

ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD EN EL ÁMBITO DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN*

Soledad Barber Burusco
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad Pública de Navarra

Resumen: En el presente trabajo se estudia, por una parte, la prohibición de retroactividad de las leyes penales en el ámbito de la ejecución de la pena de prisión. Para determinar el alcance de esta prohibición se propone que por “pena” se entienda tanto la cantidad de pena impuesta como su gravedad, y para ello es necesario atender a todas las normas que regulan la intensidad de la privación de libertad. Por otra parte, se da cuenta del debate relativo a la admisibilidad de que la prohibición de retroactividad se extienda a la jurisprudencia desfavorable, y se da respuesta y se relativiza algunos de los argumentos que se oponen a tal prohibición.

Palabras clave: Principio de legalidad. Prohibición de retroactividad de la pena. Ejecución de la pena de prisión. Jurisprudencia desfavorable.

Abstract: Studied in this paper is, on the one hand, the prohibition of the retroactive effect of the criminal laws on the scope of application of the prison term. In order to define this prohibition’s scope it is suggested that by “penalty” you understand not only its quantity, but also its seriousness, and to achieve this, it is necessary to pay attention to all the rules that regulate the intensity of the prison term. On the other hand, this paper embodies the debate regarding the admissibility that the prohibition of retroactive effect can be extended to the contrary precedent, it also gives an answer and downplays some of the arguments against this prohibition.

Keywords: Principle of legality. Prohibition of retroactive effect of the penalty. Execution of the prison term. Contrary precedent.

1. Qué se entiende por retroactividad

La doctrina jurídica ha mirado con notables reservas la idea de retroactividad y la aplicación retroactiva de las normas, en la medida en que ha constituido y puede constituir una amenaza para la seguridad jurídica y para las exigencias de certeza en la vida social, ya que, históricamente, ha sido inevitable su asociación con situaciones revolucionarias y con leyes impuestas contra los vencidos. Pero estas reservas (o

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto DER2013-47511-R “Las garantías penales como límite y guía en la solución de problemas penales complejos: la necesidad de evitar atajos”, cuyo investigador principal es el Prof. Miguel Díaz y García Conlledo.

negativas a su admisión), avanzados los Estados de Derecho (y la consecuente disminución de prácticas arbitrarias), y habiéndose incorporado en nuestras sociedades el Estado social, que responsabiliza a los poderes públicos de acoger en el ordenamiento jurídico las demandas sociales más importantes de carácter político, económico o cultural, han ido variando de signo, en la medida en que, junto a las exigencias de seguridad, se reivindicaban otros valores como el de igualdad o el de justicia que no tienen por qué ser de inferior rango que el de seguridad y que pueden aconsejar o tornar necesaria la aplicación retroactiva de las normas para remediar situaciones injustas¹.

Una perspectiva de admisión (limitada) de la retroactividad es la que puede reconocerse en nuestro ordenamiento jurídico, si atendemos a las disposiciones del CC que en su art. 2.3 explicita que “Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”; y a lo dispuesto en nuestra Constitución, que excluye la posibilidad de la previsión de la aplicación retroactiva de las normas sólo para determinados supuestos previstos en los arts. 9.3 y 25.1 de la CE.

Pero admitida la idea y la legitimidad de dotar a una disposición normativa de efectos retroactivos, no se ha conseguido elaborar criterios unívocos que permitan una aproximación segura al concepto de retroactividad². Entre las múltiples definiciones dadas en el ámbito de la teoría general del Derecho, una definición ampliamente aceptada es la que entiende por retroactividad -en el marco de una sucesión temporal de leyes- la aplicación de la norma jurídica nueva a supuestos de hecho, relaciones o situaciones jurídicas nacidas o constituidas con anterioridad a su entrada en vigor y que, por tanto, tuvieron su origen bajo el imperio de la norma derogada³. Además, según la posición más extendida en nuestro país, el artículo 2.3 del CC no impone el dilema entre la irretroactividad que impondría regular todo por las antiguas normas, y la retroactividad donde resultaría de aplicación la nueva norma, sino que se admiten fórmulas intermedias. A fin de caracterizar posibles situaciones intermedias, se habla, entonces, de grados de retroactividad, algunos autores de dos⁴, otros de tres. Quienes efectúan una clasificación tripartita caracterizan a la retroactividad como de grado

¹ V., entre otros, PÉREZ LUÑO, 1994: 129 ss.; FRIGOLS I BRINES, 2004: 194; SUÁREZ COLLÍA, 2006:16.

² En este sentido, DÍAZ AZNARTE, 2002: 57; FRIGOLS I BRINES, 2004: 41 ss.

³ SUÁREZ COLLÍA, 2006: 11. A su vez, PÉREZ LUÑO, 1994: 123, define la retroactividad como “la proyección del ámbito temporal de las normas a hechos o conductas previas a su promulgación”.

⁴ Así, PÉREZ LUÑO, 1994: 123 s., clasifica la retroactividad en auténtica (situaciones pretéritas, a las que se conectan consecuencias jurídicas presentes, realizadas por entero en el pasado) e impropia (situaciones iniciadas en el pasado que se prolongan hasta el presente).

máximo cuando la nueva ley se aplica tanto a la relación básica constituida bajo la normativa anterior como a los efectos jurídicos producidos y ejecutados bajo aquella legislación⁵. La retroactividad de grado medio aludiría a la aplicación de la nueva norma a situaciones o relaciones jurídicas nacidas estando en vigor la anterior ley, pero limitando la aplicación de la nueva norma a las consecuencias nacidas o que hayan de ejecutarse a partir del momento de su entrada en vigor; y, finalmente, en la retroactividad de grado mínimo se engloban aquellos supuestos en los que la norma se aplica exclusivamente para regular aquellas consecuencias nacidas a partir del momento de su entrada en vigor⁶.

FRÍGOLS I BRINES, en un exhaustivo y notable trabajo en el que analiza los fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español⁷, no participa de la

⁵ ARCOS RAMÍREZ, 2000: 275; en igual sentido SUÁREZ COLLÍA, 2006: 124, quien cita como ejemplo emblemático de este tipo de retroactividad, no admisible en nuestro ordenamiento, la Ley de 22 de septiembre de 1939 que derogó la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, ordenando que se declararan nulas las sentencias firmes de divorcio vincular dictadas hasta el momento. También un ejemplo claro de este tipo de retroactividad es la Ley de 29 de febrero de 1939 de responsabilidades políticas.

⁶ ARCOS RAMÍREZ, 2000: 275; en igual sentido SUÁREZ COLLÍA, 2006: 124.

⁷ FRÍGOLS I BRINES, 2004: 80 ss., 185 ss., aborda el concepto de retroactividad desde dos puntos de vista distintos. En primer lugar, desde la perspectiva de la norma jurídica y, en segundo lugar y si desde el primero no es suficiente, desde la teoría del sistema jurídico. Desde la primera perspectiva, si las normas poseen una determinada orientación temporal entendida como prescripción, estarían orientadas hacia el futuro; pero si se admite la doble función de la norma penal (prescriptiva y valorativa) considera que las normas poseen ambos aspectos: uno prospectivo dirigido hacia el futuro, y uno retrospectivo, dirigido al pasado. En la prospectiva la norma se puede entender como una prescripción para que los ciudadanos se abstengan o realicen una acción determinada, mientras que en la retrospectiva la norma se puede entender como un baremo de medición de la adecuación de la conducta a la norma y dicha norma se hallaría dirigida al Juez. Con lo cual, en principio, sería posible la aplicación retroactiva de las normas jurídicas. Aunque considera que esta visión a partir de la teoría “tradicional” de la norma jurídica adolece de imprecisiones e insuficiencias, tales como el concepto de imperativo y sus consecuencias, tanto para el Derecho penal como para la teoría general del Derecho. Entiende que la única conclusión definitiva que puede trazarse a partir de la teoría de la norma es que las que se aplican retroactivamente, en cuanto actúan como tales normas, sólo gozan de uno de los dos aspectos que caracterizan a las normas de comportamiento: su aspecto de pauta de valoración; con lo que esta afirmación no resulta suficiente para trazar un concepto de retroactividad. Retoma, entonces, el análisis incidiendo sobre la teoría del sistema jurídico, sobre todo en su aspecto dinámico, entendiendo que el elemento fundamental parece hallarse en las relaciones entre la existencia y la aplicación del Derecho desde una perspectiva temporal. La existencia de las normas como pertenencia a un sistema jurídico viene determinada, sobre todo, por elementos formales (promulgación, derogación), pero también por otra clase de elementos que no son determinables con la misma precisión: por una lado, la validez, y por el otro la interpretación, que permiten apuntar problemas distintos respecto de la existencia de las normas jurídicas. En cuanto a la aplicabilidad, entiende que habría dos tipos de aplicabilidad: la interna, que no es otra cosa que el contenido de la norma -tanto los ámbitos personales, temporales y espaciales de aplicación como la solución, lo conocido como ámbito material de aplicación-; y la externa, constituida por los mecanismos presentes en el sistema jurídico -normalmente disposiciones legales- que establecen cuándo una norma debe ser aplicada. Son relevantes para ello los conceptos de vigencia y los criterios de aplicabilidad que tienen por objeto las normas jurídicas que no se hallan vigentes, pero que pertenecen a diferentes sistemas jurídicos consecutivos que conforman el orden jurídico. La determinación de la norma aplicable se lleva a cabo mediante la realización del punto de conexión temporal de dicha norma, en el intervalo de tiempo que constituye su vigencia. Este punto de conexión puede hallarse determinado expresamente por un

idea bastante arraigada en la doctrina española según la cual, y tal como lo he expresado más arriba, “la aplicación retroactiva de una norma tiene grados”. Este autor entiende que una norma es retroactiva o no lo es, sin mayores matices, como consecuencia de que distingue como normas distintas -y por tanto, con diferentes puntos de conexión- las normas que regulan una determinada acción genérica o estado de cosas y las normas que establecen una consecuencia jurídica en conexión con la anterior. La definición formal de retroactividad que propone es la siguiente: “consiste en la aplicación de una norma a hechos -entendidos como acciones individuales- que tienen lugar con anterioridad a su vigencia”. Ahora bien, cómo entiende que a un hecho concreto le corresponde la aplicación de una determinada norma: partiendo de que la aplicación del Derecho se lleva a cabo de forma contextual, la determinación de la norma aplicable se realiza comprobando que el punto de conexión temporal de la norma jurídica se ejecuta durante el intervalo de tiempo que constituye su vigencia, es decir, entre su entrada en vigor y su derogación. A su vez, el punto de conexión temporal se determina a partir del contenido de la norma jurídica, lo que normalmente implicará aquel en el que se produzca la acción individual que encaje en la acción genérica descrita por la norma o en el estado de cosas que establezca la misma, y sus circunstancias adicionales. Aunque también es posible que existan disposiciones que indiquen el punto de conexión temporal y que conforman una clase de disposiciones de aplicabilidad externa. Estas son las disposiciones transitorias, que actúan como metadisposiciones de aplicabilidad, ya que, mediante el uso como referencia de la relación de unas determinadas acciones con la vigencia de distintas normas jurídicas, determinan -actuando como metalenguaje de aplicación- cuál es la norma aplicable; claro está, estas metadisposiciones de aplicabilidad deben hallarse, a su vez, vigentes, y esa es la razón que permite que sean aplicadas⁸.

Esta definición formal de retroactividad que FRIGOLS I BRINES aporta, producto de una reconstrucción analítica, tiene utilidad como punto de partida desde el cual se

criterio de aplicabilidad o, a falta de él, se tomará como referencia el contenido de la norma jurídica -es decir, el momento de la ejecución de la acción o el estado de cosas que constituye el ámbito material de la aplicabilidad de la norma. Por otro lado, en las ocasiones en las que la norma debe aplicarse fuera de su ámbito de vigencia, las disposiciones que determinan su aplicabilidad deben estar, a su vez, vigentes. Así, una norma es retroactiva cuando se aplica con anterioridad a su intervalo de vigencia, y ultraactiva cuando se aplica con posterioridad a dicho intervalo. De esa forma, los criterios de aplicabilidad constituyen el mecanismo que hace posible ambos fenómenos de aplicación de las normas fuera de su vigencia, y con ello se provee una definición de retroactividad unívoca, y de utilidad en la mayor parte de los casos.

⁸ FRIGOLS I BRINES, 2004: 179 ss.

sabe a ciencia cierta que las normas aplicadas retroactivamente poseen sólo carácter de pauta de valoración; pero que, a la hora de definir los límites de la retroactividad, que pocas veces serán absolutos -a excepción de lo establecido para el ámbito sancionador-, deberá valorarse en el caso concreto también la importancia del aspecto directivo de la norma, y las necesidades de regulación presentes en cada caso, que se deben estudiar a partir del examen de la disciplina jurídica concreta de que se trate⁹.

Entiendo, con este autor, que para determinar los límites o, en otras palabras, para determinar si resulta admisible la aplicación retroactiva de una norma, resulta esencial atender a criterios materiales directamente relacionados con la materia respecto de la cual se proponga la aplicación retroactiva, sin olvidar, claro está, que esta materia, el Derecho penal, se encuentra integrada en el resto del ordenamiento jurídico, pero que en materia de retroactividad cuenta con un especial tratamiento, tanto en el plano constitucional y de la legalidad ordinaria como en el dogmático, y parece adecuado analizar cuán absoluta es considerada, o que alcance se le asigna, en este ámbito, a la prohibición de retroactividad¹⁰.

En principio, considero que en materia sancionadora, y más aún dentro de ella en la penal, no deberían resultar de aplicación las construcciones provenientes de la teoría general del Derecho y del ámbito del Derecho civil que admiten grados de retroactividad. En este ámbito la prohibición de retroactividad debe ser absoluta, es decir, que el punto de conexión temporal para determinar los límites de la prohibición de retroactividad debería ser, en todo caso, el del momento de la comisión del hecho.

2. La prohibición de retroactividad (desfavorable) como garantía integrada en el principio de legalidad penal

La retroactividad (desfavorable) y su prohibición en el ámbito del Derecho penal, es estudiada por casi la totalidad de la doctrina como una garantía integrada en el principio de legalidad penal¹¹, y parece la solución más acertada si atendemos al hecho

⁹ FRIGOLS I BRINES, 2004: 206.

¹⁰ Así, por muchos, LUZÓN PEÑA, 2012: 85, afirma que “el principio general que rige en las leyes penales, frente a la mayor laxitud en otros campos jurídicos, es el de la total prohibición de retroactividad de las leyes que crean -o agravan, o sea, crean más- responsabilidad penal”.

¹¹ Aunque CEREZO MIR, 2004: 218, considera que las nociones de legalidad e irretroactividad son conceptualmente independientes, pero reconoce que queda incluida en el principio de legalidad a partir de

de que la retroactividad o irretroactividad de las leyes interesa de forma esencial a los límites del *ius puniendi*¹². El principio de legalidad impone al legislador penal la prohibición de dictar (promulgar) leyes de carácter retroactivo y aquí es donde la dimensión política del principio de legalidad cobra una importancia fundamental, ya que, si se permitiera dar eficacia hacia atrás a las leyes penales, el ciudadano no sólo no estaría en disposición de conocer el alcance, significado y consecuencias de la regulación jurídico-penal de su conducta, sino que los poderes del estado no se pondrían límites temporales al diseño de su política criminal.

Pero el alcance y el ámbito de aplicación de la prohibición de retroactividad no resulta un tema pacífico. Así, es objeto de debate si esta prohibición alcanza a las normas procesales, a determinados aspectos de las medidas de seguridad, a las normas de ejecución penal y, también, a la posibilidad de extender la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia desfavorable. A fin de clarificar, en lo posible, el alcance de la prohibición en el ámbito de la pena de prisión y su cumplimiento o ejecución, tanto desde la perspectiva de la norma penal como de la jurisprudencia desfavorable, parece necesario analizar el fundamento y la formulación constitucional y legal de esta prohibición.

3. Fundamentos de la prohibición de retroactividad

Si se analiza la prohibición de retroactividad como garantía integrada en el principio de legalidad¹³, resulta adecuado, por la relación existente, efectuar antes una

las declaraciones norteamericanas de derechos (la de Filadelfia de 1774 y las de Virginia y Maryland de 1776) y en la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789.

¹² Así, señala ROXIN, 1997: 161, el mismo autor, 2006: 161 s., que “la prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad político jurídica por el hecho de que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar a *posteriori* las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. Pues bien, impedir que se produzcan tales leyes *ad hoc*, hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho.”

¹³ Principio que se encuentra en crisis, por múltiples motivos, de ello dan cuenta cantidad de trabajos. Algunas de las publicaciones recientes en nuestro país: RUIZ ROBLEDO, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, 2003; DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, 2004; NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, 2010; MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012. Tampoco puede dejar de mencionarse el discutido fenómeno de la “crisis de la ley”, de esa ley que en su momento fue expresión de máximo poder del Estado y que ha ido cediendo ante algunas normas superiores como las constituciones, otras inferiores como la potestad reglamentaria y, junto al legislador estatal, se han ido

breve referencia a la justificación de este principio y, al respecto, la primera constatación que puede efectuarse es que mayoritariamente la doctrina le asigna un fundamento múltiple, proveniente en buena medida de su origen y evolución¹⁴. Desde la justificación jurídico-política se lo concibe en primer término como garantía y límite de la potestad punitiva del Estado, y se concreta en las exigencias de seguridad, previsibilidad, calculabilidad y protección de la libertad individual frente a la arbitrariedad, con el objetivo de asegurar -mediante la vinculación del poder del Estado a la ley abstracta y previa- la libertad del ciudadano frente a las intromisiones de la autoridad¹⁵.

La segunda legitimación, en este contexto, proviene de la democracia y la división de poderes, en la medida en que una injerencia tan importante como es la del Derecho penal sólo puede residir en una instancia que representa al pueblo: el parlamento, que mediante la división de poderes, libera al juez de la creación del Derecho y excluye al poder ejecutivo de cualquier intervención. Pero esta línea de legitimación no se puede tomar de forma aislada, sino que debe vincularse con la

situando legisladores internacionales, comunitarios, regionales y locales, circunstancia que impacta en una crisis del poder legislativo, y que ha dado lugar al resurgimiento de una disciplina centrada en la legislación con el objeto de construir modelos de legislación racional (V. por muchos, BECERRA MUÑOZ, 2013: 31 ss.)

¹⁴ Tal y como entendemos el principio en su forma actual, pueden distinguirse cuatro puntos de partida distintos provenientes de su evolución (evolución que ha ido incorporando luego de la idea de división de poderes -con la que arrebató la potestad punitiva de manos del poder ejecutivo para confiarla al legislativo como representación de la soberanía nacional- luego la idea de soberanía popular, y más tarde legitimada a su vez por la elección democrática) aunque conexos en cuanto a su fundamentación, en los que se puede distinguir una justificación jurídico-política y una jurídico-penal, pudiéndose dividir ambas a su vez, en componentes de legitimación distintos (v. ROXIN, 1997: 144 ss., también en 2006: 146 ss.). Aunque la distinción dentro del principio de legalidad de un fundamento político y otro jurídico - como señala NAVARRO FRÍAS, 2010: 24 s.-, puede ser matizada, atendiendo a que en realidad podría considerarse errado, por ejemplo, entender el pensamiento de FEUERBACH como algo distinto a lo que pensaron los ilustrados franceses; la concepción del principio de legalidad en este autor tiene sus raíces en esa concepción política y su objetivo -además o más allá de sostener una concreta teoría de la pena- es acabar con la arbitrariedad de los jueces y lograr leyes justas, por lo que también en este autor el principio de legalidad puede considerarse un principio político.

¹⁵ La relevancia del origen político y la conexión del fundamento del principio de legalidad con las garantías de libertad de los ciudadanos es ampliamente reconocida por la doctrina penal. Por muchos: ARROYO ZAPATERO, 1983: 20; MADRID CONESA, 1983: 36; LAMARCA PÉREZ, 1987: 72; GARCÍA RIVAS, 1992: 27; COBO/VIVES, 1999: 73 s.; MIR PUIG, 2011: 105 s.; LUZÓN PEÑA, 1996: 131 s., también en 2012: 23 s.; FRIGOLS I BRINES, 2004: 217, 236, resalta especialmente la necesidad de atender a la génesis histórico-política de los principios penales, para mostrar su relatividad y abogar para que sigan siendo protegidos desde la perspectiva de que no son intocables y deben ser defendidos activamente. En su opinión, en la distinción de los ámbitos filosófico y político por un lado, y jurídico por otro, suele camuflarse el verdadero objeto de la discusión, mediante la apelación a los llamados “principios”, ya que a diferencia de lo que se suele opinar, la Constitución supone un marco de inmensa amplitud que ofrece pocas respuestas concretas y permite comprensiones muy diversas de las garantías penales. Aunque en la discusión penal sobre garantías sea inevitable que se combinen diferentes tipos de argumentos, sólo si se explicita sus dimensiones política y filosófica se hace posible el debate propiamente jurídico.

anterior, ya que de otra manera no podrían fundamentarse adecuadamente aspectos relevantes del principio de legalidad penal como la prohibición de retroactividad¹⁶.

