coord.), *Manual de introducción al Derecho penal*, BOE, Madrid, 2019, p. 57.

(118) Muy especialmente, ALCÁZER GUIRAO, 2012: 945.

(119) Además, como apunta FERRERES COMELLA, V., «Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia», en FERRERES COMELLA, V./XIOL RÍOS, J. A., *Carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 43-80 (p. 68), «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?». Efectivamente, sobre otros aspectos de la disociación entre Democracia y garantismo, cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Legalidad penal líquida?», Editorial *InDret* 4/2023, pp. 1-3.

(120) *Vid. supra* las propuestas de VIDALES, en España, y de GRECO y LEITE, en Alemania (ap. II.2, notas 55 y ss.).

(121) Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 15 de diciembre de 2000.

(122) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Hermanos pero no ‘primos’. Los delitos patrimoniales y el alcance de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código penal: Una crítica a la doctrina del Tribu-

trataría, otra vez, de una decisión de consecuencias imprevisibles. Además, por último, también en el ámbito de la autoría y la participación, pueden pensarse ejemplos: si la jurisprudencia hubiera considerado que quien interviene en una fase previa al inicio de ejecución es siempre cómplice, y, repentinamente, cambiase de parecer y calificase algunos supuestos como cooperación necesaria, aunque ello fuera más razonable, sería una decisión imprevisible<sup>(123)</sup>.

Por último, obsérvese que, como establece Ferreres Comella<sup>(124)</sup>, «estas razones pragmáticas son operativas con independencia de cuál sea la tesis filosófica que se sostenga acerca de si los jueces crean o no Derecho al interpretar la ley. Si la tesis correcta es que los jueces crean Derecho, entonces, obviamente, la conclusión es que no pueden aplicar retroactivamente un cambio jurisprudencial desfavorable al reo, pues ello supondría la creación retroactiva de una norma penal desfavorable. Pero incluso si la tesis correcta es la contraria, que niega que los jueces creen Derecho (de manera que, al cambiar su jurisprudencia, lo que tratan de hacer, en realidad, es expresar correctamente el Derecho preexistente), también debe regir la prohibición de retroactividad»: al fin y al cabo «la seguridad jurídica sigue presionando en contra de la retroactividad».

Además, en segundo lugar, la equiparación entre ley e interpretación se limita al ámbito de la garantía de *lex praevia* –y, precisamente, porque en la garantía de *lex stricta* el papel de los tribunales es determinante hasta el punto de asegurar su constitucionalidad–. Por tanto, en el sistema de fuentes tienen distinto valor, y los poderes de los que emana cada labor se mantienen separados: quien determina los límites de la prohibición *erga omnes* es el legislador, y el intérprete nunca puede ir más allá de lo que aquel dice (prohibición de analogía), ni de cuándo lo dice (prohibición de retroactividad desfavorable). Simplemente, que cuando toma la decisión más favorable entre las posibles, el cambio posterior desfavorable no podrá aplicarse de forma retrospectiva, sino solo prospectiva, por cuestiones garantistas<sup>(125)</sup>, y que dan cuenta de la evolución de la concepción de la legalidad a la que desde hace un tiempo viene aludiendo la doctrina<sup>(126)</sup>. En consecuencia, claro que la jurisprudencia puede cambiar<sup>(127)</sup>, y, por tanto, la tensión entre la reconocida y necesaria

---

nal Supremo», en Jesús María Silva Sánchez (coord.), *Los delitos de robo: comentarios a la jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 91-100, para quien esta interpretación es no solo posible literalmente, sino también valorativamente más razonable.

(123) Además, aunque a juicio de VIDALES RODRÍGUEZ, 2001: 144, la interpretación en estos casos es arbitrio, no arbitrariedad, nunca se puede descartar que un cambio lo sea.

(124) FERRERES COMELLA, 2002: 196.