Ya en el ámbito de la construcción jurídico penal, se ha fundamentado también el principio de legalidad desde la perspectiva de la prevención¹⁷ y también atendiendo al principio de culpabilidad¹⁸.

¹⁶ En este sentido, v. GRÜNWARD, 1964: 14 ss., SCHREIBER, 1976: 219; SCHÜNEMANN, 1978: 24 s.; MADRID CONESA, 1983: 6; LAMARCA PÉREZ, 1987: 75 s.; JAKOBS, 1995: 80; ROXIN, 1997: 144, también en 2006: 146; DE VICENTE MARTÍNEZ, 2004: 29 s.; FRÍGOLS I BRINES, 2004: 294; NAVARRO FRÍAS, 2010: 39.

¹⁷FEUERBACH, 1847: § 20, ideó la formulación que sigue siendo usual hoy “*nulla poena sine lege*” (que hoy se formula mayoritariamente como *nullum crimen, nulla poena sine lege*, distinguiendo entre la conducta punible y la pena) y le añadió una fundamentación autónoma partiendo de la teoría de la pena en los siguientes términos: si el fin de la conminación penal consiste en la intimidación de potenciales delincuentes, la determinación psíquica que se pretende, sólo se puede lograr si antes del hecho se fija en la ley del modo más exacto posible la acción prohibida, pues si falta una ley previa, o ésta es poco clara, no se podrá producir el efecto intimidatorio, porque nadie sabrá si su conducta puede acarrear pena o no. Señala ROXIN, 1997:145, también en 2006: 147, que es frecuente considerar superada la teoría de la coacción psicológica y por tanto también la fundamentación del principio de legalidad derivada de ella, pero entiende que con eso se desconoce que, si se complementa la idea de la intimidación con el “aspecto positivo” de prevención general, la fundamentación del principio *nullum crimen* desde la teoría de la pena resulta más actual que nunca, ya que si la conminación y la imposición de la pena también contribuyen sustancialmente a estabilizar la fidelidad al Derecho por parte de la población y en muchos casos a construir la predisposición a comportarse conforme a las normas, ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible; pues si no la hubiera, el Derecho penal no podría conseguir el efecto de formación de las conciencias del que depende el respeto a sus preceptos. Pero aunque no se sustente como función principal de la pena la de estabilizar la fidelidad al Derecho, LUZÓN PEÑA, 1996: 81, también en 2012: 24, quien en ningún caso le otorga un fundamento directo, considera que “el principio de legalidad también se puede derivar, indirectamente, del fundamento funcional de la necesidad del Derecho penal para la prevención de delitos, que a su vez implica el denominado principio de eficacia o idoneidad, pues el principio de legalidad contribuye notablemente a la eficacia de la prevención general”.

¹⁸Con escaso apoyo en Alemania, SAX, 1959: 998 ss., parte del fracaso del positivismo y de las ideas de la ilustración (considera que ha quedado demostrado que la ley no es necesariamente garantía de libertad tras la experiencia del período nazi) y entiende que el sentido moderno de libertad del art. 103 II GG ha de extraerse directamente del principio de la dignidad del ser humano, y si la pena presupone culpabilidad y sólo se podrá hablar de su existencia si antes del hecho el sujeto sabe, o al menos ha tenido la oportunidad de averiguar, que su conducta está prohibida; el art. 103 GG no es, por tanto, más que la especificación del art. 1. I GG (inviolabilidad de la dignidad humana) en sus efectos para el Derecho penal material. También BOCKELMANN, 1958: 288, efectúa una conexión entre irretroactividad y culpabilidad en la ponencia que realiza sobre la vigencia temporal de las normas, recordando que una ley retroactiva es tan injusta como inadecuada. Injusta porque quien ha violado una ley que no se hallaba vigente en el momento del hecho no ha incurrido en ninguna culpabilidad jurídica, entiende que la pena que se imponga a partir de una ley retroactiva no puede cumplir funciones de expiación. Este planteamiento ha tenido escasísima aceptación en nuestro país (CASABÓ RUIZ, 1972: 37, considera que la vulneración del principio de legalidad y en concreto el de irretroactividad de las normas penales, se puede entender como un ataque a la esencia y dignidad de la persona, viniendo exigido el principio de legalidad por el de culpabilidad). También ha sido objeto de críticas: GRÜNDWALD, 1964: 11 s., apunta que el reproche de culpabilidad no tiene el contenido apuntado por SAX, para la culpabilidad es suficiente con el reproche que el ordenamiento jurídico realiza a la conducta en razón de su lesividad social, lo que implicaría dejar sin contenido al principio *nulla poena sine lege*, entre otras razones, porque la garantía de reserva de ley penal habría desaparecido y porque sólo se prohibiría la retroactividad del precepto, pero no de la sanción penal. SCHREIBER, 1976: 211 s., además de recordar que la teoría no representa una novedad histórica, añade que la formulación crea fuertes incongruencias cuando se atiende a otras reacciones restrictivas de los derechos de los ciudadanos que, como las medidas de seguridad, no tienen ninguna conexión con la culpabilidad. ROXIN, 1997: 147, también en 2006: 148, entiende incorrecto

A mi juicio, si bien el fundamento relacionado con la prevención podría considerarse un apoyo indirecto a su fundamentación o justificación, ésta no puede erigirse en argumento relevante del principio de legalidad por la razón fundamental de que las exigencias contenidas en el mismo, pasarían a depender de consideraciones preventivas, y según qué planteamiento preventivo se sostenga, podría entrar en contradicción con algunos aspectos del principio de legalidad, como la prohibición de retroactividad. Tal vez, la cuestión debería plantearse de forma inversa, es decir, que una teoría preventiva garantista acerca de los fines de la pena, debe tener como presupuesto la existencia del principio de legalidad con todas sus garantías.

Y si bien mucho más indirectamente el principio de culpabilidad (en tanto que presupuesto de la pena y expresión de protección de la dignidad humana) podría relacionarse con la protección de la legalidad, la atención al mismo de forma preeminente, no resulta admisible en la medida en que el ámbito de aplicación del principio de legalidad quedaría reducido de forma notable, ya que no brindaría razones para amparar a las medidas de seguridad, las agravaciones penales retroactivas no podrían considerarse necesariamente vedadas por la prohibición de retroactividad y el principio mismo pasaría a depender de otras consideraciones sistemáticas. Entiendo que la culpabilidad, como elemento del delito y las exigencias de legalidad deben ser

considerar el art. 103 II GG sólo o predominantemente como “especificación del principio jurídico penal de culpabilidad” y comparte otras críticas realizadas, pero considera que en la práctica y por regla general, la conciencia del injusto sólo se dará si el autor hubiera podido conocer el precepto penal y, en esa medida, la idea de culpabilidad sí se puede incluir entre los fundamentos del principio de legalidad. MADRID CONESA, 1983: 22 ss., recoge las críticas efectuadas señalando que el principio de culpabilidad aparece como poco satisfactorio y da cuenta de que esta tesis suele aceptarse de forma meramente acumulativa y acrítica, junto a otras, en un intento de dar más fuerza al principio de legalidad mediante la acumulación de razones para su vigencia. HUERTA TOCILDO, 2000: 75, se manifiesta contraria a conectar el principio de legalidad con el de culpabilidad (con motivo del análisis de la STC 76/1990, que de forma poco clara conecta con el principio de legalidad el “elemento subjetivo de la culpabilidad” al examinar las alegaciones relativas a un pretendida infracción al art. 25.1 CE). FRÍGOLS I BRINES, 2004: 278 ss., afirma que si el fundamento del principio de legalidad fuese la culpabilidad, su contenido sería mucho más pobre y su ámbito de aplicación más reducido, en gran medida dependiente de otras consideraciones sistemáticas. Así, según la mayoría de la doctrina, las agravaciones penales retroactivas no podrían considerarse excluidas por la garantía de irretroactividad, puesto que nadie sostiene que el conocimiento exacto de la cuantía de la pena sea objeto del conocimiento de la antijuridicidad que exige el reproche culpabilístico, Aunque también reconoce que el principio de culpabilidad puede contribuir a la protección de la legalidad en la medida en que hace posible la previsibilidad de las conductas, pero la legalidad en general y la irretroactividad en particular exigen otro tipo de justificaciones. NAVARRO FRÍAS, 2010: 34, afirma que el fundamento del principio de legalidad no puede hallarse en el principio de culpabilidad, ya que para éste basta con el conocimiento o el posible conocimiento del carácter ilícito de la conducta y no de la punibilidad. Y en segundo lugar, porque ambos principios son garantías que juegan en planos diferentes y que tienen distinta relevancia, la exigencia de determinación se mueve en un plano en el que la relación entre el Estado y los ciudadanos no se ha personalizado en un determinado autor, y mezclar ambos planos podría comprometer la garantía de los ciudadanos, pues supondría que una ley penal sumamente imprecisa podría considerarse determinada si al sujeto le fuera posible conocer el carácter ilícito de la conducta.

tratadas en planos diferentes, como señala TIEDEMANN, la tipicidad legal integra el presupuesto para la culpabilidad y para su juicio, pero no la culpabilidad misma¹⁹.

Para justificar particularmente cada una de las garantías que integran el principio de legalidad y las exigencias que se derivan de ellas, no todos los fundamentos dados resultan útiles para todas ellas. Si atendemos a la prohibición de retroactividad, el fundamento que más directamente se conecta con esta garantía es el de la seguridad jurídica²⁰, pero existen más o menos explicitados distintos entendimientos de esta exigencia de seguridad jurídica. Un importante sector de la doctrina (sobre todo alemana) que justifica la prohibición de retroactividad en las exigencias de seguridad jurídica entiende ésta en un sentido de “protección de la confianza”²¹, y a través de ella se pretende garantizar la previsibilidad, calculabilidad y mensurabilidad del Derecho penal por parte del individuo, que, de esta manera, puede conocer con anterioridad a su actuación tanto la valoración como las consecuencias de su conducta y puede confiar en que tal valoración no podrá ser modificada con posterioridad, que no podrá ser sorprendido con un precepto posterior que le perjudique. Pero esta protección de la confianza puede ser entendida en un sentido objetivo o subjetivo y, a su vez, desde una perspectiva subjetiva entenderse desde dos perspectivas diferenciadas²².

Pero el significado más aceptado de la protección de la confianza es aquel al que se le atribuye sentido objetivo, como la confianza que pudiese derivarse, en una medida

¹⁹ TIEDEMANN, 1969: 192.

²⁰ Por muchos, ARROYO ZAPATERO, 1983: 17; RUIZ ANTÓN, 1989: 152; GARCÍA RIVAS, 1992: 24 s.; HUERTA TOSILDO, 1993: 89; VIVES ANTÓN, 1995: 40; CEREZO MIR, 2004: 218 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010:140. MIR PUIG, 2011: 107; LUZÓN PEÑA, 2012: 58.

²¹ Ver, entre otros, TIEDEMANN, 1969: 193 ss.; KREY, 1983: 111 s.; HASSEMER, 1990: 259 s.; NEUMANN, 2000: 112 s.

²² El primer punto de vista subjetivo entiende que la previsibilidad hace referencia a la confianza que puede tener cada individuo en particular en la norma. Esta versión encuentra justificadas críticas (V. por ejemplo, TIEDEMANN, 1969: 193 s., LEMMEL, 1970: 79; SCHREIBER, 1976: 215), pues no parece que tenga sentido alegar la previsibilidad individual de la infracción y de la gravedad de la consecuencia jurídica, cuando puede castigarse una infracción aunque el conocimiento de la misma sea parcial y, por otra parte, porque lo único relevante para la validez del Derecho es su cognoscibilidad objetiva, necesaria para la vigencia del imperativo jurídico concreto, y no su conocimiento, que se integra en el análisis de la existencia de culpabilidad. La segunda perspectiva subjetiva entiende esta protección de la confianza de forma más abstracta, como sentimiento de seguridad por el hecho de que se vive en un tipo de Estado, en un Estado de Derecho, también es objeto de críticas en el sentido de que la noción de previsibilidad debe ir más allá de la mera comprensión psicológica de la confianza, ya que la protección de la confianza sólo es posible por la situación objetiva que deriva de la constitución de un Estado de Derecho efectivo, y no del sentimiento de seguridad que debe derivar de ese mismo Estado (SCHREIBER, 1976: 217). Además, y esto parece determinante, supone plantear equivocadamente la problemática de la prohibición de retroactividad, debido a que un problema relativo a la limitación objetiva de la competencia estatal para la fijación de normas, se ve reducido a la problemática concreta de los ciudadanos. “De hecho, el principio de protección de la confianza, entendido como principio de previsibilidad subjetiva del Derecho, significa, en última instancia, una reformulación subjetiva de garantías objetivas, que conduce tendencialmente a una reducción del alcance del principio *nulla poena*” (NEUMANN, 2000: 113).

objetiva, del contenido de los preceptos legales²³, se relaciona con la idea de previsibilidad en sentido objetivo. Este sentido de la seguridad jurídica, la previsibilidad en sentido objetivo, a los efectos de la prohibición de retroactividad resulta útil como fundamento, en la medida en que permite afirmar que toda norma que se aplique a hechos anteriores a su entrada en vigor deberá ser considerada, necesariamente, como imprevisible y, por lo tanto, proscrita por la prohibición de retroactividad²⁴.

Ahora bien, la noción de previsibilidad objetiva resulta útil para proteger la cuestión relativa a la aplicación temporal de las normas, pero no resulta tan claro que sirva para delimitar el ámbito de las normas que quedan bajo la protección de la retroactividad desfavorable; porque con argumentos adicionales se suelen excluir, por ejemplo, las normas de Derecho procesal acudiendo a la distinción entre Derecho sustantivo o material y Derecho procesal; o las normas de ejecución sosteniendo que lo protegido es la pena (su clase y cantidad) no su forma de ejecución; a la jurisprudencia desfavorable señalando que la Constitución y las leyes se refieren exclusivamente a la “ley”.

Por ello, me parece importante, además de atender al argumento de la seguridad en el sentido de previsibilidad objetiva, actualizar el sentido político original de la prohibición de retroactividad, entenderla fundamentalmente como límite temporal al *ius puniendi* del Estado, como garantía contra la arbitrariedad de los poderes públicos. Es necesario garantizar la objetividad de la intervención punitiva del Estado, y esta intervención sólo puede ser objetiva si se lleva a cabo mediante una regulación anticipada y con validez general, mediante una ley determinada y dictada con

²³ PÉREZ LUÑO, 1994: 141 s., sostiene que “la certeza del Derecho se traduce, básicamente, en la posibilidad del conocimiento previo por los ciudadanos de las consecuencias jurídicas de sus actos. Con ello, se tiende a establecer ese clima cívico de confianza en el orden jurídico, fundado en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho”. LASCURAIN SÁNCHEZ, 2000: 20 s., expresa que la certeza no sólo constituye una de las acepciones más corrientes del vocablo “seguridad”, sino que la seguridad jurídica como valor surge fundamentalmente como una exigencia de cognoscibilidad de lo reglado y de consecuente previsibilidad de las consecuencias que las reglas asignan a los comportamientos de los ciudadanos y define la seguridad jurídica como la cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es el Derecho en cada momento y sobre lo que previsiblemente lo será en el futuro. Más recientemente, LASCURAIN SÁNCHEZ, 2009: 32, especifica que dicha seguridad como valor social es independiente de la concreta perceptibilidad de la misma por parte del sujeto afectado. Aunque no es éste el fundamento único que LASCURAIN SÁNCHEZ asigna a la prohibición de retroactividad, también añade que el principio entronca con la legitimación democrática del Estado a través del valor libertad, entendida ésta en un sentido genérico, como autonomía personal, y lo hace de un doble modo: de un lado posibilitando que el individuo ejercite tal autonomía, y, de otro, posibilitando que el Estado proteja los márgenes sociales de libertad a través del Derecho sancionador.

²⁴ En este sentido, FRIGOLS I BRINES, 2004: 289.

anterioridad al hecho. FRIGOLS I BRINES incorpora -y me parece una aportación importante- que esta limitación debe permitir que los poderes públicos actúen con neutralidad y, a partir de ello, requiere que se considere que “toda modificación retroactiva de las normas que suponga una injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos con motivo del ejercicio del *ius puniendi* implicaría una ampliación de dicha potestad punitiva, y sería, por lo tanto, inaceptable”, lo que permitiría extender la garantía de irretroactividad a ámbitos distintos de la protección de los delitos y de las penas²⁵.

4. Formulación constitucional de la prohibición de retroactividad

La CE de 1978 recoge el principio de legalidad en varios de sus preceptos. En un sentido muy general y para todo el ordenamiento lo hace en el art. 9.1 que expresa: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. El apartado 3 del art. 9 dispone que “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Junto a este precepto de carácter general, destinado expresamente a la materia sancionatoria, el art. 25.1 CE establece: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituya delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

Considero, junto a la mayoría de la doctrina penal²⁶, que la plasmación literal del principio de legalidad en la Constitución resulta insatisfactoria por lo incompleta y confusa, en la medida en que no se recogen expresamente en su formulación todas las garantías que del mencionado principio son aceptadas pacíficamente por la doctrina penal. En efecto, del apartado primero del art. 25 CE tan sólo surge sin ninguna clase de dudas la garantía de prohibición de retroactividad, pero solamente en relación a los delitos, faltas e infracciones administrativas (acciones u omisiones). Omite aludir

²⁵ FRIGOLS I BRINES, 2004: 308.

²⁶ De otra opinión HUERTA TOCILDO, 1993: 109 s., quien defiende que en el art. 25.1 CE se encuentran recogidas todas las garantías del principio de legalidad.

expresamente a la prohibición de retroactividad de las sanciones, no hace referencia a las medidas de seguridad, tampoco aparece ninguna referencia expresa a la exigencia de taxatividad.

En cuanto a la falta de referencia a la irretroactividad de las penas, un sector de la doctrina considera que, a pesar del defecto en el tenor literal, puede derivarse implícitamente del art. 25.1 CE, orientación que también ha adoptado claramente el TC²⁷. Pero otro sector entiende que se encuentra reconocida en el art. 9.3 CE²⁸, dado que la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras se encuentra recogida de forma expresa en el art. 9.3 CE, circunstancia que plantea la necesidad de determinar qué relación puede establecerse entre ambos preceptos (arts. 25.1 y 9.3 CE)²⁹. Se ha pretendido entender la relación entre los arts. 25.1 y 9.3 de la CE como un

²⁷ En la STC 8/1981 se afirma que “La Ley penal que contenga la tipificación del delito o falta y su correspondiente pena ha de estar vigente en el momento de producirse la acción u omisión” (FJ 3); en el mismo sentido, la STC 150/1989 (FJ 6). También ha sostenido el TC que “en el ámbito del Derecho penal la estricta prohibición de retroactividad que incluye el art. 25.1 CE está referida a la retroactividad en perjuicio del reo, dado que aquélla ha de ceder allí donde, en lugar de cumplirse el fin perseguido por la irretroactividad -protección del autor frente a las penas sobrevenidas-, se produciría un perjuicio para el sujeto” (STC 21/1993, FJ 5).

²⁸ En este sentido se pronuncia MIR PUIG, 2011: 109, quien considera que “la garantía penal -única que impide la agravación de la pena con posterioridad a la comisión del delito- resulta comprendida en la prohibición general de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos que establece el art. 9.3 de la Constitución.”; LUZÓN PEÑA, 1996: 181, también en 2012: 86, donde afirma que “la irretroactividad de la pena sí está incluida en la amplia formulación del art. 9.3.”