(125) En el mismo sentido, LASCURAÍN, 2023: 13. También, en términos similares, GARCÍA PÉREZ, 2018: 34. Como apunta NEUMANN, 1999: 110-111, la fosilización o rigidez de la jurisprudencia sólo representaría un peligro a tomar en serio en caso de que se prohibiera o se dificultara la modificación de la jurisprudencia en sí mismas. Una prohibición de retroactividad solo produce «una pequeña demora temporal en la aplicación de la nueva jurisprudencia».

(126) En este sentido, como apunta SILVA SÁNCHEZ, 2023: 3, en las garantías vinculadas al principio de legalidad se han producido una serie de cambios en distintos países «como consecuencia de la propia evolución de la concepción de legalidad. Partiendo del legalismo, o concepción formalista de la legalidad, parece haberse evolucionado hacia una concepción sustancial o material de esta. Desde esta perspectiva, la exigencia de legalidad penal aludiría básicamente a la pretensión de lograr una interacción entre el poder legislativo y el judicial que redunde en la producción de interpretaciones judiciales legítimas y estables; interpretaciones previsibles y accesibles».

(127) En el mismo sentido, RUIZ ANTÓN, 1989: 167. Siempre que, como indica el TC, las modificaciones sean conscientes, justificados y con vocación de generalidad suficiente. Como es sabi-

independencia judicial<sup>(128)</sup> y la prohibición de aplicar retroactivamente una jurisprudencia desfavorable también se minimiza<sup>(129)</sup>. Ahora bien, para evitar fisuras y abusos en esta postura, debe determinarse, como puntos ulteriores, qué jurisprudencia va a considerarse relevante a efectos de inaplicación retroactiva, y cómo hacer compatible el *prospective overruling* en términos procesales y de justicia.

#### 4. ELEMENTOS QUE EQUIPARAN A LA JURISPRUDENCIA CON EL TEXTO LEGAL

Como apunta García Amado<sup>(130)</sup>, no está nada claro cuándo de una jurisprudencia puede deducirse un valor equiparable al del texto legal. Sin embargo, esta cuestión es tan esencial como compleja. Básicamente, se plantea el nivel de continuidad que es exigible en torno a una solución, el número de antecedentes que deben existir y el escalafón jerárquico que han de ocupar los tribunales de los que emanan las decisiones. Por tanto, a continuación, se pretenden ofrecer los parámetros de valoración que se consideran esenciales, aunque, por supuesto, existen casos límites.

En primer lugar, la jurisprudencia ha de ser constante, esto es, unánime y reiterada. Como indica Oliver Calderón<sup>(131)</sup>, sólo frente a una jurisprudencia uniforme puede existir seguridad jurídica. Por ello, debe tratarse de decisiones (en plural)<sup>(132)</sup> que: o bien siempre se han interpretado de ese modo; o bien que, después de alguna

---

do, es doctrina constitucional que los cambios jurisprudenciales no pueden ser irreflexivos, arbitrarios, ocasionales e inesperados, de forma que vulneren el principio de igualdad en su vertiente de aplicación judicial de la ley. Es decir, están proscritas las modificaciones de parecer no razonadas o razonables constitutivas de resolución *ad personam* (entre otras, SSTC 76/2005 y 176/2000). Por ello, la preocupación de JAKOBS, 1997: 126 y ss., en el sentido de no poderse aplicar un argumento racional que se considera más adecuado, pierde fuelle.

(128) Aunque, no se olvide, el TS ha considerado constitutivo de prevaricación judicial apartarse de la doctrina consolidada de su jurisprudencia, con lo que esa independencia judicial no parece tener un carácter absoluto. Sobre ello, crítico, Guillermo BENLLOCH PETIT, «¿Prevarica el juez que se aparta de la ‘doctrina consolidada del Tribunal Supremo’? Comentario crítico a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001 (‘Caso Santiago Raposo’)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 11, 2003, 2.ª época, pp. 305-338. Junto a esto, véanse otras razones de peso que muestran la vinculación del precedente en GARCÍA PÉREZ, 2018: 28 y ss.; y, muy especialmente, FERRERES COMELLA, 2009: 60 y ss., cuando afirma que no se comprende por qué considerar a la jurisprudencia como vinculante atenta contra la independencia judicial, y, en cambio, no se objeta que tribunales supremos puedan estimar recursos de casación, haciendo prevalecer sus decisiones frente a las de tribunales inferiores.

(129) En este sentido, recuérdese que, para GARCÍA AMADO, 2016: 325, constituye un peligro convertir a la jurisprudencia en estática, rígida o inmodificable, pues una vez elegida una postura, «no [se] podría alterar esa interpretación y cambiarla por una menos favorable» (por lo menos con efectos pasados). También JAKOBS, 1997: 127, alude a los peligros de un mayor inmovilismo de la jurisprudencia. Muy centrado en esta cuestión SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1993: 249 y ss.

(130) GARCÍA AMADO, 2016: 325 y ss.

(131) Como indica OLIVER CALDERÓN, 2003: 374: «sólo es procedente aplicar la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia cuando esa ha sido constante, porque únicamente frente a una jurisprudencia de esta clase es posible para los ciudadanos tener confianza en una determinada interpretación del texto legal acerca de cuál es la conducta que se sanciona y con qué pena». En el mismo sentido, LEITE, 2014: 228.

(132) Por tanto, respondiendo a una cuestión planteada por GARCÍA AMADO, 2016: 325, una única decisión no sería suficiente (incluso, dos o tres, aunque es difícil establecer un número exacto de

vacilación inicial, enseguida se consolidan como doctrina que se sigue sin excepción; o bien que, habiendo existido otra opinión en el pasado, se abandona en un momento para dar paso a otra que se considera más adecuada, y que se acaba consolidando<sup>(133)</sup>. Así, aunque en estos casos existe una jurisprudencia que se denomina superada o tradicional, esta es substituida por la actual. En este sentido, se puede citar como ejemplo el concepto de escalamiento en el delito de robo con fuerza en las cosas (art. 235 CP). Como es sabido, tradicionalmente se interpretó esta modalidad como ‘vía inusual a efectos de entrada’<sup>(134)</sup>. No obstante, en la actualidad se entiende en el sentido de ‘altura que muestre una energía criminal de cierta entidad’. Ciertamente, es planteable si en tales supuestos subsiste lo que podría denominarse una ‘previsibilidad remanente’, de modo que no fuera descartable la vuelta a aquella interpretación. No obstante, cuando la jurisprudencia manifiesta de forma constante y reiterada que una postura ha sido superada, como en el caso del escalamiento<sup>(135)</sup>, no es previsible, en mi opinión, un cambio repentino de parecer.

En segundo lugar, ha de ser incontrovertida, es decir, nada tiene que hacer prever un cambio de doctrina. Por ello, si en un tema con jurisprudencia uniforme hubiera, pese a ello, numerosos votos particulares disidentes también constantes, no sería imprevisible que en algún momento esa pasara a ser la postura mayoritaria y decisiva. Así, por ejemplo, si cada vez que se quemase una bandera oficial, los tribunales absolvieran por la mínima, pero hubiera votos particulares en sentido contrario de, aproximadamente, la mitad menos uno de los magistrados, no podría hablarse de doctrina incontrovertida, y no sería imprevisible un cambio de parecer mayoritario.

Y, es, precisamente, en este punto donde se produce la cuestión, a mi juicio, más compleja: ¿la existencia de antecedentes sobre casos análogos convierte una jurisprudencia en controvertida y, por tanto, en previsible? Así, por ejemplo, si se sienta una excepción a la impunidad de la violación en el matrimonio, primero cuando hay separación de derecho, después cuando la hay de hecho, ¿puede hablarse de analogía previsible en situaciones como una ruptura momentánea? O, volviendo al ejemplo de la comisión por omisión sin cláusula de equivalencia: que a partir de un momento se condene por homicidio en comisión por omisión a progenitores que no alimenten a sus hijos, ¿sería un antecedente a efectos de previsibilidad de una posterior condena a un esposo por no cuidar de su mujer tetrapléjica? Pues, bien, aunque con dudas, me decanto por aceptar la analogía jurisprudencial contraria a reo, precisamente porque la ley y la jurisprudencia no tienen el mismo valor<sup>(136)</sup>.