²⁹ FRÍGOLS I BRINES, 2004: 255 ss., explica este posible solapamiento dando cuenta del trámite parlamentario de elaboración de los arts. 9.3 y 25.1 CE: en su redacción originaria el art. 9.3 CE efectuaba referencias más amplias, incluyendo a las “normas punitivas, sancionadoras, fiscales y restrictivas de derechos individuales y sociales”, mientras que el art. 24.3 (correspondiente al actual 25.1 CE) disponía: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según el ordenamiento jurídico vigente en aquel momento, tampoco puede ser impuesta pena o sanción más grave que la aplicable al momento de la infracción”. Producto de enmiendas que por un lado pretendían introducir la retroactividad favorable, por otro excluir el término “fiscales”, aunque también la eliminación del art. 24.3 por la reiteración de contenidos en relación al art. 9.3; de las modificaciones producidas en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, triunfa la propuesta -en relación al art. 9.3- del Grupo Comunista de suprimir el término “fiscales”, y la enmienda de supresión de Unión de Centro Democrático en relación a los “derechos sociales”. En cuanto al art. 24.3, La discusión en la Comisión de Asuntos Constitucionales se ve afectada por el acuerdo entre la Unión de Centro Democrático y el Partido Socialista Obrero Español para acelerar la discusión parlamentaria, con lo que el debate sobre el texto queda menguado en el Congreso, que lo único que hace es suprimir la referencia a la irretroactividad de las sanciones y de las penas, con lo que el texto empeora claramente en lugar de mejorar. En el Senado el texto sólo fue objeto de tres enmiendas, dos de ellas dirigidas a recoger en el art. 24.3 la reserva de ley estricta y a eliminar la referencia a las sanciones administrativas. Esta última no fue aceptada. En el dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado la referencia a la “Ley” se sustituyó de nuevo por la referencia a la “legislación”, lo que demuestra que si desde un inicio ya había algún solapamiento en el Anteproyecto, éste se fue haciendo cada vez mayor con las supresiones efectuadas al art. 9.3, y con ello, perdió en buena medida su contenido autónomo y se convirtió en un especie de precepto general, del que el art. 25.1 parece una concreción en el ámbito penal y administrativo sancionador. También la complicada expresión “irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables” es fruto de una enmienda del Grupo Vasco, que pretendía introducir la retroactividad favorable en el art. 9.3, para evitar

auténtico corpus garantista erigido para tutela de los ciudadanos, del que se resalta la importancia del art. 9 como compendio de la significación democrática y social avanzada que se quiso dar a la Constitución, donde se establece la sumisión de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, la obligación de los poderes públicos de profundizar en la vía democrática hasta alcanzar el máximo de libertad e igualdad en la sociedad y garantizar una serie de principios que condensan los postulados básicos del Estado de Derecho, en primer lugar el principio de legalidad, a su lado la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos³⁰. Por lo que puede sostenerse que el art. 25.1 de la CE es una concreción, en el ámbito penal y administrativo sancionador, de una declaración de principios más general contenida en el art. 9.3 de la CE.

Pero si atendemos a la ubicación sistemática de los arts. 9.3 y 25.1 de la CE, advertimos que el primero se encuentra en el Título preliminar relativo a los principios informadores y, el segundo, en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas. Este tratamiento diferenciado determina una protección también diferenciada, porque el art. 53.2 de la CE limita el ámbito de aplicación del recurso de amparo a las pretensiones dirigidas a restablecer y preservar los derechos y libertades reconocidos en el art. 14 de la CE, en la Sección Primera del Capítulo Segundo (arts. 15 a 29 CE) y a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30 de la CE. De ello se deriva que no cabría recurso de amparo para los principios proclamados en el art. 9.3 de la CE, con lo que, en principio, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables no contarían con esta protección, en la medida en que la violación del principio pretenda fundamentarse en el art. 9.3 de la CE. A diferencia de todo aquello que se incardine en el art. 25.1 de la CE que es susceptible de ser reconocido mediante el oportuno recurso de amparo ante el TC. Aunque el TC ha admitido la alegación de la violación de preceptos no susceptibles de amparo, cuando se encuentran en relación con otros que sí lo son, y para el supuesto de las penas privativas de libertad, la relación directa con el derecho fundamental recogido en el art. 17.1 de la CE resulta un argumento indiscutible.

que se pudiera entender que la irretroactividad penal impedía la aplicación de la norma posterior más favorable.

³⁰ GARCÍA RIVAS, 1993: 127.

Además, como señala FRIGOLS Y BRINES³¹, los ámbitos de aplicación y los criterios de aplicabilidad interna del art. 9.3 de la CE se hallan absolutamente indeterminados, en especial el punto de conexión temporal. Pese a la referencia que se realiza a “las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”, la única parte de su contenido que parece evidente es la referencia a las normas sancionadoras, y puede entenderse que éstas ya se hallan recogidas en el art. 25.1 de la CE y con mayor rango de protección.

5. La aplicación de reformas legales desfavorables con independencia del tiempo de comisión de los hechos

En la última década, y en el marco de constantes reformas de la legislación penal, el legislador ha considerado necesaria la aplicación inmediata de algunos de los nuevos preceptos relativos a la pena de prisión. En efecto, la DT Única de la LO 7/2003, de 30 de junio, dispone lo siguiente: “Lo dispuesto, conforme a esta ley, en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal respecto de las circunstancias para acceder a la libertad condicional, y en el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo pena”.

Me parece relevante recordar que el Anteproyecto de reforma del CP mediante el cual se proponían las modificaciones consistentes en el “cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, cuando se presentó ante el CGPJ para el preceptivo informe, no

³¹ FRIGOLS Y BRINES, 2004: 274 ss., quien a su vez, distingue entre “reglas” y “principios” llegando a la conclusión de que la única diferencia entre ellos estriba en el grado de determinación de sus condiciones de aplicación. Mientras que en las reglas los criterios de aplicabilidad se encuentran más concretados, en los principios se hallan poco determinados o implícitos. Considera entonces que, en materia de prohibición de retroactividad, el contenido del art. 25.1 de la CE no es de ninguna manera un principio, sino una regla, que se entiende absoluta y sin excepciones, aunque las reglas puedan tener también excepciones. En cuanto a la retroactividad contenida en el art. 9.3 de la CE considera que nos hallamos ante un principio, ya que su ámbito de aplicación y sus criterios de aplicabilidad interna se encuentran absolutamente indeterminados, en especial el punto de conexión temporal. De forma parecida ALEXI, 2000: 211 ss., caracteriza la prohibición de retroactividad del art. 103.2 GG, como prototipo de una regla de validez estricta, donde como a diferencia de lo que sucede con otros derechos fundamentales no tiene lugar ponderación alguna, lo que no significa, para este autor, que no pueda existir ninguna cláusula de excepción.

contenía esta DT que posteriormente se incorpora en el trámite parlamentario a través de una enmienda transaccional efectuada a propuesta de los Grupos Popular y Socialista³². El Anteproyecto preveía la entrada en vigor de la ley con las fórmulas habituales³³, pero las consideraciones que efectuó la mayoría del Consejo en relación a una serie de cuestiones a las que inmediatamente me referiré, parecen haber “dado la idea” al legislador para que, mediante la incorporación de una disposición transitoria en la que se determine la aplicación retroactiva de algunas de las modificaciones, se garantice la aplicación de las nuevas normas en el sentido propuesto en el Informe. También, algunas consideraciones parecen anticipar los criterios que varios años después empleará el TS en la Sentencia en la que construye la denominada “doctrina Parot”.

El informe aprobado por la mayoría³⁴ realiza una serie de consideraciones “Sobre la vigencia y aplicación de la ley y la retroacción de sus consecuencias”³⁵, en el que parece importante detenerse. Se comienza afirmando que para determinar si una norma es aplicable a situaciones anteriores a su entrada en vigor es necesario aclarar, por una parte, el concepto de retroactividad y, por otra, el de ley sancionadora y, además, aclarar el ámbito de aplicación de los arts. 25 y 9.3 de la CE.

En opinión de la mayoría del CGPJ el ámbito del art. 25 de la CE, respecto del cual debe tenerse en cuenta la fecha de realización del delito, se circunscribe a las normas que describen delitos o determinan la magnitud penal con que debe sancionarse un hecho. Considera que este precepto constitucional se refiere al Derecho penal material, que regula los presupuestos de la punibilidad y las medidas y consecuencias accesorias, y que debe distinguirse del Derecho de ejecución de penas, que comprende todos los preceptos jurídicos relativos al inicio, cumplimiento y control de las penas y medidas ejecutoriamente impuestas, aclarando que no resulta relevante para la distinción el lugar donde formalmente se inserte el precepto, dado que no todas las normas contenidas en el CP pertenecen al Derecho penal material.

³² La justificación que se aporta al introducir la enmienda es la siguiente: “se trata de explicitar las reglas de aplicación de los preceptos que se modifican de acuerdo con las reglas generales del Código Penal”: BOCG, Congreso de Diputados, Serie A núm. 129-7, 45.

³³ La Disposición Final Segunda del Anteproyecto disponía: “La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente de su publicación”.

³⁴ La Comisión de Estudios e Informes del CGPJ, en su sesión de 16 de enero de 2003 designó ponentes del preceptivo informe a los Vocales D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar y D. Luis Aguiar de Luque. El informe fue aprobado por mayoría del Pleno del CGPJ, en su sesión de 4 de febrero de 2003.

³⁵ Punto 7 del informe aprobado por la mayoría del CGPJ.

Se afirma que el art. 25 de la CE alcanza sólo a la fase de la declaración en la sentencia de la culpabilidad y de la medida de la misma, pero no al Derecho de ejecución³⁶, respecto del cual, en la medida en que existan modificaciones, debe reflexionarse sobre la distinta prohibición contenida en el art. 9.3 de la CE, que no se fundamenta en el principio de legalidad sino en el de seguridad jurídica. Se sostiene, también, que la prohibición de retroactividad contenida en el art. 9.3 de la CE se extiende a la prohibición de la incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, porque la incidencia en los derechos en cuanto a su proyección hacia el futuro no pertenece al campo estricto de la irretroactividad. De ello deriva que no se encuentra prohibida constitucionalmente la aplicación de la nueva ley, aunque sea desfavorable, cuando no se trata de un supuesto de retroactividad auténtica sino de retrospcción. Para distinguir los conceptos de retroactividad auténtica y retrospcción (en términos del TC retroactividad impropia) cita como ejemplo las SSTC 126/1987 y 227/1988, que en nada se relacionan con la temática del informe³⁷, y

³⁶ En el ámbito de la ejecución, a la exigencia de legalidad le asigna el sentido de que “no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales” (art. 3.1 CP); el de garantía de ejecución expresada en el art. 3.2 CP cuando dispone que “tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”, y el de que el cumplimiento de la pena de prisión debe ajustarse a los dispuesto en las leyes y en el propio CP (art. 36). Todo ello porque en ninguno de estos casos el legislador efectúa la salvedad de que la ley reguladora sea la vigente al tiempo del comienzo de la ejecución de la pena, de ser así, el legislador hubiera dispuesto que “no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de la legislación vigente en el momento del dictado de la ejecutoria”, confundiendo la garantía jurisdiccional que se expresa en el art. 3.1 CP con el alcance de la prohibición de retroactividad en este ámbito.

³⁷ En efecto, la STC 126/1987, de 16 de julio resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por diversas Salas de lo Contencioso-Administrativo de Audiencias Territoriales contra la Disposición Adicional sexta, tres, de la Ley 5/1983, de 29-6-1983, sobre Medidas Urgentes en materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria, en cuanto crea para 1983 un gravamen complementario a la Tasa de Juego sobre Máquinas de Azar, por entender que dicha Disposición pudiera infringir los arts. 134.7, 9.3 y 14 en relación con el art. 33.3 CE. El Tribunal, en el FJ 11 afirma: “...el principio de seguridad jurídica, consagrado en el art. 9.3 de la Norma Fundamental, no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal. *En este contexto, el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias específicas que concurren en cada caso, se convierten en elemento clave en el enjuiciamiento de su presunta inconstitucionalidad.* Y a estos efectos resulta relevante la distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretende anular efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas. En el primer supuesto -retroactividad auténtica-, la prohibición de retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio; en el segundo -retroactividad impropia-, la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las consecuencias concretas que concurren en el caso ...” (cursiva añadida). La segunda sentencia (227/1988, de 29 de noviembre) aborda un conjunto de recursos de inconstitucionalidad promovidos en relación con la Ley 29/1985, de 2 de agosto de Aguas y conflictos de competencia planteados en relación con el RD 849/1986, por el que se aprueba el Reglamento del dominio público hidráulico en desarrollo de la Ley de Aguas; la Orden de 23 de diciembre de 1986 del Mº de Obras Públicas y Urbanismo, por la que se dictan

extrae de la primera de ellas la caracterización que efectúa de retroactividad auténtica donde la prohibición de retroactividad operaría plenamente (y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio), y de retroactividad impropia o retroacción, donde la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de la ponderación de bienes que se efectuara teniendo en cuenta, de una parte la seguridad jurídica y de la otra los diversos imperativos que pueden conducir a la modificación del ordenamiento jurídico.

Con este arsenal conceptual el CGPJ aborda el estudio de algunos preceptos que el Anteproyecto propone y determina acerca de su aplicabilidad lo siguiente:

En cuanto al período de seguridad (art. 36.2 CP) considera que se trata de la modificación de una norma penitenciaria que afecta al modo de ejecución de la pena y la considera aplicable: a) a delitos futuros, b) a condenas futuras de delitos pasados y c) a condenas pasadas respecto a los presos que al entrar en vigor la norma no hubiesen obtenido aún el tercer grado ni estuviesen en ese momento en condiciones de obtenerlo según el régimen legal anterior a la modificación. Lo que estaría prohibido sería dejar sin efecto terceros grados ya concedidos habiendo cumplido las exigencias legales del régimen anterior, o la negativa de la concesión del tercer grado a quienes, sin haberlo obtenido aún, tuvieran cumplidos, al tiempo de entrar en vigor la nueva norma, los requisitos que para la concesión estableciera el sistema anterior.

Cuando atiende a las modificaciones introducidas en el art. 78 del CP (que amplía las excepciones para el cálculo de los beneficios penitenciarios y la libertad condicional), a pesar de entender que se trata de un precepto complementario al art. 76 del CP debido a que el Juez o Tribunal sentenciador debe conformar el título de la ejecución en función de las circunstancias a las que alude el precepto, considera que como no afecta a la duración de la pena impuesta en la sentencia, no entra dentro del

normas complementarias sobre autorizaciones de vertidos de aguas residuales y el RD 650/1987, de 8 de mayo, por el que se definen los ámbitos territoriales de los Organismos de cuenca y de los planes hidrológicos. La posible afectación a lo dispuesto en el art. 9.3 y 33 CE, según los recurrentes, vendría dada porque la Ley de Aguas incurriría en arbitrariedad por un doble motivo: en primer lugar, porque carecería de justificación razonable desde la perspectiva del interés general, ya que los objetivos de utilización racional y protección adecuada de los recursos hidráulicos que la ley persigue podrían haberse alcanzado igualmente y con mayor respeto a los derechos individuales, mediante técnicas jurídicas distintas a la demanialización de las aguas, especialmente gravosa para aquellos derechos. En segundo lugar y de manera subsidiaria, porque una vez que se ha optado por la demanialización, ésta debió ser total imperativa mediante la correspondiente indemnización y no la arbitraria alternativa que ofrece a los titulares de derechos preexistentes sobre aguas privadas de aceptar la transformación de su derecho o mantenerlo como hasta el momento (...).

ámbito de prohibición de retroactividad que se deriva del art. 25.1 de la CE. Aunque advierte dificultades para aplicar el precepto a los penados que ya hubieren comenzado a cumplir condena, debido a que llevaría a modificar *ex post* el título de ejecución. Pero no aprecia razón para no aplicar la nueva norma respecto de las condenas impuestas tras la entrada en vigor de la norma cuyo Anteproyecto analiza.

Respecto de las modificaciones que el Anteproyecto introduce en los preceptos que regulan la libertad condicional (arts. 90 y 91 CP) y en el que establece los criterios de progresión y regresión de grado (art. 72 LOGP) considera que pueden aplicarse a todos los casos, con independencia del momento de comisión del hecho y también del dictado de la sentencia. Para llegar a esta conclusión efectúa una serie de consideraciones adicionales relativas a los límites de la prohibición contenida en el artículo 25 CE³⁸, a la naturaleza de la libertad condicional³⁹ y al contenido de la norma que el Anteproyecto introduce⁴⁰. Caracterizadas las normas que el Anteproyecto incorpora en los arts. 90 y 91 del CP y 72 de la LOGP, como normas que limitan la discrecionalidad de la norma vigente, consideran los autores del informe aprobado por mayoría por el CGPJ que tal caracterización permite enlazar el tema con la cuestión relativa a la retroactividad de la jurisprudencia, en el sentido de que no puede invocarse que la nueva norma generará una jurisprudencia más desfavorable, pues, la prohibición de retroactividad no alcanza el modo en que una norma es interpretada.

Algunas de las muy fundadas críticas que merece este informe (sólo haré referencia a las relacionadas con las indicaciones relativas a la aplicación temporal de la ley) fueron efectuadas por integrantes del mismo CGPJ y se plasmaron en uno de los

³⁸ El art. 25 CE prohíbe de manera tajante que a la fecha de comisión del delito no se haya podido calcular las consecuencias penales de los actos, pero en ese cálculo anticipado no entran las posibilidades de acortamiento de la condena en el futuro en función de criterios de reinserción social. El ciudadano tiene derecho a saber si puede ser castigado y, en su caso, en qué medida, pero el principio de legalidad no tiene el sentido de decirle cuánto tiempo de pena impuesta será de cumplimiento efectivo y cuánto tiempo podrá cumplir en régimen de semilibertad ya que es la ampliación del *ius puniendi* lo que se trata de limitar con la prohibición de retroactividad.

³⁹ La libertad condicional supone un modo de cumplimiento en libertad de la pena de prisión, pero en modo alguno es un acortamiento de condena, por lo que no afecta a la magnitud penal.

⁴⁰ Como se trata de requisitos o medidas que limitan la discrecionalidad del Juez de Vigilancia en la apreciación de la prognosis favorable de reinserción social en orden a la clasificación del penado y el otorgamiento de la libertad condicional, son requisitos que pueden ser exigidos de acuerdo con la normativa vigente, pues el art. 90.1.3^a CP exige un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, sin que la norma actual concrete los criterios para que esa valoración sea posible. Entendida la norma como limitativa de la discrecionalidad judicial (aunque ella obligue en la práctica a corregir determinadas interpretaciones judiciales), no puede quebrantar expectativa alguna del penado, ni menos aún derecho adquirido alguno.

votos particulares⁴¹. En primer lugar, se cuestiona -con buena lógica, por cierto- que se haya efectuado cualquier clase de consideración respecto de la vigencia y aplicación de la ley, ya que el único punto de partida que se advierte para analizar la cuestión es la Disposición Final Segunda del Anteproyecto que literalmente dice: “La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente de su publicación”, y dada la materia sobre la que versa el Anteproyecto, la única respuesta posible desde la Constitución en orden a la aplicación y vigencia de las normas es la irretroactividad absoluta de todas y cada una de las prescripciones del Anteproyecto.

En segundo lugar, caracteriza como sorprendente el esfuerzo que realiza el informe aprobado por la mayoría por sustraer el tema del ámbito del art. 25 de la CE⁴² mediante la diferenciación de lo que denomina Derecho penal material y Derecho procesal de ejecución, porque por el contrario, considera que uno y otro comportan decisiones de los poderes públicos que entrañan limitaciones a la libertad personal formando un todo que solo el artificio del informe mayoritario puede pretender diferenciar.

Visto este informe con la perspectiva que da el transcurso del tiempo (ya ha pasado una década), puede afirmarse que las interpretaciones que la mayoría del CGPJ propone para limitar el alcance de la prohibición de retroactividad en materia penal, han constituido una guía muy importante no sólo para el legislador penal, sino también para un sector de la magistratura. Aunque el legislador de 2003 no llega tan lejos como propone la mayoría del CGPJ, ya que limita la aplicación de la ley con independencia del tiempo de comisión de los hechos a algunas de las modificaciones introducidas en la libertad condicional y a las que limitan el acceso al tercer grado penitenciario.

⁴¹Me refiero al voto particular formulado por el Vocal del CGPJ D. Luis Aguiar de Luque, al que adhirieron Dña. Montserrat Comas D'Argemir, Dña. Ángeles García García, D. Javier Martínez Lázaro y D. Fernando Salinas Molina. D. Félix Pantoja García y D. Alfonso López Tena que también presentaron cada uno un voto particular en relación a otros temas, en lo relativo a la irretroactividad de las normas contenidas en el Anteproyecto, adhirieron en su integridad al voto efectuado por D. Luis Aguiar Luque.

⁴² Analiza el ámbito de aplicación de los arts. 25.1 y 9.3 de la CE y el alcance de la irretroactividad que de ellos se deriva y pone de manifiesto que las sentencias del TC citadas en el informe de la mayoría, no resultan extrapolables; así, expresa que “una conclusión parece clara de este breve repaso de alguno de los aspectos más señeros de la jurisprudencia constitucional: en ningún caso los aspectos restrictivos que se pueden detectar de aquélla son aplicables al caso que nos ocupa como pretende argumentar el informe de la mayoría. Los casos y sentencias reseñadas bien lo demuestran. Y es lógico que así sea. Las disposiciones del Anteproyecto que se analizan en el presente informe, aunque evidentemente afecten a “derechos individuales” (más aun, a posiciones subjetivas que derivan de derechos fundamentales constitucionalmente consagrados) se sitúan predominantemente en el campo de las “disposiciones sancionadoras”, debiendo contar además con el plus de irretroactividad que deriva de ser normas penales a los efectos del artículo 25.1 CE en cuanto que directamente atañen al estatuto de la libertad como derecho fundamental básico del Estado de Derecho”.

6. Constitucionalidad de la DT Única de la LO 7/2003, de 30 de junio

La plasmación constitucional confusa, insuficiente o sobreabundante (según se interprete) en materia de prohibición de retroactividad, conectada con los diversos alcances que se otorga a la prohibición de retroactividad en el ámbito de la pena (según veremos sólo la clase y cantidad de la misma o la gravedad, y en relación a esta última posición la falta de definición acerca de qué aspectos de la pena integran su gravedad), puede explicar las diversas opiniones que se han sostenido en relación a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la DT Única de la LO 7/2003, de 30 de junio. La mayoría de la doctrina penal ha manifestado y manifiesta su rechazo a la aplicación retroactiva de los requisitos establecidos por la LO 7/2003, de 30 de junio, para la concesión del tercer grado penitenciario y para obtener la libertad condicional y también ha expresado que su aplicación retroactiva plantea problemas de constitucionalidad⁴³, pero a partir de estos dos acuerdos comienza la diversidad de

⁴³ Pero sustentando variados criterios: GIMBERNAT ORDEIG, 2004: 27, afirma que “de acuerdo con esa Disposición los muchos mayores obstáculos que a partir de ahora existen para acceder a la libertad condicional y a la progresión al tercer grado penitenciario rigen también con relación a aquellos delitos que se cometieron y se juzgaron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2003. Sin embargo, y como aquí estamos ante normas de carácter sancionador, y éstas no pueden tener efectos retroactivos cuando perjudican al destinatario de las mismas, tal como establece el art. 25.1 CE y ha desarrollado el Tribunal Constitucional, de ahí que esa Disposición transitoria sea inequívocamente inconstitucional y deba ser considerada, en consecuencia, como no vigente”. GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, 2004: 28 ss., cuestionan el informe emitido por mayoría por el CGPJ, y expresan que “no logra convencer la pretensión de considerar las normas de clasificación y libertad condicional como ajenas al Derecho penal material, constituyendo en realidad Derecho procesal de ejecución, y por tanto no cubiertas por la previsión del art. 25.1 de la CE por encima de artificiosas distinciones clasificatorias, no está ni mucho menos claro que el art. 25.1 proyecte sus efectos exclusivamente al Derecho penal sustantivo -supuesto que ambas instituciones no pertenezcan a él-, y que por ‘disposiciones sancionadoras’ (término expresamente manejado en el art. 9.3 CE) haya que excluir a las de naturaleza procesal, cuando, y esto es lo decisivo, conciernen directamente al estatuto de la libertad como derecho fundamental”. CORCOY BIDASOLO, 2006: 411 s., afirma que “la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003, en cuanto supone retroactividad contra reo es directamente inconstitucional. (...) Esta prescripción infringe el principio de legalidad, en su aspecto de exigencia previa, puesto que supone la aplicación retroactiva de una ley penal desfavorable (...) la inconstitucionalidad se ha tratado de ‘salvar’ interpretando que esta norma no afecta al sistema de penas sino a su régimen de cumplimiento, es decir al Reglamento Penitenciario. El calificativo más benévolo de tal interpretación es considerarla un fraude de ley”. Por otra parte, CEREZO MIR, 2004: 220 s., considera que la Disposición “es sin duda inconstitucional por infracción de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución, que garantiza ‘la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales’. Aunque se considere que los reclusos no tienen un derecho, sino una mera expectativa de obtener la libertad condicional o el tercer grado en el cumplimiento de las penas de prisión con arreglo a las condiciones establecidas por la ley en el momento de la realización de la conducta delictiva y, por tanto, la mencionada disposición transitoria no restringiera derechos individuales, estaríamos, sin duda, ante una disposición de carácter desfavorable”. CÓRDOBA RODA, 2005: 51 s., admite que contradice lo dispuesto en el art. 9.3 de la CE, porque prescribe la aplicación retroactiva de preceptos que obviamente restringen los derechos individuales del interno. Considera que “de aplicarse las reformas introducidas por dicha Ley a decisiones que se tomen en relación a delitos llevados a cabo con anterioridad a su entrada en vigor, se incurrirá en una aplicación retroactiva en perjuicio del reo”. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 508, también entienden que contradice la prohibición general de retroactividad de las disposiciones

opiniones: algunos autores se pronuncian contundentemente por la inconstitucionalidad, otros plantean dudas, y entre los primeros no existe acuerdo en cuanto a qué precepto constitucional se infringe (25.1 o 9.3 CE), y tampoco entre quienes se pronuncian acerca de la inconstitucionalidad se hace en todo caso referencia al momento que debe tenerse en cuenta (comisión del hecho o sentencia) -a excepción de CÓRDOBA RODA, que alude

sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales contenido en el art. 9.3 de la CE, por lo que cabe alegar la inconstitucionalidad y añaden que sobre la naturaleza pretendidamente procesal de estas normas, el propio TC ha establecido la necesidad de su interpretación de la forma más favorable al derecho fundamental, así como la aplicabilidad del art. 9.3 de la CE a estos supuestos y la matización de la regla *tempus regit actum* en casos en que se afecta a derechos fundamentales”. SANZ MORÁN, 2004: 21 s., afirma que el legislador, con la DT, pretende sustraer una parte esencial del contenido de la ley a la aplicación de las reglas que, con carácter general, establece el art. 2 del CP en lo que concierne a la sucesión temporal de las leyes penales y se siga, por el contrario, el principio *tempus regit actum*, y de este modo resucitar la tradicional separación entre leyes penales *stricto sensu* y leyes de carácter procesal, olvidando que esta distinción ha perdido buena parte del sentido que tuvo históricamente, desde que en el art. 9.3 de la CE el principio de irretroactividad se refiere no a la “ley penal”, sino de una manera más amplia, a las “disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales” y sin duda restringen derechos individuales, en comparación con la regulación precedente. Además, entiende que dudosamente cabe calificar como meramente “procesales” a las mismas, prevaleciendo más bien su carácter sustantivo. Concluye finalmente afirmando que “aquellas disposiciones legislativas que posibilitan la excarcelación del penado, forman parte, sin duda, de las consecuencias jurídicas de la conducta que éste debe poder prever y se hallan sometidas, de este modo, al principio general de irretroactividad de la ley penal”. VIDALES RODRÍGUEZ, 2004: 97 ss., entiende que quizás no sea aventurado afirmar que el férreo mantenimiento de la máxima *tempus regis actum* “constituye un argumento muy débil frente a quienes ven frustrada su expectativa de ser puestos en libertad cumpliendo - es importante no olvidarlo- todos los requisitos legales que estaban en vigor cuando se dictó la sentencia condenatoria (...) no resulta impertinente cuestionar si la eficacia retroactiva otorgada no significa una vulneración material del mencionado principio (...) ya que las garantías se extienden a todos aquellos elementos de los que quepa deducir una condena penal o que puedan tener algún efecto sobre ésta”. IGLESIAS RÍO, 2005: 34 ss., sostiene que “el art. 9.3 CE no habla de leyes ‘penales’ sino de ‘disposiciones sancionadoras’ no favorables o restrictivas de derechos, decantándose por un concepto amplio de sanción, superador de concepciones penalistas y administrativistas. (...) las normas relativas a los plazos de acceso al régimen de semilibertad y a la libertad condicional no poseen una naturaleza procesal sino prioritariamente de carácter sustantivo, pues redundan en la ampliación o restricción de la libertad y además, prevalece su finalidad resocializadora, en conexión con los postulados constitucionales. (...) Desde otra óptica, la prohibición de retroactividad desfavorable, como elemento del principio de legalidad tiene por finalidad la seguridad jurídica, la calculabilidad de las consecuencias del delito, la previsibilidad de la duración de la condena en el momento de ser dictada la sentencia, así como cualquier otra condición de excarcelación. Es inconstitucional, pues, la aplicación retroactiva de una ley que recorta los beneficios penitenciarios o amplía el cómputo global del cumplimiento total de la condena, porque implica además resolver un caso utilizando una normativa que no existía cuando los hechos se produjeron”. JUANATEY DORADO, 2004: 28, opina que las normas de Derecho penitenciario, en la medida en que afecten a derechos fundamentales, forman parte inescindible del *ius puniendi* del Estado, razón por la cual el principio de irretroactividad deber regir con un rigor absoluto. CANO PAÑOS, 2012: 86 ss., hace suya esta opinión y con base en estos argumentos entiende que hay que considerar que la pena señalada en la correspondiente sentencia condenatoria tiene que ser interpretada como una situación jurídica consolidada y, por tanto, inmune a un eventual debilitamiento del principio de irretroactividad. Por consiguiente, una eventual aplicación retroactiva de la supresión de beneficios penitenciarios (tercer grado) o las limitaciones a la concesión de la libertad condicional que ha introducido la LO 7/2003 “supondría ni más ni menos que anular efectos a situaciones producidas y consolidadas con anterioridad a la propia ley. De esta forma, por tanto, aunque un preso no hubiera accedido aún al tercer grado o a la libertad condicional en el momento de entrar en vigor la LO 7/2003, tiene un derecho, que no una mera expectativa, a que no se modifique en su perjuicio el régimen penitenciario que se le venía aplicando, ya que el cambio operado en el año 2003 le afecta de forma desfavorable, violando tanto su derecho a la seguridad jurídica como la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales”.

a “delitos llevados a cabo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley” y SANZ MORÁN que expresa que el penado debe poder prever las consecuencias de su conducta para considerar que nos encontramos ante un precepto que dispone una aplicación retroactiva prohibida. Aunque puede inferirse que, si se acude al art. 25.1 de la CE para fundamentar la prohibición de retroactividad, se está considerando implícitamente que el punto de conexión es el del momento del hecho, tal y como lo determina expresamente el texto constitucional. Pero si se acude al art. 9.3 de la CE, aunque no impida (al contrario, creo que en materia sancionadora debe exigirse) considerar que la “disposición sancionadora” debe ser previa a la comisión del hecho, para algunos puede ser considerada una cuestión abierta, y dependiente de otras caracterizaciones, como la naturaleza de la norma de que se trate. Tampoco existe acuerdo en la doctrina en relación a esa naturaleza. Como hemos visto, GIMBERNAT y CEREZO MIR hablan de disposiciones sancionadoras, GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA se refieren a ellas como normas de ejecución, aunque expresamente señalan que difícilmente se les pueda negar el carácter de normas penales materiales; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN aluden a la posible naturaleza procesal de los preceptos; VIDALES RODRÍGUEZ, aunque no expresamente, parece reconocerles tal carácter; IGLESIAS RÍO les atribuye naturaleza sustantiva por oposición a la procesal que se les podría atribuir y, finalmente, CÓRDOBA RODA hace referencia a los derechos individuales de los internos.

Visto el estado de la cuestión, parece necesario analizar qué se entiende por pena a los efectos de determinar el alcance de la prohibición de retroactividad en este ámbito.

7. Alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito de la pena

La doctrina penal, en general, dedica unas pocas líneas a determinar qué entiende por pena a los efectos de esta prohibición, y considera expresamente protegida por la prohibición de retroactividad la clase y la cantidad de pena o hace directamente referencia a la gravedad de las penas, ya sean las penas de nueva creación, ya sea que, debido a la sucesión de leyes en el tiempo, se agraven las anteriormente existentes⁴⁴.

⁴⁴ Por ejemplo, JAKOBS, 1995: 111, 115, exige la determinación del marco penal, aunque también al interrogarse sobre si sólo queda amparado el Derecho sustantivo, afirma que la prohibición de retroactividad debe llegar hasta donde sea necesaria la garantía de objetividad; ROXIN, 1997: 140 s., también en 2006: 142, hace referencia a la clase y a la cantidad de pena; GARCÍA PABLOS, 2000: 335,

Pero algunos autores se han detenido un poco más en el análisis del tema. Así, RUIZ ANTÓN⁴⁵ expresa que la garantía de irretroactividad, en lo que respecta específicamente a la pena, alcanza a la previa determinación de la misma en todos sus aspectos y a los diferentes extremos de su fundamentación, agravación y extensión (art. 23 CP 1973). Pero inmediatamente añade que esta consideración no agota las exigencias constitucionales⁴⁶, y que por tal razón hay que incluir en la prohibición de retroactividad de la ley penal todo otro requisito que no opere como fundamento del delito o de la pena, pero que incida en ellos de manera distinta. Entre ellos incluye ciertos presupuestos tanto materiales (condiciones objetivas de punibilidad) como personales (causas personales de exclusión de la pena, excusas absolutorias) que por razones de política criminal hacen necesaria en unos casos la efectiva imposición de la pena, tanto en la fase de determinación judicial, como de medición, aplicación y ejecución (arts. 80 y 81 CP 1973). Y así sucederá con la inclusión de nuevos y más gravosos elementos de la concesión de la condena condicional o la libertad condicional. Considera también que la cuestión que plantean los supuestos en que la nueva ley más gravosa contempla efectos generados por una ley más benigna, por ejemplo, en el caso de la aplicación de un régimen más severo y restrictivo de derechos individuales con respecto a un delito cometido y juzgado bajo la vigencia de otra ley penitenciaria más favorable, debe resolverse en el sentido de considerar que la garantía de irretroactividad no sólo incluye los hechos, sino también los efectos o las situaciones generadas o creadas al amparo de la ley más beneficiosa, y parece relacionar la inaplicabilidad de la ley más desfavorable en todos los casos en los que hace alusión, con el momento de comisión de los hechos⁴⁷.

alude a la clase y duración de la pena; MIR PUIG, 2011: 106 s., expresa que la garantía penal requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho y añade que la prohibición de retroactividad impide agravar la punición; DE VICENTE MARTÍNEZ, 2004: 63 s., sostiene que el alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito de la pena exige que a un hecho que en el momento de su comisión tenga prevista una determinada pena, le sea aplicada otra pena cualitativamente diferente y más grave contemplada en una ley posterior; y que, un hecho que en el momento de su comisión tenga prevista una determinada cantidad de pena, no se le aplique la mayor cantidad de pena prevista en la ley posterior.

⁴⁵ RUIZ ANTÓN, 1989:102 ss.

⁴⁶ Considera que este ámbito, desde la perspectiva constitucional, se encuentra protegido por el art. 9.3 CE.

⁴⁷ También extienden expresamente la prohibición de retroactividad al cumplimiento de la pena COBO/BOIX, 1982:216, y COBO /QUINTANAR, 1999: 90, quienes consideran que la prohibición de retroactividad debe entenderse referida al *quantum*, modo o forma de cumplimiento de la pena, y conectan tal exigencia con el art. 25.1 de la CE indicando que no debe olvidarse que la condena se establece en función de la acción u omisión. En la misma dirección de incorporar aspectos del cumplimiento de la pena, ZAFFARONI, 2002: 121, sostiene que la prohibición de retroactividad alcanza a una distinta clase de pena, al cumplimiento parcial de la misma, a las previsiones sobre condena condicional, *probation*, e incluso a las consecuencias procesales. Añade, además, que ante la complejidad de los elementos que se pueden tomar en consideración, no es posible hacerlo en abstracto, sino que

La libertad -y consecuentemente su privación- es graduable en cuanto a su intensidad y, como consecuencia de ello, la afflictividad de su privación, su gravedad, puede ser mayor o menor, no sólo atendiendo a la cantidad de pena con que se amenaza la comisión del delito o el tiempo que se impone en caso de cometerlo, sino también atendiendo a su modo de cumplimiento, no parece que pueda afirmarse que es igual de grave cumplir cinco o diez años de prisión internado de forma ininterrumpida en un centro penitenciario, que tener la posibilidad -sometido, claro está, a ciertos requisitos- de tener mayor o menor grado de libertad dentro mismo de la prisión, de disfrutar de permisos de salida, de tener la posibilidad de trabajar, estudiar, o realizar cualquier otro tipo de tareas saliendo de los muros de la prisión aunque luego se deba retornar a ella, o de obtener la libertad condicional después de transcurrido cierto tiempo de cumplimiento en el establecimiento penitenciario, aunque se siga sometido a determinadas condiciones, controles y en su caso reglas de conducta.

Considero que definir qué elementos afectan a la gravedad de la pena de prisión resulta determinante a los efectos de precisar el alcance de la prohibición de retroactividad. Esta afirmación se encuentra en abierta contradicción con aquellas posiciones que sostienen que la prohibición de retroactividad de las normas desfavorables en el ámbito de la pena alcanza sólo a la clase de pena y a la magnitud de la escala prevista para el delito de que se trate, claro está, no porque entienda que no alcanza a ellas, que sin duda sí, sino porque considero que se debe ir más allá y amparar

deben plantearse frente al caso concreto. De esta manera se resuelve hipotéticamente el caso conforme a una y otra ley, comparándose las soluciones para determinar cuál es la menos gravosa para el autor. También FRÍGOLS I BRINES, 2004: 368, considera que la prohibición de retroactividad de la pena debería alcanzar incluso el ámbito penitenciario en la medida en que se produzca un empeoramiento del régimen, que es en lo que al fin y al cabo se concreta la sanción de privación de libertad que el CP regula y entiende que el punto de conexión debe ser también el momento de comisión de los hechos. En igual sentido se pronuncia CARO CORIA, 2004: 2. En similar sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, 2004: 35, sostiene que “la garantía de ejecución está referida a la fase de ejecución que debe regirse imperativamente también por el principio de legalidad. Si el destino final de las normas es ser aplicadas, ejecutadas, la garantía de ejecución impone que solo del modo en que aparece regulado en la ley, se pueden cumplir las penas y medidas de seguridad. Esta garantía conlleva el que las leyes de ejecución han de recoger las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas consignadas”. Más recientemente, y ya haciendo referencia expresa a las reformas introducidas por la LO 7/2003, MURILLO RODRÍGUEZ, 2009: 253 s., considera que el art. 25 de la CE sí alcanza la ejecución de la pena y el régimen penitenciario, porque aun cuando se considere que la lectura no es tan específica, la vinculación es necesaria desde una interpretación integral, considerando los principios generales del Derecho, el Título preliminar del CP y al amparo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Entiende que “lo contrario sería una autorización ilimitada al Estado para someter al preso, modificando el contenido de la pena privativa de la libertad a su antojo: una invitación abierta a la arbitrariedad y al terror del Estado contra un sector altamente vulnerable, que ya con el encierro se encuentra bajo dominio y prácticamente sin posibilidad alguna de defensa.”

con esta prohibición la forma de cumplimiento prevista por la ley en el momento de la comisión del hecho, es decir, la gravedad real, la específica afflictividad en la que se puede concretar la pena de prisión.

7.1. Qué preceptos afectan a la “gravedad” de la pena de prisión

Si en el ámbito de la pena, a los efectos de determinar el alcance de la prohibición de retroactividad, afirmamos que se incluye la clase de pena prevista para el delito y el marco penal establecido, como se propone desde las posiciones más restrictivas, podrían aparecer dudas acerca de si quedan fuera del ámbito de la prohibición de retroactividad todos los preceptos que regulan la concreción legal del marco penal, los que regulan la determinación de la pena en sentido amplio (suspensión o sustitución de la pena), y, bastante más claramente, las normas que regulan su cumplimiento y ejecución, posibilidad que entiendo que no puede sostenerse.

Si, por el contrario, se afirma que el ámbito que queda protegido por la prohibición de retroactividad es el de la gravedad de la pena, puede ser ésta una afirmación más razonable y menos restrictiva que la anterior, pero requiere de una importante concreción en cuanto a la determinación de cuáles de los múltiples preceptos que regulan la pena privativa de libertad quedan afectados por la prohibición de retroactividad porque afectan a su gravedad.

Desde la perspectiva de los distintos momentos o fases de la pena, en la etapa de conminación, y a efectos de determinar la gravedad de la prisión, ésta aparece definida por los marcos penales previstos. Además, si atendemos a la posibilidad de comisión de múltiples delitos, la mayor severidad posible viene determinada por los límites máximos establecidos en los preceptos que regulan los criterios de acumulación jurídica en nuestro CP.