---

resoluciones). Sea como fuere, en la práctica, los casos más debatidos son aquellos en que hay mucha jurisprudencia en un sentido determinado.

(133) Como indica GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial y los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo», *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal. Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 7, 2006, pp. 181-214 (p. 188), en la práctica se producen cambios de jurisprudencia «espontáneos», fruto de la natural evolución de la jurisprudencia.

(134) Cfr. ROBLES PLANAS, R., «Delitos contra el patrimonio I», en Jesús María Silva Sánchez (dir.)/Ramon Ragués i Vallés (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 9.ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, pp. 239-266 (p. 250); LLOBET ANGLÍ, M., «Delitos contra el patrimonio. Hurtos y robos», en Fernando Molina Fernández (coord.), *Memento Práctico Penal*, Lefebvre, Madrid, 2023, pp. 1256-1308 (pp. 1275 y ss.)

(135) Cfr. LLOBET ANGLÍ, 2023: 1275 y ss.

(136) Por ello, la postura defendida se asemeja a la del TEDH, pero con dos matices: por un lado, el ataque a la dignidad no tiene ninguna relevancia, y, por el otro, la analogía se determina, creo,

Por último, la instancia o posición del tribunal no es relevante. Por tanto, si un tema no ha llegado a conocimiento de la instancia judicial superior, pero la jurisprudencia menor es constante, esta es la previsible<sup>(137)</sup>. En consecuencia, un cambio de parecer, incluso, llegado el caso, por parte del TS, solamente podrá tener efectos a futuro. Por ejemplo, durante un tiempo se discutía en las audiencias provinciales si el IVA y demás impuestos y gravámenes tenían que integrar, o no, el valor de los efectos sustraídos en establecimientos abiertos al público a la hora de determinar el límite de los 400 euros<sup>(138)</sup>. Así, aunque es cierto que había dos líneas jurisprudenciales, si una hubiera sido la constante, un cambio de parecer de la Sala Segunda, cuando, como sucedió, conoció sobre este tema, no hubiera debido modificar de forma retroactiva la postura más favorable al reo. Por ello, aunque pueda rechinar «la vinculación de un órgano judicial superior al precedente de los tribunales que están más abajo en la escala judicial»<sup>(139)</sup>, esta es la solución más garantista, lo que ha de tener, a mi juicio, más peso que el escalafón del poder judicial. Además, solo se vincularía al órgano superior en la retrospectiva, y, en la práctica, nunca se ha dado un supuesto de esta naturaleza.

## 5. *OVERRULING*: BREVE PROPUESTA SOBRE FALLOS DE NATURALEZA DOBLE, PROSPECTIVA Y RETROSPECTIVA, Y SU COMPATIBILIDAD CON NUESTRO SISTEMA PROCESAL

Finalmente, hay que hacer frente a dos ulteriores y relacionados problemas que presenta el *prospective overruling* del derecho americano<sup>(140)</sup>: uno técnico, el otro de justicia. A saber, ¿cómo vehicular un pronunciamiento que pueda resolver sobre el caso concreto y dictar efectos a futuro? Pues, bien, respecto a las cuestiones técnicas, la solución ofrecida por Oliver Calderón<sup>(141)</sup>, resulta más que plausible. A juicio de este autor, «la sentencia tendría que absolver e insertar una cláusula [‘Von nun an’], conteniendo el nuevo criterio a aplicar a los casos futuros de la misma naturaleza. Se satisfaría así la exigencia procesal de que toda sentencia contenga una decisión de condena o absolucón y se cumpliría el mandato constitucional de cautelar la seguridad jurídica»<sup>(142)</sup>. Es más, el nuevo criterio podría plasmarse, tam-

---

en términos más restrictivos que la mera previsibilidad, esto es, como identidad de razón.

(137) En el mismo sentido, OLIVER CALDERÓN, 2003: 376; y, aunque con excepciones, parte de la doctrina alemana de los años 60 y 70 citada por MADRID CONESA, 1982: 16-17. Parece que en contra LASCURÁIN, 2023: 13.

(138) Cfr. LLOBET ANGLÍ, 2023: 1257-1258.

(139) GARCÍA AMADO, 2016: 325, lo que, a su juicio, llama la atención.

(140) Cfr. FERRERES COMELLA, 2002: 195; NEUMANN, 1999: 117; OROZCO MUÑOZ, 2011: 264 y ss.

(141) OLIVER CALDERÓN, 2003: 371-372.

(142) De la misma opinión, OROZCO MUÑOZ, 2011: 265. En contra, MADRID CONESA, 1982: 23, para quien «este tipo de cláusulas constituiría un claro atentando al art. 117.1» CE. Por lo demás, cabe indicar que bien pudiera suceder que ese criterio no calara, y se siguiera con el anterior. Pero, lo que aquí interesa no es su posible continuidad o no, esto es, si, según lo dispuesto en el art. 1.6 CC, llegase a existir un precedente reiterado del TS, y, por ello, susceptible de complementar el OJ –ni, tampoco, la doctrina constitucional que requiere una fortaleza argumentativa especialmente reforzada para un cambio de jurisprudencia consolidado («cuanto más consolidada se encuentre una determinada interpretación, mayores cautelas deberán observarse a la hora de su modificación, y más intensa

bién, en forma de Acuerdo no jurisdiccional, como ya se viene haciendo ante cuestiones controvertidas<sup>(143)</sup>.

Además, esta formulación permitiría atender, al menos en parte, a cuestiones de justicia del caso, a través de la declaración expresa de los motivos de la absolución. De este modo, se introducirían en el fallo efectos comunicativos retrospectivos, al reconocer la antijuridicidad *general* de hechos de esa clase en el momento de su comisión, aunque, el del concreto sujeto juzgado no fuera punible por razones político-criminales vinculados con la seguridad jurídica en la doble dimensión mencionada, afectando, así, a la legalidad de la conducta<sup>(144)</sup>. Y, de esta forma, quedaría constancia de que en la práctica de los tribunales esa conducta *no operaba* como antijurídica<sup>(145)</sup> cuando se ejecutó, pero que hubiera sido preferible, ya en ese momento, otra solución<sup>(146)</sup>. Cambio que, por lo demás, puede ser producto: bien de nuevas valoraciones (un cambio de parecer sobre la consideración de aplicar el delito de violación sobre un sujeto pasivo varón, o sobre qué ha de entenderse por un castigo proporcional); bien de nuevos conocimientos (por ejemplo, la imposibilidad absoluta de conducir embriagado a partir de cierto límite); bien de nuevas circunstancias (por ejemplo, la devaluación de la moneda conlleva apreciar la especial gravedad de un delito patrimonial con un monto inferior)<sup>(147)</sup>.

Ciertamente, el sujeto no sufrirá el mal de la pena –o, por lo menos, no sufrirá un mal agravado–, es decir, la dimensión afflictiva no se producirá, en todo o en parte, sino que solo quedará plasmada la comunicativa<sup>(148)</sup>. Y, ello, pese a ser un hecho subsumible en la letra de la ley en el momento de su comisión y pese a ser una decisión más adecuada, a juicio del tribunal *a quo*, lo que, básicamente en los delitos *mala in se*<sup>(149)</sup>, puede producir una importante defraudación de expectativas

---

deberá ser la fundamentación en que se apoye», SSTC 39, 40 y 47/2012)–. Aquí importa, simplemente, la naturaleza *avisadora* de esa decisión en relación con la previsibilidad futura, con el fin de que el principio de legalidad no resulte vulnerado.

(143) Es más, también podría regularse su publicación en el *BOE*. En este sentido, en el ámbito de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, se prevé en su último párrafo que en algunos casos la doctrina jurisprudencial fijada en un fallo se publicará en el *BOE*. Véase, también, el art. 72.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone que «las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo». Sea como fuere, y en último término, habría que plantearse, de *lege ferenda*, una reforma procesal. Como afirma NEUMANN, 1999: 117, «las dificultades técnicas procedimentales no pueden justificar la limitación de principios fundamentales del Estado de Derecho. Los instrumentos procesales deben crearse, en caso de necesidad *praete legem*, de acuerdo con las necesidades del Derecho constitucional».