En la fase de imposición y aplicación de la pena (o de determinación) podemos diferenciar dos momentos sucesivos, el primero (determinación de la pena en sentido estricto), en el que conforme a una serie de reglas se determina el marco penal concretamente aplicable (preceptos que determinan la pena aplicable según el grado de realización y el tipo de intervención) y los que regulan las eximentes incompletas y las

circunstancias atenuantes y agravantes que terminan de fijar un último marco⁴⁸ dentro del cual al juzgador se le ofrecen también criterios legales para llegar a la individualización exacta de la cantidad de pena.

En un segundo momento (individualización o determinación de la pena en sentido amplio), y una vez cuantificada la pena concreta en principio aplicable, el Juez o Tribunal, ajustándose a los preceptos que establecen los criterios para tal decisión, puede optar por suspender la pena privativa de libertad impuesta (arts.80 a 87 CP), o sustituir la pena de prisión por la pena de multa, la de trabajos en beneficio de la comunidad y en el caso de que la pena de prisión no exceda de seis meses por la de localización permanente (art. 88 CP).

Sin ninguna duda, todos los criterios establecidos normativamente para la individualización de la pena (tanto en sentido estricto como en sentido amplio) determinan la concreta gravedad de la pena que se imponga a un individuo como consecuencia de la comisión de uno o varios delitos. Cualquier cambio de criterio en estos ámbitos puede afectar a la gravedad de la pena, no sólo en cuanto a su cantidad final, sino también en cuanto a la posibilidad de que la misma no se haga efectiva con un ingreso en un centro penitenciario, circunstancia que hace que disminuya de forma notabilísima su aflictividad, en la medida en que el condenado queda sólo sujeto a determinadas condiciones (no volver a delinquir) y, en su caso, a cumplir unas determinadas reglas de conducta o realizar ciertas actividades por un tiempo determinado, o de que la efectiva privación de libertad sea reemplazada por privaciones de derechos menos relevantes que la libertad.

Finalmente, para aquellos casos en que la pena de prisión impuesta deba efectivamente cumplirse y atendiendo al hecho de que las condiciones de su cumplimiento -de gran variabilidad- hacen sin duda más o menos intenso el sufrimiento que esta pena implica, poca discusión puede haber en torno a que las condiciones de cumplimiento afectan a la concreta gravedad de la pena a la que el condenado se verá sometido. Los preceptos que determinan la mayor o menor restricción de la libertad que el cumplimiento de la pena conlleva son, al menos, los que regulan la clasificación de

⁴⁸ A excepción de los delitos imprudentes, en que los Jueces o Tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio sin sujetarse a las reglas que regulan la aplicación de las penas cuando concurren circunstancias atenuantes y agravantes (art. 62.2 CP) y de las faltas, en que los Jueces y Tribunales procederán a aplicar las penas a su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los arts. 61 a 72 del CP (art. 638 CP).

grado de tratamiento penitenciario y, como consecuencia, el régimen disciplinario, los que determinan los criterios de progresión o regresión en el grado de cumplimiento, los que regulan la amplitud de las comunicaciones con el exterior y los que determinan las condiciones para acceder a determinados beneficios penitenciarios y a la libertad condicional.

Desde una perspectiva material no advierto razones que permitan excluir ninguno de los aspectos reseñados, ya que todos y cada uno de ellos afectan a la intensidad de la privación de libertad e impactan, lógicamente en la gravedad real de la pena de prisión, ya porque permiten o impiden una mayor amplitud de movimientos y por consiguiente de autonomía dentro del ámbito carcelario, ya porque delimitan las posibilidades de comunicación con el exterior que impide el encierro, ya porque gradualmente permiten o impiden la salida del establecimiento penitenciario.

Y si se admite que la gravedad de la pena debe estar protegida por la prohibición de retroactividad, deberíamos afirmar que tanto la clase y cantidad de pena prevista como la modificación de preceptos que impongan criterios más severos también en el ámbito del cumplimiento o ejecución de la misma, deberían quedar protegidos por esta garantía. Aunque algunas objeciones a este planteamiento pueden provenir del carácter o naturaleza jurídica que se ha asignado a las normas que regulan la ejecución penal, como seguidamente veremos.

7.2. La naturaleza de las normas afectadas por la DT Única de la LO 7/2003

Si se atiende al contenido de los preceptos afectados por la DT Única de la LO 7/2003, parece que no pueden surgir dudas acerca de que en todos sus aspectos se imponen objetivamente condiciones más exigentes al condenado a pena de prisión para poder acceder al tercer grado penitenciario o a la libertad condicional, aunque, en algunos casos, estas exigencias puedan aparecer atemperadas por la interpretación que los Tribunales efectúen de ellas. Considero que se puede concluir que, para la generalidad de los casos, se trata de normas que agravan el cumplimiento de la pena, en tanto imponen condiciones más restrictivas e inexistentes en nuestro ordenamiento hasta su incorporación, que impiden, en caso de incumplimiento, el acceso a formas menos aflictivas de cumplimiento de la pena.

Si nos preguntamos acerca de la naturaleza material o procesal de las normas de nueva incorporación, tal vez se pueda afirmar la naturaleza procesal de dos de ellas: la primera, contenida en la modificación introducida en el art. 90. 1. c) del CP según la cual el Juez de Vigilancia debe valorar la existencia de buena conducta y el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la LOGP (en la redacción anterior el informe podía ser emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia estimara pertinentes). La segunda, contenida en el art. 93.2 del CP, en cuanto faculta al Juez de Vigilancia a solicitar informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional en supuestos de terrorismo. Se trataría de normas procesales si para afirmar tal naturaleza se atiende al hecho de que son normas que en un caso restringen y en otro aumentan las facultades jurisdiccionales para acceder a determinadas pruebas que permiten adoptar una resolución. Lo que no significa que, también, aunque indirectamente y no para la generalidad de los casos, estos nuevos procedimientos, puedan, en su concreta aplicación, implicar consecuencias más gravosas para el condenado (consecuencias materiales, por tanto), circunstancia que da cuenta del escaso rendimiento que brinda el criterio de la naturaleza del precepto para determinar la aplicación retroactiva o no de un precepto, si el objetivo es el de la limitación (temporal) del poder punitivo del Estado⁴⁹.

Pero en relación a las restantes modificaciones, si se acepta que la naturaleza que se le atribuya a la ejecución penal no condiciona la naturaleza de las normas que en tal ámbito se aplican, la solución debe ser distinta. Considero que los requisitos establecidos en el art. 72. 5 y 6 de la LOGP relativos a la satisfacción de la responsabilidad civil, a la exigencia de muestra de signos inequívocos de abandono de los medios y fines terroristas y colaboración activa con las autoridades con los objetivos indicados; que los requisitos establecidos en el art. 90.1 CP para obtener la libertad condicional consistentes en la reiteración de los exigidos (y recién mencionados) para obtener el tercer grado de tratamiento penitenciario y la ampliación de las reglas de conducta previstas en el art. 90.2 del CP que el Juez de Vigilancia tiene la facultad de imponer durante el período de libertad condicional, se encuentran contenidos en normas de naturaleza material. Y ello es así, a mi juicio, porque son preceptos que establecen

⁴⁹ V. más ampliamente, BARBER BURUSCO, 2014: 87 ss.

los criterios materiales que permiten fundar la decisión en el procedimiento de que se trate, y por quien tenga la competencia para adoptar la decisión.

Las normas que regulan la responsabilidad civil derivada del delito tienen, de acuerdo con la opinión casi unánime de la doctrina -posición que comparto-, naturaleza civil⁵⁰. También existe la misma opinión en la jurisprudencia⁵¹. Nos hallamos ante normas que no pertenecen al sistema jurídico-penal, debido a su distinta naturaleza formal, ya que se basan en un hecho distinto en cuanto a su significación -aunque coincidente en su sustrato fáctico- con el delito, cual es el acto ilícito que causa un daño resarcible. Prueba de ello es el hecho de que cuando el delito no ocasiona daño alguno no concurre responsabilidad civil. Y también a la distinta naturaleza material, ya que los criterios de atribución de responsabilidad y el significado de las consecuencias que se imponen es diferente, debido a que el Derecho civil se basa en fundamentos distintos a los del Derecho penal. Por ello, estas razones no parece que puedan verse desatendidas por el dato peculiar de que en nuestro Ordenamiento jurídico las normas específicas sobre responsabilidad civil *ex delicto* se encuentren ubicadas en el CP (arts. 109 ss.), y sean parcialmente distintas de las que regulan la responsabilidad civil extracontractual común de los arts. 1902 ss. CC, aunque deban también ser completadas en algunos aspectos por las normas contenidas en el CC, dada la incompleta regulación contenida en nuestro CP. Cuando, como consecuencia de la comisión de un delito, se condene también a las personas civilmente responsables del mismo a la restitución, reparación del daño e indemnización de los perjuicios materiales y morales causados a los

⁵⁰ La posición absolutamente mayoritaria en la doctrina es la que sustenta la naturaleza civil de esta responsabilidad. Aunque también y minoritariamente se sostienen posiciones mixtas, al afirmarse, como hace QUINTERO OLIVARES, 2004: 24, que la naturaleza no es puramente civil; también MOLINA BLÁZQUEZ, 2002: 147 s. Un análisis más detallado de la cuestión y de diversos aspectos de la responsabilidad civil derivada del delito: ALASTUEY DOBÓN, 2006: 594 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010: 609 ss.; MIR PUIG, 2011: 46 ss.; TRAPERO BARREALES/DURÁN SECO, 2013: 575 ss.

⁵¹ Así, el TC en diversas sentencias ha sustentado tal naturaleza: SSTC 237/1993, 238/1993, 261/1993. En la última se trataba de un juicio de faltas por lesiones y daños producidos en un accidente de tráfico, en el que se condenaba a la entidad aseguradora (recurrente en amparo como responsable civil directa) y en aplicación de la DA 3ª de la LO 3/1989 de 21 de junio al pago de un interés anual del 20% desde la fecha del siniestro sobre las indemnizaciones señaladas en la sentencia a favor de los perjudicados. A juicio del demandante de amparo, al no encontrarse en vigor la mencionada Ley en el momento en que ocurrieron los hechos, su aplicación contraviene no sólo el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables (art. 9.3 CE), sino también el de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE). En relación a ello, el TC en el FJ 2 de la sentencia expresa: “El principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables (art. 9.3 CE) no puede invocarse en vía de amparo, por lo que, en suma, la aplicación del mencionado principio no puede ser por este Tribunal a no ser que, a través de ella, se haya vulnerado alguno de los derechos susceptibles de amparo, y que por no tratarse de una sanción o pena, sino de un pronunciamiento en materia de responsabilidad civil, la imposición de los intereses del 20% en aquella disposición adicional no afectaban al art. 25.1 de la CE, lo que excluye sin más, cualquier transgresión del citado precepto constitucional ...”.

perjudicados por el mismo, ésta es una obligación que debe hacerse efectiva, y resulta exigible (salvo supuestos de insolvencia y de que el condenado no mejore de fortuna) hasta que transcurra el plazo de prescripción fijado en quince años en el art. 1964 CC.

Aunque también es cierto que la neta separación entre sistema penal de sanciones y sistema civil de reparación no significa que no tengan ninguna relación entre sí. En ocasiones el Derecho penal, en el CP 1995 condiciona ciertos aspectos penales (como la rehabilitación prevista en los arts. 136 y 137 CP, la atenuación de la pena del artículo 21.5ª CP, la suspensión de la pena prevista en el art. 81 del CP, o la sustitución de la misma prevista en el art. 88 del CP) a la satisfacción de la responsabilidad civil.

La LO 7/2003, por su parte, impone como requisito para la obtención del tercer grado de tratamiento penitenciario y la libertad condicional la satisfacción de las responsabilidades civiles. Respecto de este requisito (aunque tenga su fuente en la existencia de una obligación civil proveniente de una norma de naturaleza civil), resulta al menos dudoso que pueda seguir predicándose del mismo que tiene naturaleza civil porque proviene de una norma de naturaleza “civil” y derivar de ello que puede ser aplicado retroactivamente. En primer lugar, porque no se trata de una aplicación retroactiva de preceptos que afecten al ámbito de la determinación de la responsabilidad civil o a las formas de ejecución de la misma. En segundo lugar, porque este nuevo requisito proviene de nuevos criterios de política criminal que resultan de exclusiva aplicación en el ámbito del cumplimiento de la pena de prisión, y su función consiste en restringir las posibilidades de una forma menos aflictiva de cumplimiento de la pena (el tercer grado de tratamiento penitenciario) o en impedir la obtención de la libertad condicional, y, atendiendo a estas funciones, la nueva exigencia, a mi criterio, en la medida en que se incluye claramente en el ámbito de la sanción penal y que además la agrava, se integra como una condición para obtener la libertad, a esos específicos efectos debe quedar abarcada o protegida por la prohibición de retroactividad. Y ello con independencia de las críticas que pueden efectuarse tanto a los criterios de política criminal empleados por el legislador, como a las distorsiones que produce en el sistema existente hasta el momento.

Pero, además, existen otros argumentos que coadyuvan a sustentar la naturaleza penal de estas normas que, además, afectan al valor libertad, y es su carácter de Leyes Orgánicas. También debe tenerse en cuenta el tratamiento que el legislador ha dado con

anterioridad, en el CP 1995, a la desaparecida redención de penas por el trabajo (que sin duda operaba en el ámbito de la ejecución de la pena) cuando en la Disposición Transitoria 2ª establece que “para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código. Las disposiciones sobre redención de penas por el trabajo sólo serán de aplicación a todos los condenados conforme al Código derogado y no podrán gozar de ellas aquellos a quienes se les apliquen las disposiciones del nuevo Código./En todo caso, será oído el reo.” Si, como se desprende de esta disposición, el legislador, para la determinación de cuál es la pena más favorable al reo está atendiendo a normas relativas a la “ejecución” de la misma, no se advierte la razón para excluir las normas relativas a la “ejecución” para determinar que la pena es más desfavorable o más grave.

En el mismo sentido, si la jurisprudencia y la doctrina proponen atender para la aplicación retroactiva de la ley más favorable a todos los elementos que hacen la situación del condenado más beneficiosa, no se alcanza a entender -sin prejuzgar acerca de si la aplicación retroactiva de la ley más benigna se deriva directamente del principio de legalidad, de otros principios como el de proporcionalidad o de otros criterios de política criminal- cómo se pueden efectuar restricciones, distinguiendo entre normas que regulan la pena y normas que regulan la ejecución de la misma, para excluir de la prohibición de retroactividad las normas que regulan la ejecución penal.

A mi juicio, sólo desde inadecuados argumentos formales, que en el fondo encubren una propuesta de tratamiento diferente en cuanto a principios limitadores del *ius puniedi* para las personas que han sido condenadas y cumplen pena de prisión y para las que no han sido condenadas o no lo han sido a esta clase de pena, otorgando sólo plenas garantías a las segundas, puede sostenerse que la prohibición de retroactividad alcanza tan sólo a la pena fijada en la sentencia condenatoria, y no al ámbito de la ejecución de la pena en tanto no afecte a la cantidad de pena impuesta en el título ejecutivo. De esta manera, el legislador puede modificar sus políticas criminales e incrementar la gravedad de la pena impuesta no sólo a personas que han cometido delitos con posterioridad a los cambios de criterios en las políticas criminales, sino a personas que ya se encuentran cumpliendo pena, en la medida en que la modificación no afecte a la cantidad de pena impuesta en la sentencia.

8. Variaciones jurisprudenciales desfavorables en la ejecución de la pena de prisión

Pero no sólo contamos con ejemplos relativamente recientes de agravación del cumplimiento de la pena de prisión con posterioridad a la comisión del hecho como consecuencia de decisiones del legislador penal, también contamos con variaciones jurisprudenciales que agravan su cumplimiento. Es el caso de la doctrina sentada en la STS 197/2006 (caso Parot) en la que el TS ordena computar los beneficios penitenciarios de redención de penas por el trabajo respecto de cada una de las penas impuestas, a diferencia de la forma en que se había computado hasta el momento, sobre el límite jurídico de treinta años de prisión.

Existe una notable cantidad de publicaciones que analizan esta sentencia y la mayoría de los autores que lo hacen son muy críticos con la misma (a diferencia de la buena acogida que tuvo en sectores políticos, en responsables políticos, en la mayoría de los medios de comunicación y en asociaciones de víctimas) aunque también en algún caso es valorada de forma positiva o al menos calificada como necesaria⁵² en el ámbito académico y de los operadores jurídicos. Las críticas van dirigidas a diversos aspectos de la sentencia y hay diferencias de criterio (algunas de matiz) entre las posiciones de los diversos autores. Tal vez el mayor acuerdo se produzca en la consideración (en algunos casos no explicitada pero que se desprende del conjunto de los análisis realizados) de que nos encontramos ante una resolución con una calidad argumental pobre⁵³, que no resulta acorde con el rigor esperable de las decisiones que debe adoptar un alto tribunal⁵⁴.

⁵² NISTAL BURÓN, 2008: 1602, 1606, entiende que la nueva interpretación “constituye un mecanismo necesario para corregir el desajuste entre pena impuesta y pena cumplida”, considera, en fin, que “la introducción de criterios objetivos relativos a la duración de la condena, tanto por la *doctrina Parot*, como por lo dispuesto en el art. 78 CP, no supone otra cosa que limitar el subjetivismo propio del sistema de *individualización científica* y, de paso, controlar la amplia discrecionalidad que la Administración penitenciaria tiene en materia de ejecución penal”. MENDIZÁBAL ALLENDE, 2011: 1662, 1665, considera el contenido de la resolución un “razonable criterio que respeta el principio de proporcionalidad” y, además, “es una bocanada de justicia y satisface la necesidad social de ver cómo se da a cada uno lo suyo...”.

⁵³ De otra opinión GARCÍA PABLOS, 2006: 207, quien sostiene que la sentencia -se compartan o no los siete argumentos que aporta para justificar el cómputo- es sólida y coherente. Añade, además, que “sólo su tesis hace posible y efectivo el cumplimiento real de las penas excepcionalmente graves que contempla el art. 76.1 CP, lo que no sucede si la redención de penas se computa a partir del límite máximo de cumplimiento que establece dicho artículo”.

⁵⁴ De forma expresa se refiere a ello, HERNÁNDEZ GARCÍA, 2006: 6, quien afirma que la validez material de la desvinculación (de los precedentes) no depende exclusivamente de la mayor o menor juricidad de las nuevas razones. Los altos tribunales vienen obligados a aplicar un método mucho más exigente. La existencia de precedentes arrastra una consecuencia elemental y es que la nueva decisión no puede prescindir de las viejas razones, al menos como punto de partida. También MANZANARES

Las particulares cuestiones abordadas en relación a la sentencia, vienen enmarcadas, muchas de ellas, por el contenido del voto particular que, más allá de algunas apreciaciones que pueden ser discutibles, pone de manifiesto muy claramente, las carencias argumentales y los más que discutibles criterios interpretativos empleados en la decisión de la mayoría. Las más importantes de las cuestiones problemáticas analizadas (con mayor o menor detenimiento) son las siguientes.

8.1. La interpretación de la que se deriva el nuevo cómputo para la redención de penas por el trabajo

El Tribunal efectúa una interpretación conjunta de las reglas primera y segunda del art. 70 del CP 1973, que le “lleva a considerar que el límite de treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario”.

En primer lugar, de esta conclusión llama la atención la especificación que se efectúa en relación al máximo de cumplimiento, señalándose que ese máximo se refiere al cumplimiento “en un centro penitenciario”. Esta aclaración no surge en ningún caso de los textos legales que se dice aplicar, y menos aún de las reglas que, durante la ejecución de la pena, determinan la aplicación de los beneficios penitenciarios y de la libertad condicional. Se trata de una interpretación literal a la que se añade “literalidad” inexistente en los preceptos pertinentes.