(144) Con base en los arts. 1.1 y 2.1 CP.

(145) GARCÍA AMADO, 2016: 331, usa como sinónimos «no era antijurídica» y «no operaba como antijurídica». Tal vez haya una diferencia, aunque sutil, y acoger la segunda forma de describir esta realidad capte mejor la problemática.

(146) Que tiene que haberse gestado antes de la comisión de los hechos, pero que no se reconoce hasta entonces. Por el contrario, si los cambios (bien de valoración, bien de circunstancias, bien de conocimientos) fueran posteriores a su realización, aunque anteriores a la sentencia, la vertiente comunicativa del hecho pasado no tendría razón de ser, pues, en ese contexto, no sería necesario verter efectos declarativos de reproche sobre aquélla: en estos casos, ahora sí, no *eran* hechos antijurídicos (*Vid.* la nota anterior).

(147) De la misma opinión, LEITE, 2014: 220.

(148) SILVA SÁNCHEZ, 2019: 20 y ss.

(149) En cambio, no parece que este problema se reproduzca en los delitos *mala quia prohibita* (construcción sin permiso, conducción sin licencia, etc.), o, al menos, no con la misma fuerza.

(piénsese en penas a terroristas de *solo 20 años*<sup>(150)</sup>). Sin embargo, un Estado constitucional ha de estar dispuesto a aceptar este coste al igual que cuando prohíbe la analogía en contra del reo, impide la retroactividad desfavorable de la ley –ahora tan en boga de la mano de la Ley del ‘solo sí es sí’–, o excluye la prueba obtenida ilícitamente, que lleva a la no punición de quien ha cometido tales hechos<sup>(151)</sup>. La legalidad ha de estar por encima de la justicia material del caso concreto para no substituir el aforismo *nullum crimen, nullum poena sine lege*, por el de *nullum crimen sine poena*<sup>(152)</sup>.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁ CER GUIRAO, R., «La ‘doctrina Parot’ ante Estrasburgo: Del Río Prada c. España (STEDH 10.7.2012, núm. 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 43, Madrid, septiembre/diciembre 2012, pp. 929-952.
- ÁLVAREZ GARCÍA, J., *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- BAGES SANTACANA, J., «La conciencia de la antijuridicidad como presupuesto de la culpabilidad. Especial atención a las situaciones jurídicas objetivamente confusas», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, mayo 2021, pp. 1-32.
- BALDÓ LAVILLA, F., «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», en Jesús María Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 357-386.
- BARBER BURUSCO, S., *La prohibición de retroactividad en el ámbito del cumplimiento de la pena de prisión*, Dykinson, Madrid.
- BENLLOCH PETIT, G., «¿Prevarica el juez que se aparta de la ‘doctrina consolidada del Tribunal Supremo’? Comentario crítico a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001 (‘Caso Santiago Raposo’)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 11, 2003, 2.ª época, pp. 305-338.
- CADOPPI, A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, 2.ª ed., G. Giappichelli ed., Torino, 2014.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General: Introducción*, t. 1, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.
- CORRECHER MIRA, J., *Principio de legalidad penal: ley penal vs. law in action*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

(150) Sobre ello, LLOBET ANGLÍ, M., 2015: 3 y ss. *Vid.*, también, LA MISMA, «La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas y sus perversas consecuencias», *InDret* 1/2007, pp. 1-36 (pp. 22 y ss.).

(151) Sobre ello, FERRERES COMELLA, 2002: 198.

(152) Como sucede en la denominada doctrina contra la impunidad en el ámbito del derecho internacional (cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2008: 150). Según tal aforismo, habría que prescindir de las garantías formales del principio de legalidad cuando éstas se opusieran a la sanción de una conducta que se considera materialmente merecedora de pena. Sobre la tensión justicia material vs. seguridad jurídica véase, también, LASCURAÍN, 2023: 6.

- CUERDA ARNAU, M. L., «Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (a propósito de la STEDH Del Río Prada c. España)», *Revista Penal*, núm. 31, Enero 2013, pp. 52-69.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- DÍEZ PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003.
- DONINI, M., «El derecho jurisprudencial penal. Colisiones verdaderas y aparentes con la legalidad y sanciones por ilícitos interpretativos», *InDret* 2/2018, 1-48.
- DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ESER, A./BURKHARDT, B., *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, 2.ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2003.
- FELIP I SABORIT, D., *Erròr iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2000.
- FERRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2002.
- «Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia», en Víctor Ferreres Comella/Juan Antonio Xiol Ríos, *Carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Colóquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 43-80.
- FIANDACA, G., *Il diritto penale giurisprudenziale: tra orientamenti e disorientamenti*, editoriale scientifica, Napoli, 2008.
- «Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia», en Alfonso María STILE (ed.), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2011, pp. 135-155.
- FRÍGOLS I BRINES, E., *Fundamentos de la sucesión de leyes en el derecho penal espanyol: existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*, Bosch, Barcelona, 2004.
- GARCÍA ALBERO, R. M., «¿'Nullum crimen sine lex certa? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad», *Jueces para la democracia*, núm. 62, 2008, pp. 57-91.
- GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre algunas consecuencias de la Sentencia del TEDH en el caso Del Río Prada contra España: irretroactividad de la jurisprudencia penal desfavorable y cambios en las fuentes de producción del Derecho penal», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 41, 2014, pp. 54-63.
- «Sobre el principio de legalidad penal y su alcance. De la previsibilidad como componente de la legalidad», en Mercedes Pérez Manzano/Juan Antonio Lascaraín Sánchez (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 313-334.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial y los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo», *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, Madrid, 2006, pp. 181-214.
- GARCÍA PÉREZ, O., «El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia», *InDret* 4/2018, pp. 1-52.
- HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JAMISON, J./YAY, T./FELDMAN, G., «Action-inaction asymmetries in moral scenarios: Replication of the omission bias examining morality and blame with extensions linking to causality, intent, and regret», *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 89, July 2020 (<https://doi.org/10.1016/j.jesp.2020.103977>).

- JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Volumen I, Pacífico, Lima, 2014 (traducción de la 5.<sup>a</sup> edición alemana).
- LAPORTA SAN MIGUEL, F., «La ‘doctrina Parot’ y la teoría del derecho», en Mercedes Pérez Manzano/Juan Antonio Lascurain Sánchez (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 335-347.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., «Principios de Derecho penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del Derecho penal», en Juan Antonio Lascurain Sánchez (coord.), *Manual de introducción al Derecho penal*, BOE, Madrid, 2019, pp. 47-68.
- «¿Debe ser irretroactiva la jurisprudencia penal desfavorable? Un dilema», *Almacén de Derecho*, 2023, pp. 1-20.
- LEITE, A., «Grund und Grenzen eines Rückwirkungsverbots bei täterbelastenden Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht. Für ein Rückwirkungsverbot bei ‘strafunrechtskonstituierender Rechtsprechung’», *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2014, vol. 161, núm. 4, pp. 220-238.
- LLOBET ANGLÍ, M., «La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas y sus perversas consecuencias», *InDret* 1/2007, pp. 1-36.
- «No solo imprevisible, también irrazonable: otra vez sobre la ‘doctrina Parot’», *InDret* 2/2015, pp. 1-32.
- «Miembros y colaboradores de organizaciones criminales –en especial, terroristas-: ¿quién es qué y quién no es?», *InDret* 4/2020, pp. 172-225.
- «Delitos contra el patrimonio. Hurtos y robos», en Fernando Molina Fernández (coord.), *Memento Práctico Penal*, Lefebvre, Madrid, 2023, pp. 1256-1308.
- MADRID CONESA, F., *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*, UV, Valencia, 1982.
- MAURACH, R./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte General 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, Astrea, Buenos Aires, 1994 (traducción de la 7.<sup>a</sup> edición alemana).
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Dolo, imprudencia y error», en Fernando Molina Fernández (coord.), *Memento Práctico Penal*, Lefebvre, Madrid, 2023, pp. 307-328.
- Fulgencio «Los delitos contra la seguridad vial», en Fernando Molina Fernández (coord.), *Memento Práctico Penal*, Lefebvre, Madrid, 2023, pp. 1745-1793.
- MONTANER FERNÁNDEZ, R., «Delitos contra la seguridad vial», en Jesús María Silva Sánchez (dir.)/Ramon RAGUÉS I VALLÉS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 9.<sup>a</sup> ed., Atelier, Barcelona, 2023, pp. 343-369.
- MONTIEL, J. P., «Irretroactividad de la jurisprudencia más benigna», en Leonardo G. PITLEVNIK, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 7, 2009, pp. 241-265.
- NEUMANN, U., «¿Pueden tener los cambios jurisprudenciales *in peius* de los tribunales penales eficacia retroactiva?», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 20, 1999, pp. 102-118.
- OLIVER CALDERÓN, G., *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007.
- «¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIV, 2003, pp. 355-378.
- OROZCO MUÑOZ, M., *La creación judicial del Derecho y el precedente vinculante*, Aranzadi, Navarra, 2011.
- PERALTA, J. M., «Legalidad y justificación en los delitos improprios de omisión», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, núm. 11, 2014, 37-58.