En segundo lugar, el Tribunal se esfuerza en asignar significados distintos a los términos “pena” y “condena”, reserva la expresión “pena” para cada una de las impuestas por los delitos cometidos, y la expresión “condena” para la limitación resultante de los diversos máximos resultantes de los límites impuestos para su cumplimiento. De esta distinción, deriva que cada una de las penas impuestas mantienen su individualidad, y que esas penas se cumplirán sucesivamente por orden de su gravedad hasta el límite de que se trate (el triplo de la más grave o treinta años) y por eso es que de ese “cumplimiento sucesivo de penas, el penado dejará ‘de extinguir (es decir de cumplir) las que procedan (esto es, las siguientes en el orden citado) desde que

SAMANIEGO, 2006 (a): 1327, afirma que “la interpretación neutra, en el sentido de no optar inicialmente por un determinado puerto de arribada, parece haber dejado paso a otra que, al margen de la solidez jurídica de sus razonamientos, estaría orientada hacia una conclusión apetecida de antemano”.

las ya impuestas (cumplidas) cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años”. Estas afirmaciones (junto a otros argumentos⁵⁵), le permiten concluir que lo que el reo irá cumpliendo, con los avatares que le correspondan y con todos los beneficios a los que tenga derecho, será cada una de las penas impuestas hasta el límite de la condena. Por lo que a la extinción de las penas que cumpla sucesivamente se podrán aplicar los beneficios de la redención de penas por el trabajo conforme al art. 100 del CP de 1973. Por el contrario, los magistrados que firman el voto particular (para rechazar tal conclusión) afirman que tales penas se transforman en otra de la misma naturaleza, pero distinta, a la que denominan pena de cumplimiento⁵⁶, posición que, por otra parte ya había sido expresamente sostenida por el mismo Tribunal en la Sentencia de 8 de marzo de 1994 y en alguna posterior, citada también en el voto disidente⁵⁷.

Señala SANZ MORÁN⁵⁸ que dado lo arraigado de este modo de plantear el dilema, resulta explicable el esfuerzo interpretativo destinado (tanto por los magistrados que formaron la mayoría, como por los discrepantes) a determinar si la aplicación de los límites de la regla segunda del artículo 70 del CP de 1973 supone o no la creación de una nueva pena. Pero entiende que la alternativa no está correctamente planteada porque es posible considerar que las penas impuestas conservan su individualidad y que, no obstante ello, los beneficios penitenciarios -singularmente los que comportan reducción del período de privación de libertad- se refieren al límite temporal máximo de cumplimiento⁵⁹.

⁵⁵ En primer lugar porque “...en nuestro sistema jurídico solamente resulta una pena distinta de las diversas infracciones cometidas, como consecuencia de la aplicación de un delito continuado (“ex” art. 69 bis, hoy 74), o del concurso ideal (medial o pluri-ofensivo, “ex” art. 71, hoy 77) cuya construcción dogmática en la moderna doctrina permite afirmar que resulta una nueva pena distinta y diversa de las correspondientes a las infracciones cometidas”; y, en segundo lugar, “porque carecería de cualquier sentido que por el expresado camino de la acumulación se convirtiera en una nueva pena única de treinta años un amplio historial delictivo, igualando injustificadamente al autor de un solo delito con el condenado a una multitud de ellos, como es el caso enjuiciado.”

⁵⁶ Criterio que MANZANARES SAMANIEGO, 2006 (a): 1327, considera acertado.

⁵⁷ De 15 de septiembre de 2005, y aplicando ya el CP de 1995. En esta sentencia se expresa que la pena “opera ya como una pena nueva resultante y autónoma y a ella deben referirse los beneficios otorgados como son la libertad condicional, permisos de salida ...”

⁵⁸ SANZ MORÁN, 2006: 30 ss.

⁵⁹ Apoya su afirmación en que como se desprende tanto del art. 73 del CP (“... se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones...”) como de los artículos 75, 76 y 78 del mismo texto legal, sistemáticamente coordinados con aquel, no cabe duda de que la condena debe recoger todas las penas en que se haya incurrido por los delitos cometidos; y conservan su individualidad respecto de sus respectivas penas accesorias, la eventual prescripción de alguna de aquellas, e incluso el mismo artículo 76 del CP admite implícitamente la eficacia de posibles indultos individualmente referibles a alguna de las penas impuestas: SANZ MORÁN, 2006: 31.

Considero, con este autor, que se adopte la posición que se adopte (que las penas mantienen su individualidad o que los límites temporales establecidos por el art. 70 del CP de 1973 o 76 del CP vigente conforman una nueva pena), tal conclusión no resulta decisiva a los fines de determinar sobre qué magnitud o magnitudes debe computarse la redención de penas por el trabajo. En efecto, ni el art. 70 ni el art. 100 del CP de 1973 ni ningún otro precepto de ese Código contienen una regla que determine expresamente sobre qué magnitud debe efectuarse el cómputo de la redención de penas por el trabajo cuando el condenado debe cumplir múltiples penas, por lo que entiendo que no puede dejar de tenerse en cuenta, para la decisión, las reglas que regulan la ejecución de la pena. Los magistrados que conforman la mayoría se desentienden de esta cuestión con una frase, con ocasión de afirmar que no existen pronunciamientos reiterados sobre el tema que tratan, señalan que algunas sentencias se han referido a un problema distinto: “el de la unidad penitenciaria de ejecución de las penas sucesivas, cuestión que se relaciona a las necesidades del tratamiento penitenciario, que en nada afecta a las consecuencias jurídicas del concurso real”. Pero es justamente con la unidad de ejecución de las penas que es incompatible una interpretación como la que realizan que, por otra parte, no parece ser la única posible, pero que la anterior había sido uniforme hasta ese momento. Por ello es que una razonable interpretación sistemática, hubiera exigido, en primer lugar, analizar las características del beneficio penitenciario en cuestión: la redención de penas por el trabajo, junto a las reglas de ejecución aplicables en supuestos de penas múltiples que no pueden ser cumplidas simultáneamente.

Como ya se ha señalado al analizar esta doctrina⁶⁰, el sistema de la LOGP 1/1979⁶¹, basado en el sistema de individualización científica, exige que se opere con una unidad punitiva o pena global⁶². La clasificación penitenciaria, que es el

⁶⁰ MANZANARES SAMANIEGO, 2006 (b): 83 ss.; SANZ MORÁN, 2006: 31 ss.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, 2013: 411.

⁶¹ El art. 1.1. de la LOGP, incorpora el mandato del art. 25.2 de la CE y expresa que “Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados”. La finalidad propuesta la pretende alcanzar a través del sistema de individualización científica, así el art. 72.1. de la LOGP expresa: “las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales es la libertad condicional, conforme determina el Código Penal”

⁶² Desarrollada en el Reglamento Penitenciario, la unidad de ejecución era ya necesaria antes de la LO 1/1979, en el sistema progresivo clásico se encuentra ya en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1954, el art. 48 conecta con la declaración del art. 84 del CP de 1944 sobre el cumplimiento de las penas privativas de libertad según el sistema progresivo, pero el art. 56 va más lejos en cuanto regula la libertad condicional acudiendo a una pena única: “Cuando algún penado sufra dos o más penas de privación de libertad contenidas en una sentencia se considerarán aquéllas al efecto de aplicación al mismo del beneficio de la libertad condicional como una sola de mayor duración. Si dicho penado hubiere

presupuesto esencial para el tratamiento penitenciario, se predica de la persona penada y no de la pena o penas pendientes de cumplimiento, no puede haber una persona clasificada en un grado y simultáneamente en otro, como tampoco cabe configurar el tratamiento según la pena de cuyo cumplimiento se trate; y fundamentalmente, para la obtención del tercer grado o la libertad condicional (aunque se requiera determinado cumplimiento previo) es necesario alterar la sucesión lineal de las penas, de forma que ese tercer grado y la libertad condicional se cumpla al final de todas ellas⁶³. No se pueden cumplir las penas una a una, eso significaría ir progresando de grado, abandonando y regresando a la prisión luego de obtener la libertad definitiva de cada una de las penas impuestas⁶⁴.

Obvia, también, el TS, que si el vigente art. 78 del CP dispone expresamente y para determinados supuestos que el juez o tribunal sentenciador pueda acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, y que dicho acuerdo sea preceptivo en otros casos, es porque se prevé de manera excepcional para los casos en ese precepto recogidos, y significa que necesariamente, en los restantes casos, el cómputo de los beneficios penitenciarios se realiza sobre los límites de cumplimiento fijados por el art. 76 del CP en vigor y 70 del CP de 1973⁶⁵.

8.2. Los problemas de inconstitucionalidad que se advierten en la decisión del TS

Tanto en los fundamentos del voto mayoritario de la Sentencia (en este caso para negar que existan) como en el voto en minoría, como en todos los comentarios

sido objeto de indulto se sumará igualmente el tiempo dispensado en cada una para rebajarle de la suma total. Cuando en virtud de distintas sentencias sufra dos o más condenas, que habrá de extinguir por su orden, no se aplazará, caso de otorgársele el beneficio en alguna, el cumplimiento de las restantes, sino que extinguirá todas sucesivamente y el tiempo que se le otorgue de beneficio también se acumulará para que lo disfrute del mismo modo sucesivo, en libertad condicional”. Este precepto pasó sustancialmente al art. 59 del Reglamento de 1981 (vigente en el momento en que se realizaron los hechos del caso), y, más tarde al art. 193.2 del Reglamento Penitenciario de 1996, en el que se expresa: “Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a los efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total”. V. MANZANARES SAMANIEGO, 2006 (b): 83 ss.

⁶³ MANZANARES SAMANIEGO, 2006 (b): 89.

⁶⁴ Dan cuenta de estas cuestiones, aludiendo al problema de la unidad de ejecución y las dificultades de orden práctico que genera la nueva doctrina para los permisos de salida y para la libertad condicional: CUERDA RIEZU, 2006: 284; LLOBET ANGLÍ, 2011: 902; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, 2013: 410.

⁶⁵ V. por muchos, SANZ MORÁN, 2006: 33.

publicados hasta el momento, la referencia a las cuestiones de constitucionalidad que genera la nueva interpretación del cálculo para el cómputo de la redención de las penas por el trabajo es una constante, y se afirma que se afecta al derecho de defensa⁶⁶; que vulnera el art. 25.1 de la CE en tanto que la interpretación efectuada por el TS no era una interpretación posible⁶⁷; y que puede no haber respetado los requisitos exigidos por el TC para que resulte admisible un cambio jurisprudencial desfavorable, en estos argumentos me detendré.

El pleno de la Sala 2ª del TS recuerda que ese Tribunal no considera aplicable a la jurisprudencia la prohibición de retroactividad, y aunque afirma que su doctrina no significa un cambio jurisprudencial porque “sobre esa problemática no existen pronunciamientos reiterados de esta Sala, en el sentido del artículo 1.6 del Código Civil, que contradigan la interpretación establecida...” ya que existe sólo una resolución aislada⁶⁸, por si se entendiera que su doctrina implica un cambio jurisprudencial, recuerda, también, que el TC ha sostenido en diversas resoluciones que los cambios jurisprudenciales motivados suficientemente no infringen el derecho a la igualdad contenido en el art. 14 de la CE.

La afirmación relativa a la inexistencia de pronunciamientos reiterados sobre la cuestión por parte de la Sala, ha quedado claramente desmentida con dos resoluciones recientes a que se hace referencia en el voto particular que acompaña a la sentencia. El criterio anterior era un criterio claramente consolidado⁶⁹, constatable por la existencia de resoluciones del mismo Tribunal, y también por el dato de que la totalidad de los órganos jurisdiccionales que efectuaron la revisión de las condenas impuestas bajo la vigencia del anterior CP, cuando entró en vigor el CP de 1995, computaron la redención de penas por el trabajo a partir de los límites impuestos por la regla 2.ª del art. 70 del CP

⁶⁶ A ello se refieren MANZANARES SAMANIEGO, 2006 (a): 1327; CUERDA RIEZU, 2006: 289; SANZ MORÁN, 2006: 42; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, 2006: 148; GARCÍA-PABLOS, 2006: 207; GONZÁLEZ FRANCO/RAGUÉS I VALLÉS, 2007: 91; ORTS BERENGUER, 2009: 40; LLOBET ANGLÍ, 2011: 896. V. más ampliamente en: BARBER BURUSCO, 2014: 175 ss.

⁶⁷ Así, VIVES ANTÓN, 2006: El País, de 11 de marzo; GONZÁLEZ CUSSAC, 2007: 236, quien la considera un ejemplo manifiesto de conculcación del derecho a la legalidad penal, tanto por lo que se refiere a la prohibición de retroactividad en perjuicio del reo como de la exigencia de sumisión de los jueces a la ley; CUERDA ARNAU, 2013 (b): 766.

⁶⁸ La resolución a que hace referencia es la STS de 8 de marzo de 1994 en la que afirmó que el límite de ejecución del art. 70.2 del CP 1973 “opera como una nueva pena resultante y autónoma” y además critica la sentencia porque se apoya en el art. 59 del RP de 1981 entonces vigente infringe el principio de jerarquía normativa.

⁶⁹ CUERDA RIEZU, 2006: 282 s., demuestra a partir del examen de aproximadamente 170 sentencias y autos del TS que “el problema de la acumulación de penas con los límites de la regla 2.ª el art. 70 del Código Penal de 1973 en relación con la redención de penas por el trabajo no era en absoluto desconocido por la jurisprudencia, sino que había una anterior línea jurisprudencial”

de 1973⁷⁰. Constatada la existencia de una anterior línea jurisprudencial casi unánime o al menos mayoritaria, CUERDA RIEZU analiza la posible vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley, de acuerdo con el resto de los criterios establecidos por la STC 58/2006, de 27 de febrero⁷¹, y constata que se cumplen los requisitos de alteridad personal (las resoluciones examinadas como términos de comparación afectan a otros recurrentes), el órgano judicial es el mismo (la Sala 2ª del Tribunal Supremo). Aprecia -acertadamente- que la Sentencia relativa al caso Parot no motiva de forma suficiente el verdadero cambio jurisprudencial que consiste exclusivamente en que los beneficios penitenciarios se computan sobre cada una de las penas y no sobre la condena total resultante. Pero, por otra parte, considera que es difícil apreciar si esta resolución tiene o no vocación de ser mantenida en el futuro, y también entiende arriesgado valorar si se trata de una resolución dictada *ad personam*, ya que parece que la resolución trata de definir una nueva línea interpretativa, por lo que concluye este autor que resulta dudoso si esta sentencia ha vulnerado el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley⁷².

Considero que para analizar si nos encontramos ante una resolución dictada *ad personam* y si la misma tiene o no vocación de futuro, no resulta irrelevante reparar en el dato de que se está aplicando una legislación derogada y que como tal sólo tiene vigencia en tanto legislación más favorable para el o los condenados; y, que, además, resulta muy fácilmente determinable (y en parte controlable) el conjunto de personas a las que podría ser aplicada, porque todas ellas se encuentran cumpliendo pena. Por lo

⁷⁰ En este sentido, SANZ MORÁN, 2006: 32; QUERALT JIMÉNEZ, 2010: 132; LLOBET ANGLÍ, 2011: 900; CUERDA ARNAU, 2013 (b): 756, señala que resulta tan obvio que la STS 197/2006 introduce un cambio trascendental en el modo de computar la redención de penas por el trabajo, que hasta el mismo TS termina reconociéndolo: “la STS 343/2011, de 3 de mayo lo reconoce expresamente y dice que ‘lo que se ha modificado es la forma de aplicar los beneficios penitenciarios. Hasta la STS nº 197/2006 -reconoce ahora el Tribunal- se aplicaban sobre el límite máximo. Tal criterio fue considerado erróneo por la citada sentencia y otras que la siguieron, que entendieron que aquellos beneficios deberían aplicarse sobre las penas efectivamente impuestas, que debían cumplirse sucesivamente hasta alcanzar el límite máximo fijado por la ley (FJ 3º, p.2)””.

⁷¹ Expresa el Tribunal (FJ 4) que la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la Ley seguida en casos esencialmente iguales, de modo que son requisitos de la apreciación de dicha vulneración la existencia de igualdad de hechos; de alteridad personal; de identidad del órgano judicial, entendiéndose por tal la misma Sección o Sala, aunque tenga una composición diferente; de una línea jurisprudencial consolidada, que es carga del recurrente acreditar; y, finalmente, el apartamiento de dicha línea de interpretación de forma inmotivada, pues lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley “es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*”.

⁷² CUERDA RIEZU, 2006: 282 ss. Iguales dudas manifiesta GARCÍA-PABLOS, 2006: 207.

que, en cuanto a la posible vocación de futuro, ésta se encuentra claramente limitada a un universo de casos definido. Por otra parte, no me parece que el hecho de que la resolución trate de definir una nueva línea interpretativa (para un conjunto ya definido) resulte necesariamente excluyente de que la resolución pueda ser dictada *ad personam*, la singularidad del caso da buena cuenta de ello. Por lo que considero que existen buenos argumentos para considerar que el TS vulnera el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, atendiendo a los requisitos establecidos por el TC para tal control.

SANZ MORÁN señala que aunque se diera por buena la razonabilidad del nuevo criterio del TS y su vocación de futuro colmándose así los presupuestos exigidos por el TC en orden a no considerar infringido el principio de igualdad en la aplicación de la ley, resta determinar si alcanza o no a la jurisprudencia la prohibición de retroactividad⁷³. Considero, con este autor, que ésta, la jurisprudencia desfavorable y su relación con la prohibición de retroactividad es una de las cuestiones centrales que, para la reflexión, actualiza la “doctrina Parot”. Abordaré las discrepancias existentes en la doctrina en relación a la admisibilidad de la prohibición de retroactividad de la jurisprudencia, pero después de dejar constancia de las diferencias existentes en relación a esta doctrina en las Sentencias del TC y del TEDH.

9. Las sentencias del TC

Finalmente, el Pleno del TC en marzo de 2012 (seis años después de que comenzaran a presentarse los recursos) comienza a dictar las sentencias en las que resuelve los recursos de amparo interpuestos contra resoluciones de licenciamiento definitivo en las que, para adoptar la decisión por parte de los tribunales, se ha empleado la doctrina sentada en la STS 197/2006⁷⁴. De las resoluciones dictadas pueden diferenciarse tres clases de decisiones: en algunos casos se inadmiten los recursos de

⁷³ SANZ MORÁN, 2006: 38; de igual opinión, en cuanto a que el problema de fondo es la aplicación retroactiva de un cambio jurisprudencial desfavorable al reo: CUERDA ARNAU, 2013 (b): 766.

⁷⁴ Los recursos se encuentran fundamentados en la vulneración de los siguientes derechos fundamentales: la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), el derecho a la legalidad (art. 25.1 y 2 CE), el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE).

amparo por no haberse agotado la vía judicial previa⁷⁵. En otras sentencias se otorga el amparo solicitado⁷⁶. En estos casos el Tribunal entiende que concurre una de las vulneraciones denunciadas, la del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la libertad (art. 17 CE), en su vertiente de derecho a la intangibilidad de las resoluciones firmes⁷⁷; y finalmente, el resto de sentencias⁷⁸ en las que no se reconoce la vulneración del art. 24.1 CE, rechazan los recursos de amparo interpuestos con los siguientes argumentos: El Tribunal aclara que no es objeto de recurso de amparo la STS 197/2006, de 28 de febrero, que el examen que realiza se limita a la consideración de la respuesta judicial que para el caso concreto se contiene en las resoluciones recurridas, en las que se acuerda la aplicación del criterio de cómputo de las redenciones establecido con carácter previo por la citada STS 197/2006.

Afirma, a continuación, para dar respuesta a la vulneración al art. 25.1 de la CE alegada, que la cuestión planteada no corresponde al ámbito propio del derecho fundamental consagrado en el art. 25.1 de la CE, sino al de la ejecución de la pena privativa de la libertad, porque lo que se cuestiona es el cómputo de la redención de penas por el trabajo, sin que de la interpretación sometida a enjuiciamiento se derive ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto. En apoyo a esta

⁷⁵ Entre las que se encuentran las SSTC 58/2012, de 29 de marzo; 60/2012, de 29 de marzo; 63/2012, de 29 de marzo; 152/2012, de 16 de julio; 165/2012, de 1 de octubre; 167/2012, de 1 de octubre; 186/2012, de 29 de octubre y 28/2013, de 11 de febrero.

⁷⁶ Así, las SSTC 39/2012, de 29 de marzo, 57/2012, de 29 de marzo; 67/2012, de 29 de marzo y 113/2012, de 24 de mayo. En esta última sentencia los Magistrados DELGADO BARRIOS, RODRÍGUEZ ARRIBAS, ARAGÓN REYES y PÉREZ DE LOS COBOS formulan votos particulares en los que coinciden en que el recurso de amparo debió ser inadmitido por extemporáneo.