- PUENTE RODRÍGUEZ, L., *El error de prohibición en Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2024.
- RAMÍREZ-LUDEÑA, L., «La legalidad de los precedentes», *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, núm. 166, 2024 (en prensa).
- ROBLES PLANAS, R., «Delitos contra el patrimonio I», en Jesús María Silva Sánchez (dir.)/ Ramon Ragués i Vallés (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 9.ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, pp. 239-266.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «‘Nulla poena sine lege’, materialismo y retroactividad de cambios jurisprudenciales: la ‘doctrina Parot’ y la STEDH as. Del Rfo Prada c. España (21/10/2013) como banco de pruebas», *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLI, núm. 1 (2014), pp. 252-292.
- ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997 (traducción de la 2.ª ed. alemana).
- ROXIN, C./GRECO, L. M., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5. Auflage, C. H. Beck, München, 2020.
- RUIZ ANTÓN, L. F., «El principio de irretroactividad de la Ley Penal en la doctrina y la jurisprudencia», *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 7, 1989 pp. 147-167.
- RUIZ ROBLEDO, A., *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SCHÜNEMANN, B., *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, W de G, Berlin-New York, 1978.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «Prohibición de retroactividad y cambios de orientación en la jurisprudencia», *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 11, 1993, pp. 243-258. 2003, pp. 104-125.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Observaciones sobre el conocimiento ‘eventual’ de la antijuricidad», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. XL, 1987, pp. 647-663.
- *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.
- «Hermanos pero no ‘primos’. Los delitos patrimoniales y el alcance de la excusa absoluta del artículo 268 del Código penal: Una crítica a la doctrina del Tribunal Supremo», en Jesús María Silva Sánchez (coord.), *Los delitos de robo: comentarios a la jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 91-100.
- «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’», *Derecho penal y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, vol. 29, núm. 86-87 (2008), 2007, pp. 149-171.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.ª ed., Edisofer, Madrid, 2011.
- *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2019.
- «¿Legalidad penal líquida?», Editorial *InDret* 4/2023, pp. 1-3.
- TARDÓ PATO, J. A., «Retroactividad de la jurisprudencia y la seguridad jurídica», *Revista CEFLEGAL. CEF*, núm. 203 (diciembre 2017), pp. 123-166.
- VARELA CASTRO, L., «Los límites de la libertad del juez al decidir», en Juan Carlos Carbonell Mateu/José Luis González Cussac/Enrique Orts Berenguer (dirs.)/María Luisa Cuerda Arnau (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1917-1950.

VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

VIGANÓ, F., «Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale», *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 dicembre 2016, pp. 1-43.