⁷⁷ Los antecedentes del caso resuelto en la STC 39/2012, de 29 de marzo, son los siguientes: por Auto de 22 de octubre de 1996, las penas impuestas al condenado fueron acumuladas (art. 70. 2.ª CP 1973) estableciéndose en la resolución como tiempo global de cumplimiento el de 30 años de privación de libertad. Mediante Auto de 28 de marzo de 1977 se acordó que no procedía la revisión de penas, “pese a que aplicando el nuevo Código Penal, el límite de cumplimiento sería 25 años, no procede modificar las penas impuestas, pues ni lo ha solicitado el penado, ni ello resultaría beneficioso, pues comportaría la pérdida del derecho a obtener redenciones con posterioridad al 25 de mayo de 1996”. A tal conclusión se llega teniendo en cuenta, la “liquidación de la pena de 30 años acumulada” remitida por el Centro penitenciario, en la que se hacen constar las redenciones obtenidas, así como la prisión preventiva cumplida por el penado y en la que el cómputo de las redenciones se realiza sobre la pena de 30 años refundida. Por providencia de 27 de junio de 1997 se declara firme el auto anterior. El Director del centro penitenciario interesó la aprobación del licenciamiento definitivo del recurrente para el día 29 de marzo de 2006. Pero la AN no aprobó dicho licenciamiento definitivo y solicitó al centro penitenciario la elaboración de un nueva hoja de cálculo conforme a la doctrina de la STS 197/2006 ordenando al centro penitenciario que, en aplicación de ese nuevo criterio, atendiera a la fecha resultante de la liquidación de la condena practicada el 26 de febrero de 1997, según la cual la pena se extinguirá el 21 de marzo de 2018.

⁷⁸ SSTC 40/2012, 41/2012, 42/2012, 43/2012, 44/2012, 45/2012, 46/2012, 47/2012, 48/2012, 49/2012, 50/2012, 51/2012, 52/2012, 53/2012, 54/2012, 55/2012, 59/2013, 61/2012, 64/2012, 65/2012, 66/2012, 67/2012, 68/2012, 69/2012, todas ellas del 29 de marzo; y 114/2012, de 24 de mayo.

distinción sostiene que se encuentra en la misma línea de las decisiones adoptadas por el TEDH que viene afirmando que las cuestiones relativas a la ejecución de la pena y no la propia pena, en la medida en que no impliquen que la pena impuesta sea más grave que la prevista por la ley, no conciernen al derecho a la legalidad penal consagrado en el art. 7.1 del Convenio.

Tampoco, a criterio del Tribunal, existe aplicación retroactiva del art. 78 del CP de 1995 tanto en su redacción inicial como en la dada por la LO 7/2003 y por consiguiente debe rechazarse también la vulneración del art. 25.1 de la CE, porque ni las resoluciones recurridas, ni la doctrina del TS invocada aplican retroactivamente dicho precepto, sino la normativa vigente en el momento de comisión de los hechos por los que el recurrente fue condenado (arts. 70.2 y 100 CP 1973) con una nueva interpretación (aunque reconoce que acoge el criterio de cómputo expresamente consagrado en el art. 78 CP 1995, pero argumentando que tal interpretación era posible a la vista del tenor literal de los preceptos aplicados). “Por tanto, teniendo en cuenta el razonamiento de los órganos judiciales y los preceptos que se aplican, la queja carecería de base fáctica pues la prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable consagrada en el art. 25.1 CE tiene como presupuesto fáctico la aplicación retroactiva de la norma penal a hechos cometidos previamente a su entrada en vigor”.

El Tribunal recuerda que los cambios de criterio jurisprudencial para resultar conformes con la Constitución deben ser analizados desde la perspectiva del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14.1 CE), pero considera que tampoco puede apreciarse vulneración a este derecho fundamental. En primer lugar porque no se impugna la STS de 28 de febrero de 2006, por lo que no cabe entrar a examinar si ésta se ha apartado o no de sus precedentes vulnerando el art. 14 de la CE, y, en segundo lugar, porque las resoluciones impugnadas se limitan a aplicar la doctrina sentada en aquella STS, máximo intérprete de la ley, justificando el cambio de criterio frente a otros supuestos resueltos con anterioridad, precisamente en la doctrina del TS. Por ello, sostiene, no puede apreciarse un voluntarismo selectivo, ni apartamiento inmotivado del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional cuyas resoluciones se impugnan, lo que constituye la esencia de la desigualdad aplicativa según la jurisprudencia del TC.

9.1. Valoración de la decisión

Si de la doctrina resultante de la STS 197/2006, puede afirmarse que en una muy buena medida surge de la decisión, que se ve como necesaria por parte del TS, de impartir justicia material (desde nuevos criterios de política criminal) por sobre cualquier otra limitación o consideración; en la inadmisión de los recursos de amparo por parte de la mayoría del TC se advierte un notable esfuerzo por eludir el análisis, en términos de constitucionalidad, de la nueva interpretación que efectúa el TS de los arts. 70 y 100 del CP de 1973.

La contundente exclusión de la ejecución de la pena del ámbito de aplicación del derecho fundamental a la legalidad penal, entendiendo que éste solo se despliega en torno a la interpretación y aplicación de los tipos penales, la subsunción de los hechos probados y la imposición de la pena en ellos prevista, efectuando una distinción puramente formal entre pena y ejecución de la misma, no puede ser valorado por mi parte más que de forma negativa, como consecuencia de las anteriores consideraciones, en las que explico los fundamentos por los que debería extenderse la garantía de la prohibición de retroactividad al ámbito de la ejecución de la pena.

Pero, además, el TC cierra también otras posibles vías que le hubieran permitido analizar la constitucionalidad de la doctrina en cuestión. En primer lugar, omite tratar la posible afectación al derecho fundamental a la libertad recogido en el art. 17.1 de la CE; y, en segundo lugar, evita analizar la posible afectación a derecho a la igualdad como consecuencia de la aplicación retroactiva de una jurisprudencia desfavorable, con el argumento de que no cabe entrar a examinar esa doctrina, porque no es la STS 197/2006 el objeto del recurso, y es cierto que la mencionada sentencia no es el objeto del recurso, pero también es verdad que la doctrina que se deriva de ella es la única razón por la que se deniega la libertad de los recurrentes.

Los votos particulares dan clara cuenta del excesivo formalismo con el que el TC aborda esta cuestión, y advierten también de la sesgada interpretación que hace la mayoría respecto de la jurisprudencia del TEDH, como queda bastante claro pocos meses después, cuando se publica la Sentencia de la Sala 3.^a en el caso Del Río Prada c/España.

10. La sentencia de la Gran Sala del TEDH en el caso Del Río Prada⁷⁹

La Gran Sala confirma la sentencia dictada en el mismo asunto por la Sala 3^a del Tribunal y emplea sustancialmente los mismos argumentos para considerar violados los arts. 7 y 5 del Convenio⁸⁰. En este caso la decisión no ha sido adoptada por unanimidad, aunque sí por una amplísima mayoría.

Las sentencias del TEDH muestran claras diferencias de criterio con la doctrina del TC en relación con el alcance o amplitud que nuestro TC otorga al derecho fundamental a la legalidad penal⁸¹. Como era de esperar, y así ha sido señalado por la doctrina⁸², en la sentencia Del Río Prada no se introducen importantes novedades en la jurisprudencia de Estrasburgo: respecto de la retroactividad de la jurisprudencia desfavorable su decisión proviene de una línea consolidada⁸³; aunque en relación a la incorporación en la noción de “pena” de aspectos relacionados con la ejecución de la misma, puede considerarse que es a partir del año 2008, del caso Kafkaris c. Chipre, que este Tribunal comienza a ampliar el objeto de control del art. 7 del CEDH⁸⁴, aunque

⁷⁹ La Gran Sala del TEDH, con fecha 21 de octubre de 2013, publicó la sentencia definitiva en el caso Del Río Prada c. España (nº 42750/09).

⁸⁰ Amplía algunas consideraciones al razonar acerca del “alcance de la pena impuesta”, haciendo hincapié en el hecho de que las redenciones de pena por el trabajo estaban expresamente previstas en una disposición legal, en el mismo Código que el legislador había fijado las penas y previsto las redenciones de pena (y no en normas de naturaleza reglamentaria como en el caso Kafkaris), cita el voto disidente de ASUA BATARRITA en la STC 40/2012, y observa que esas redenciones de pena daban lugar a una importante reducción de las penas pudiendo representar hasta un tercio de la duración total de éstas a diferencia de la libertad condicional tendiente a suavizar las condiciones de cumplimiento. Considera oportuno señalar que el art. 100 del CP de 1973 preveía una reducción automática y obligatoria de la duración de la pena como contrapartida del trabajo realizado en prisión excepto dos hipótesis muy concretas: cuando la persona condenada se sustraía o intentaba sustraerse al cumplimiento de la pena o en caso de mala conducta. Incluso en estas dos hipótesis, las redenciones de penas acreditadas ya otorgadas por el juez no podían revocarse retroactivamente, pues las jornadas de redención de penas concedidas se entendían ya cumplidas y formaban parte de la situación jurídica ya adquirida por el preso. Considera oportuno distinguir entre el presente caso y el asunto Kafkaris, en el que se discutía un sistema de redenciones de pena en el cual la redención ordinaria de cinco años de pena obtenida por los condenados a prisión perpetua al principio de su encarcelamiento era condicional de forma que siempre podía ser deducida en caso de mala conducta. (v. § 101 STEDH G.C. 21-10-2013).

⁸¹ V. ALCÁ CER GUIRAO, 2012: 938, que afirma que la importancia de esta sentencia reside en que “va a enfrentar al TC a la necesidad de modificar el contenido y alcance del derecho a la legalidad penal, particularmente en la espinosa cuestión de la *irretroactividad de la jurisprudencia desfavorable*”.

⁸² Así, LANDA GOROSTIZA, 2012: 17 s.; ALCÁ CER GUIRAO, 2012: 938 s.; VIVES ANTÓN: 2013: 768 ss.; CUERDA ARNAU, 2013 (b): 68 s.

⁸³ Aunque, como señala ALCÁ CER GUIRAO, 2012: 944, nunca España había sido condenada por tal motivo.

⁸⁴ En este sentido, LANDA GOROSTIZA, 2012: 18, que analiza la evolución de la jurisprudencia del TEDH en la materia, y concluye que la ampliación del control se ha efectuado particularmente respecto del escrutinio de la imposición de penas más graves que las aplicables en el momento de la comisión del delito. Advierte una doble evolución en la doctrina interpretativa: por una parte, se ha producido una ampliación teleológica en el concepto de pena, dando prioridad a consideraciones materiales de afflictividad de la medida levantando el velo y yendo más allá de las apariencias; y en segundo lugar, ha

mantenga, como principio, que el derecho a la legalidad no alcanza al ámbito de la ejecución de la pena.

Como puede advertirse, las diferencias de ambos tribunales en relación con la cuestión planteada alcanzan a dos aspectos. El primero se relaciona con el hecho de que el TEDH incluye la garantía de irretroactividad de la jurisprudencia desfavorable en el derecho a la legalidad que se desprende del art. 7 de la Convención⁸⁵, pero para juzgar la existencia de irretroactividad desfavorable y consecuente afectación a la garantía que surge del art. 7 de la Convención no adopta un criterio cronológico estricto⁸⁶, sino que recurre a la ponderación, e introduce las exigencias de accesibilidad y previsibilidad, como hace en la sentencia reseñada, al constatar que tanto en el momento de comisión de las infracciones como en el momento de la decisión sobre la acumulación de las penas el Derecho español (entendiendo por tal su aplicación jurisprudencial) estaba formulado con suficiente precisión como para permitir discernir con un grado razonable el alcance de la pena y las modalidades de ejecución; y a continuación comprueba que resultaba difícil sino imposible para la demandante prever el cambio jurisprudencial del TS en la época de los hechos, así como en el momento en que las penas fueron acumuladas.

La segunda posición encontrada con la doctrina del TC se debe a que éste considera que la ejecución de la pena no corresponde al ámbito propio del derecho fundamental consagrado en el art. 25.1 de la CE, porque se cuestiona el cómputo de la redención de penas por el trabajo, sin que de la interpretación sometida a enjuiciamiento se derive una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación

decidido usar un estándar más riguroso respecto del requisito de que la ley (en una consideración de conjunto que incluye la normativa penitenciaria, la jurisprudencia e incluso la práctica aplicativa de las autoridades) debe ser lo suficientemente precisa. Cuando esa precisión se ve comprometida (apariencia formal v. aplicación real) al momento de realizar el juicio de previsibilidad y accesibilidad, se declara la violación del art. 7 CEDH por falta de calidad de la ley. Pero cuando dicha ley es clara y taxativa al momento de la comisión de los hechos y lo que se pretende es la modificación o interpretación sobrevenida onerosa para el demandante no se alude expresamente a dicha calidad, pero se considera inaceptable la interpretación por atentar precisamente contra la claridad de las expectativas.

⁸⁵ En efecto, el art. 7 de la Convención hace alusión expresa al “derecho” nacional e internacional al determinar la prohibición de retroactividad, y como consecuencia de adaptar su contenido a las diversas tradiciones jurídicas que engloba, la retroactividad no se identifica sólo ni exclusivamente con la ley escrita, con lo cual, la reserva de ley de la tradición continental, se matiza según la jurisprudencia del TEDH hacia un control de la accesibilidad y previsibilidad no sólo de la fuente legal sino también de la interpretación jurisprudencial. V. LANDA GOROSTIZA/GARRO CARRERA, 2009: 269 ss.

⁸⁶ Así, en el § 47 de la sentencia de la Sala 3ª y en el § 93 de la sentencia de la Gran Sala, la Corte afirma que no se debe interpretar el art. 7 del Convenio como si proscribiese la clarificación gradual de la responsabilidad penal por la interpretación judicial de un caso a otro, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia de la infracción y razonablemente previsible.

del máximo de cumplimiento legalmente previsto; mientras que el TEDH, en el caso Del Río Prada, si bien recuerda que en su jurisprudencia ha establecido una distinción entre la medida que constituye en sustancia una “pena” y la medida relativa a la “ejecución” o a la “aplicación” de la pena, reconoce que la distinción no es siempre clara en la práctica por lo que adopta una perspectiva material (a diferencia del TC que adopta la perspectiva formal de la cantidad de pena fijada en la sentencia), y considera que debe ir más allá de las apariencias y si la medida adoptada, aunque se realice en el ámbito de la ejecución afecta al alcance de la privación de libertad impuesta, considera que debe entenderse que se trata de una decisión relativa a la “pena” y por ello debe quedar comprendida en el ámbito de protección del art. 7 de la Convención⁸⁷.

11. Posiciones de la doctrina en torno a las variaciones jurisprudenciales desfavorables

La doctrina penal que ha analizado la cuestión relativa a las variaciones jurisprudenciales y sus efectos se encuentra dividida. Un sector, en principio mayoritario, se ha pronunciado en contra de admitir la extensión de la prohibición de retroactividad de la ley desfavorable a los cambios jurisprudenciales que puedan producirse en perjuicio del reo⁸⁸, así también la jurisprudencia⁸⁹ y el TC⁹⁰, aunque

⁸⁷ Señala LANDA GOROSTIZA, 2012: 18, que el “concepto de pena y ley taxativa son elementos de la nueva jurisprudencia del TEDH que han determinado una atracción de facto de cuestiones de ejecución penitenciaria al ámbito del control de garantías del principio de legalidad, por más que se mantenga formalmente la doctrina tradicional según la cual tales cuestiones son ajenas al art. 7 CEDH que acumula desde 2009 hasta la fecha más violaciones constatadas que en toda su historia. Y, además, los casos que están siendo objeto de escrutinio en materia penitenciaria (casos Kafkaris, M o Del Río Prada) auguran un creciente protagonismo del principio de legalidad en una Europa agitada por una tendencia a agravar las penas más graves por los multidelincuentes y que busca mediante medidas postdelictivas o custodias de seguridad alargar la estancia en prisión con fines inculpativos”. Por otra parte, GARCÍA AMADO, 2014: 55, entiende que este nuevo enfoque del Tribunal implica una sustancial alteración de sistemas jurídicos como el nuestro y una muy peculiar reordenación de los poderes del Estado en materia penal, particularmente en cuanto a las llamadas fuentes de producción del Derecho penal.

⁸⁸ Esta cuestión cobró relevancia en el ámbito de la dogmática penal alemana como consecuencia de la sentencia del BGH de 9 de diciembre de 1966 (BGHSt 21, 157). El § 316 del StGB castiga la conducta de quien conduce un vehículo a pesar de que, como consecuencia de la ingesta de bebidas alcohólicas o de otros productos estimulantes, no se encuentra en condiciones de hacerlo con seguridad. Durante un largo período de tiempo la jurisprudencia entendió que por encima de 1,5 gramos de alcohol en sangre existía una absoluta incapacidad de conducir de forma segura y no admitía ninguna clase de prueba en contrario. En la sentencia mencionada, el límite fue rebajado a 1,3 gramos. Como consecuencia de tal decisión, se debate si los tribunales pueden, mediante la rebaja del límite de alcoholemia, castigar hechos que, según la anterior interpretación eran impunes. La cuestión fue resuelta en sentido afirmativo por el OLG de Karlsruhe, en sentencia de 5 de octubre de 1967 (*NJW 1967*, 2167). Con posterioridad, en 1990, la jurisprudencia volvió a rebajar de 1,3 gramos a 1,1 gramos el mencionado límite. Un análisis

existe un número creciente de autores que propugnan -para ciertos supuestos- que se extienda la prohibición de retroactividad que rige en el ámbito de la ley penal, a la jurisprudencia agravatoria.

11.1. Criterios por los que se rechaza la extensión de la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia

Quienes consideran que las variaciones en una línea jurisprudencial que perjudique al reo no pueden quedar comprendidas en el ámbito de la prohibición de retroactividad de la ley penal emplean argumentos variados y de diversa entidad.

Así, en primer lugar y como cuestión básica y de principio, se sostiene que no puede equipararse la legislación y la jurisprudencia, porque hacerlo atenta contra el principio de legalidad que parte (tanto en el art. 103 II GG como en los arts. 9.3 y 25.1 CE) de la separación de los poderes legislativo y judicial y limita la labor del juez a colmar el marco de la regulación legal⁹¹. En estrecha relación con esta idea, se afirma que carece de fundamento exigir la prohibición de retroactividad de las variaciones jurisprudenciales perjudiciales porque la jurisprudencia no es fuente del Derecho, en el sentido de que no puede crear normas de carácter general, de segura aplicación para el futuro⁹². Atendiendo también al carácter o naturaleza de la jurisprudencia se recuerda que el acto de conocimiento judicial es retrospectivo por necesidad y referido al caso

detallado de las diversas posiciones que se han sustentado, en: MADRID CONESA, 1982: 9-26; el mismo autor, 1983: 92 ss. Para un análisis de la cuestión de *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, v. VIDALES RODRÍGUEZ, 2001.

⁸⁹ V. entre otras, las SSTs: 883/1994, de 11 de mayo; 504/1998, de 13 de abril; 1179/2001 y 197/2006, de 28 de febrero.

⁹⁰ V. SSTC 202/1999, de 28 de octubre y 195/2000, de 24 de julio.

⁹¹ En este sentido se expresa ROXIN, 1997: 164 s., también, 2006: 168 s., quien añade 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 nueva 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”. Igualmente MADRID CONESA, 1982: 19, quien afirma que “...en ningún lugar de ambas normas fundamentales (se refiere a la alemana y a la española) se da cabida a la posibilidad de equiparación de ambos conceptos. Es más, tanto en una norma como en otra se parte claramente de la contraposición entre estas dos funciones y conceptos”. En igual sentido SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, 1993: 249. Con parecidas expresiones, JESCHECK/WEIGEND, 2002: 148, n.55: “...el juez no es legislador, sino que tiene que interpretar las leyes según el sentido que se les ha suministrado”.

⁹² Así, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2002, 125; CEREZO MIR, 2004: 226; GARCÍA-PABLOS, 2006: 199; GIL GIL, 2011: 59.

concreto⁹³; y que la posible igualdad de efectos no se corresponde con la igualdad de funciones⁹⁴.

Otro orden de consideraciones que lleva a oponerse a la prohibición de la retroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables, se relaciona con las consecuencias negativas que acarrearía su admisión para la vigencia del principio de legalidad⁹⁵ y para las obligaciones de la jurisprudencia⁹⁶. En efecto, se considera que si los jueces no están sujetos a los límites marcados por la ley penal, la consecuencia que se debe extraer no es la extensión de la prohibición de retroactividad, sino la derogación del principio de legalidad en su conjunto, dado que la aplicación de la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia acarrea implícitamente la renuncia al principio de taxatividad de la ley penal y, consiguientemente, a la prohibición de analogía y con estos dos principios quedaría privada de todo sentido la reserva de ley⁹⁷; además, perderían importancia obligaciones de la jurisprudencia tales como la sujeción a la ley y la obligación de fundamentar las decisiones⁹⁸, o el efecto de impedir cualquier innovación, el inmovilismo de la jurisprudencia⁹⁹.

En tercer lugar, otro conjunto de argumentos se relaciona con las dificultades para implementar esta prohibición de retroactividad, tanto por el carácter de la jurisprudencia¹⁰⁰, por la dificultad de determinar a qué tipo de decisiones afectaría, como por el hecho de que forzaría a un nuevo estilo de resolver judicialmente¹⁰¹.

⁹³ SCHÜNEMANN, 1978: 28.

⁹⁴ JAKOBS, 1995: 127; le sigue: SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1993: 249.

⁹⁵ VIDALES RODRÍGUEZ, 2001: 122, reconoce que si jurisprudencia y ley se equiparan y gozan del mismo tratamiento, cuando son dos cosas bien distintas, en cierta manera, esta equivalencia podría conllevar un relajamiento injustificado en la observancia que el legislador debe conceder al principio de taxatividad, que, confiado en que el aplicador continuará la tarea que ha dejado inconclusa le lleve a ahorrar esfuerzos dirigidos a conseguir la máxima determinación posible.

⁹⁶ JAKOBS, 1995: 127.

⁹⁷ MADRID CONESA, 1982: 21 ss.

⁹⁸ JAKOBS, 1995: 127, añadiendo que un poder judicial que estuviera sujeto, como el poder legislativo, también juzgaría como si promulgase leyes.

⁹⁹ MADRID CONESA, 1982: 23; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1993: 252 ss. quien llega a sostener que en el momento en que se enjuicie el caso concreto, el sujeto no puede descartar que el sentido de la decisión judicial vaya a ser distinto, y ello puede tanto beneficiarle como perjudicarlo, según se restrinja o amplíe el ámbito de lo prohibido. SUAREZ COLLÍA, 2006: 58, aunque considera no aconsejables los cambios jurisprudenciales en perjuicio del reo, sostiene que indudablemente deben ser admitidos porque en otro caso los tribunales se verían “atados” por sus anteriores decisiones y se produciría una “fossilización” de la jurisprudencia.

¹⁰⁰ SUAREZ COLLÍA, 2006: 58, recuerda que en nuestro modelo “continental” el juez sólo está sometido a la ley y al Derecho, y no a las decisiones de otros jueces o tribunales jerárquicamente superiores y la unificación de la doctrina jurisprudencial se lleva a cabo a través de los recursos y no mediante la atribución de fuerza general obligatoria a los precedentes judiciales, tal y como sucede en el sistema jurídico anglosajón.

¹⁰¹ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1993: 252.

Pero la negativa a reconocer tal extensión, hace que se propugnen otro tipo de soluciones para los supuestos en los que la variación jurisprudencial “sorprende”, o resulta “imprevisible”, ya que se considera que no es admisible que se castigue a quien no podía conocer la prohibición. Mayoritariamente, la solución propuesta por la doctrina es la consideración del error de prohibición¹⁰², con distinto alcance. Pero, como señala NEUMANN, considero que aparece como una solución insatisfactoria, en primer lugar, por una cuestión de enfoque, dado que supondría el tratamiento del tema como un déficit de información del autor, cuando en realidad nos encontramos ante un déficit de regulación del sistema normativo¹⁰³. Y, en segundo lugar, porque su admisión pasaría a depender de consideraciones relacionadas con el alcance y las exigencias previstas para el error de prohibición, cuestión nada pacífica por cierto¹⁰⁴.

Se han propuesto, también, otro tipo de soluciones. Así, partiendo de que la exigencia de determinación de la ley penal es un derecho fundamental y, al mismo tiempo, límite infranqueable de toda política criminal, se sostiene que debe exigirse el estricto cumplimiento del principio de legalidad, con lo que la mayoría de los problemas que se plantean o podrían plantearse respecto de la retroactividad y sus relaciones con la interpretación de las leyes realizadas por los tribunales, deberían solucionarse de forma inmediata en el plano de la actividad legislativa¹⁰⁵. En un sentido muy similar, pero con precisiones relacionadas con los criterios de interpretación exigibles a la jurisprudencia, se afirma que en el ámbito del Derecho penal la sujeción al tenor literal del precepto reduce considerablemente las posibilidades interpretativas, por lo que en última instancia habrá de acogerse aquella interpretación que resulte absolutamente respetuosa

¹⁰² Así, JAKOBS, 1995: 128, quien señala que “la regulación del error de prohibición del § 17 StGB protege ante la exigencia excesiva al autor en caso de cambio de jurisprudencia”. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1993: 256; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2002: 86, quienes sostienen que no se trata de una cuestión de legalidad ni de tipicidad, sino de una cuestión de culpabilidad, que debe plantearse como error de prohibición invencible.

¹⁰³ NEUMANN, 2000: 104.

¹⁰⁴ V. LUZÓN PEÑA, 1996: 463 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1999, 356 s, el mismo autor, 2008: 159 ss.; OLAIZOLA NOGALES: 2007: 61 ss.

¹⁰⁵ MADRID CONESA, 1982: 30 s. quien añade que con una técnica legislativa respetuosa con el principio de determinación de la ley penal, el ámbito del problema de los cambios jurisprudenciales se vería notablemente reducido; en igual sentido, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1993: 251; también JAKOBS, 1995, 127 n 122, considera que la solución para aquellos ámbitos de la regulación en los que existe necesidad de prohibición de retroactividad porque la jurisprudencia hace las veces de legislador reside en intensificar la regulación legal. Pone como ejemplo el tráfico rodado, y señala que si la tasa es indicio forzoso de la incapacidad para conducir y sirve como guía de conducta mejor que el concepto de incapacidad para conducir, el legislador tendría que mencionarla en la ley. NAUCKE, 2006: 82 s., aunque considera que la prohibición de retroactividad debe extenderse a la jurisprudencia, señala que, en verdad, si se toma estrictamente el principio *nullum crimen sine lege*, el problema de la prohibición de retroactividad ni siquiera tendría que plantearse para la jurisprudencia.

con las garantías constitucionales y provoque el menor detrimento posible de la libertad individual, reconociéndose que si así fuese, sería difícilmente explicable la existencia de una variación jurisprudencial perjudicial a los intereses del reo, porque si la interpretación anterior más favorable resultaba conforme al tenor literal del precepto, esa sería también la más acorde con el derecho a la libertad -valor superior del ordenamiento jurídico- por suponer una menor injerencia en éste, y, por ello, el entendimiento primero de adoptarse como opción preferente¹⁰⁶.

Pero como se reconoce que no sólo el legislador -a través de técnicas legislativas defectuosas- aumenta la inseguridad de los ciudadanos, sino que también los tribunales pueden producir el mismo efecto a través de la interpretación de las leyes penales, se propone utilizar, para frenar la tendencia a la progresiva expansión judicial de los tipos penales, el recurso de amparo a través de la posibilidad que ofrece el art. 44 LOTC para “los actos u omisiones de un órgano judicial”¹⁰⁷.

Por último, también se ha propuesto la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 2 del CP, aunque se reconoce discutible, porque puede aparecer limitada esta posibilidad por lo dispuesto en el art. 4.1 del CP¹⁰⁸.

11.2. Criterios por los que se promueve la extensión de la prohibición de retroactividad de la ley a la jurisprudencia

Desde la perspectiva de que un cambio jurisprudencial agravatorio y posterior a la comisión del hecho y que además implique un cambio radical del criterio

¹⁰⁶ Así se pronuncia VIDALES RODRÍGUEZ, 2001: 125 s., aunque reconociendo la complejidad del problema y la dificultad para encontrar soluciones convincentes, expresa que si es la indeterminación de la ley la que hace preciso un “complemento judicial”, parece que no debe negársele a este complemento las garantías de aquélla. En sentido similar: MADRID CONESA, 1982: 30, expresa que el principio de legalidad supone que en el campo del Derecho penal, en caso de conflicto entre los valores justicia y seguridad jurídica, la primacía corresponde a esta última y parece hacer extensible esta primacía a la interpretación judicial. No así SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1993: 249, 255, quien afirma que cuando una línea jurisprudencial innovadora se aplica a hechos cometidos con anterioridad, la retroactividad no se deriva de un mandato contenido en una norma, sino de la superior fuerza de convicción de la resolución considerada ahora como justa; propone que la seguridad jurídica se entienda referida a las normas en sentido estricto, y no a su complemento jurisprudencial.

¹⁰⁷ Esta propuesta efectuó MADRID CONESA, 1982: 34, para los casos marginales en que desde la perspectiva de las exigencias de determinación no pudiera ser resuelta la cuestión. También VIDALES RODRÍGUEZ, 2001: 127 s., aunque reconociendo que son escasas las posibilidades de que prospere, propugna la vía del recurso de amparo, alegando el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) ya que un giro jurisprudencial impredecible y desfavorable, además de causar la indefensión a la que alude el referido precepto, supone una quiebra de las expectativas del sujeto a que le sean aplicados idénticos criterios que los que se mantenían en el momento de la comisión del hecho.

¹⁰⁸ Propuesta que efectúa VIDALES RODRÍGUEZ, 2001: 127, quien reconoce que ninguna de las opciones apuntadas resiste aspectos críticos, y señala la necesidad de seguir buscando soluciones.

anteriormente mantenido de forma reiterada y constante, no es diferente, desde una valoración material, a la aplicación retroactiva de una ley sancionadora desfavorable, se propugna extender a estas situaciones la prohibición de retroactividad desfavorable contemplada de forma explícita para las leyes penales.

En apoyo de esta posición se afirma que, aunque ciertamente, el art. 9.3 de la CE se refiere solamente a la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables, y formalmente un cambio jurisprudencial agravatorio no supone una variación legislativa en sentido estricto, en cuanto la jurisprudencia no es fuente de Derecho penal; y, además, la ley sigue siendo la misma y lo único que se altera es la interpretación que hacen de ella los tribunales, lo que se está ignorando al negar la prohibición de retroactividad a las variaciones jurisprudenciales desfavorables es que el principio de irretroactividad no es más que una expresión de garantía de seguridad jurídica reconocida como tal por el propio art. 9.3 de la CE, y esa seguridad jurídica se ve profundamente afectada cuando un cambio jurisprudencial da lugar, como efecto material, a la aplicación de la ley de forma más gravosa¹⁰⁹.

FRIGOLS I BRINES, partidario de que la prohibición de retroactividad de la jurisprudencia desfavorable quede abarcada por la prohibición de retroactividad contenida en el art. 25.1 de la CE, justifica su posición, en primer lugar, desde el fundamento que otorga a la prohibición de retroactividad que, según su criterio, constituye la limitación objetiva de la ampliación de la potestad punitiva del Estado¹¹⁰;

¹⁰⁹ RUIZ ANTÓN, 1989: 165 s.; HASSEMER, 1984: 326; considera que excepcionalmente debería aplicarse la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia; MUÑOZ CONDE/ARROYO ZAPATERO, 1984: 326, expresan que una consideración fáctica del problema obliga a admitir que la prohibición de retroactividad se aplique también directamente a los cambios jurisprudenciales cuando éstos sean desfavorables al reo. Consideran que a favor de esta opinión está, aparte de razones de justicia material, el hecho de la propia indeterminación de la ley penal, que la misma deba ser completada por vía jurisprudencial. MAURACH/ZIPF, 1995: 199, entienden que existen casos de sólida jurisprudencia de los más altos tribunales que asumen una función de sustituto o complemento de las leyes, por lo que la jurisprudencia unitaria de los altos tribunales cumple la misma función orientadora que desempeña la ley, también aquí reclama un lugar el principio de prohibición de retroactividad. ESER/BURKHARDT, 1995: 66; señalan que la prohibición de retroactividad y el mandato de determinación pueden infringirse con facilidad si las decisiones judiciales que determinan también el estado jurídico de cada momento no estuvieran subordinadas a la prohibición de retroactividad; NEUMANN, 2000: 105, afirma que al acusado, que ha confiado en la impunidad de su conducta, le es indiferente si dicha confianza se ve frustrada por la promulgación de una ley penal de aplicación retroactiva o por la variación de una jurisprudencia constante, y considera adecuada la aplicación analógica del art. 103 II de la Ley Fundamental alemana; también FERRERES COMELLAS, 2002: 194, señala que, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, la equiparación entre ley y jurisprudencia parece obligada. SANZ MORÁN, 2006: 38-41, quien recoge en una muy clara síntesis las opiniones favorables a la extensión de la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia, parece pronunciarse a favor de su reconocimiento.

¹¹⁰ FRIGOLS I BRINES, 2004: 369, atendiendo a que se pretende proteger a los ciudadanos frente a la vulneración de sus derechos fundamentales.

y, en segundo lugar, partiendo del carácter indeterminado (siempre y en alguna medida) del Derecho¹¹¹ entiende que la existencia de las normas jurídicas depende de un proceso denominado “interpretación” mediante el que se extraen normas de los enunciados lingüísticos que constituyen las formulaciones normativas; y, si se acepta que las normas son el resultado de un proceso de atribución de significado, debe aceptarse que el cambio normativo no se debe producir necesariamente mediante una modificación legislativa, sino que es suficiente con la atribución de un significado distinto a la formulación normativa. En la fase de atribución de significado lo que se extrae es una norma (una correlación de un caso genérico con una solución); en una segunda fase (subsunción) de clasificación de hechos individuales en el caso genérico, pese a que el caso y la norma se hallen extraordinariamente definidos, también hay posibilidades de indeterminación (lagunas de reconocimiento, textura abierta del derecho). Desde esta perspectiva, entiende que el proceso que habitualmente se denomina “interpretación” afecta tanto a la existencia como a la aplicación del Derecho penal, y que en ese proceso de aplicación se pueden ocasionar dos clases distintas de indeterminación que, a su vez, son de distinto grado: la primera, afecta a la formulación de la norma y, por tanto, a todos los hechos individuales que ésta pudiera regular; y, la segunda, afectaría tan sólo a algunos hechos individuales, y se originaría en el proceso de clasificación o subsunción dentro de los casos genéricos, cuando tanto el caso genérico como la acción genérica que recoge se hallan perfectamente determinados. Añade, además, que la dogmática penal juega un papel importante en el proceso de atribución de significado de las formulaciones normativas y, aunque éste pueda ser en muchos casos esclarecedor, en muchos otros es un factor creador de incerteza. Y es precisamente este ámbito, el valorativo, el que puede determinar también la existencia de diferentes normas a partir de las mismas formulaciones normativas, puesto que, en la medida en que a partir del

¹¹¹ FRIGOLS I BRINES, 2004: 371 s., que considera que no se toma lo suficientemente en serio en el Derecho penal, sobre todo desde la perspectiva teórica, porque no cree que desde la perspectiva práctica se pueda dudar honestamente de dicha indeterminación. La razón de esta distancia la encuentra en el modelo de creación y aplicación del Derecho que subyace a los planteamientos ilustrados -con aspiraciones tan ingenuas como la prohibición de interpretación- y el método de creación y de aplicación de las normas con el que realmente se tiene que lidiar. Esto afecta a la imagen que se tiene del principio de legalidad y las garantías que en realidad efectivamente supone. Con estas afirmaciones pretende poner de relieve que el principio de legalidad debe aplicarse 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, puesto que sólo de esta forma podrá ser efectivo en la función de protección de la libertad e igualdad de los ciudadanos que tiene asignada.

mismo enunciado lingüístico quepan distintas prioridades de política criminal, la opción por unas u otras puede significar el establecimiento de normas distintas¹¹².

Junto a las exigencias de seguridad jurídica, en apoyo de la extensión de la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia se añade también el cumplimiento del principio de imparcialidad, que exige que se pongan límites a los tribunales (ya se admita que los tribunales crean Derecho o que sólo lo interpretan, encontrando la solución correcta) aunque estos sostengan que cambian la interpretación porque la anterior era errónea, ya que no deja de existir el riesgo de que el cambio obedezca, en realidad, al uso arbitrario de su poder interpretativo en perjuicio de una de las partes¹¹³.

11.3. Respuesta a argumentos empleados para excluir la jurisprudencia desfavorable del ámbito de la prohibición de retroactividad

Es cierto -como señala SANZ MORÁN¹¹⁴ cuando valora la posición de quienes se oponen a la extensión de la prohibición de retroactividad a los cambios jurisprudenciales- que dicha extensión parece contradecir la idea misma del principio de legalidad tal como tradicionalmente se ha entendido este principio desde sus postulados teóricos. Pero si se atiende a las carencias extensamente manifestadas (y comprobadas) en su realización práctica, fundamentalmente a la exigencia de taxatividad de la ley penal, ya sea que se incumplan por dejación de las obligaciones encomendadas al legislador, ya sea porque (también) se entienda que una mayor o menor indeterminación del Derecho es consustancial a la “ley” y ésta requiere de la interpretación como tarea relevante previa a su aplicación, los argumentos empleados por quienes se oponen a tal extensión parecen perder la contundencia inicial. Sobre todo, si se tiene en cuenta que lo que se pretende con la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables es extender una garantía limitadora del *ius puniendi* a ese ámbito que reforzaría la seguridad jurídica y que no impediría a la jurisprudencia cumplir su función, sino que, en todo caso, retrasaría la efectividad del cambio que propone.

¹¹² FRIGOLS I BRINES, 2004: 371 ss.

¹¹³ FERRERES COMELLAS, 2002: 196 ss., afirma que resultaría irónico que por querer respetar ciertos dogmas jurídicos originados en la revolución francesa, nos negáramos hoy a proyectar sobre la jurisprudencia la regla que impide la retroactividad desfavorable, porque “los revolucionarios franceses atribuyeron una importancia normativa de primer orden a la interpretación de las leyes, hasta el punto de que consideraron que sólo el parlamento podía interpretar, debiendo los jueces elevarle una consulta en caso de duda”. Si hoy los tribunales interpretan según su propio juicio, sin remitir dudas al parlamento, “sería ilógico desconocer entonces el impacto normativo que pueden provocar con un cambio jurisprudencial.”

¹¹⁴ SANZ MORÁN, 2006: 38.

En primer lugar, cuando se afirma que no se puede extender la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia porque no se pueden equiparar legislación y jurisprudencia ya que atentaría contra la esencia misma del principio de legalidad, sin duda tal afirmación produce impacto, pero entiendo que admitir la prohibición de retroactividad no “equipara” legislación y jurisprudencia. Si por equiparar entendemos asignar las mismas funciones a uno y otro poder, no es esto lo que se propone, el poder legislador mantiene su función de diseñar la política criminal y en consecuencia crear, modificar o derogar la ley penal (es quien tiene la legitimación democrática para hacerlo) y el poder judicial la de aplicarla, y en esta aplicación, sí se pretende imponer una limitación al aplicador de la ley penal (en la medida en que exista una jurisprudencia uniforme y la modifique en perjuicio del reo) que también se impone al legislador en el ámbito de la creación o modificación de la ley penal, y no parece que una limitación adicional a uno de los poderes, pueda producir, por sí misma, la equiparación de las funciones de ambos.

Conectada con la idea anterior, se afirma que carece de fundamento asignar carácter retroactivo a la jurisprudencia porque no es fuente de Derecho en el sentido de que no puede crear normas de carácter general de segura aplicación en el futuro. Parece necesario realizar algunas precisiones y matizaciones al respecto. NEUMANN, creo que acertadamente, expresa que la discusión acerca de si la jurisprudencia reiterada es fuente del Derecho penal tiene una importancia limitada para la resolución del problema, porque no se discute si se puede divergir de la jurisprudencia aplicada hasta el momento, sino si ello puede suceder de manera retroactiva¹¹⁵. Ahora bien, la cuestión relativa al hecho de que la jurisprudencia pueda o no crear normas de carácter general de segura aplicación en el futuro es bastante más complicada de responder; y nos remite a dos cuestiones que pueden ser analizadas de forma separada.

La primera de ellas se relaciona con la caracterización que se efectúe de la tarea que realizan los jueces. Una explicación tradicional de la razón de los cambios en la interpretación de una norma penal sin que cambie el texto de la ley, es que la nueva interpretación desfavorable no es una agravación retroactiva, porque ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida¹¹⁶. Esta afirmación parece presuponer una ley penal con un único significado correcto (al menos con un

¹¹⁵ NEUMANN: 2000: 108.

¹¹⁶ ROXIN, 1997: 165 s.; también, 2006: 168.

único significado en cada momento histórico) y que la tarea del intérprete (en este caso el juez) consiste en averiguar el significado correcto. Por varias razones no comparto este criterio¹¹⁷. En primer lugar, porque las palabras y las oraciones (materia con la que se construye la ley) son símbolos que adquieren significado en el contexto de uso¹¹⁸ (por lo que no parece que se pueda hablar de significado correcto o verdadero fuera de ese contexto) y también los significados van cambiando según los distintos contextos de uso. En segundo lugar, y, sin tomar posición (lo que requeriría una reflexión más profunda por mi parte) acerca del grado de indeterminación del Derecho, lo cierto e indiscutible es que el grado de precisión con el que estén formuladas las leyes está directamente relacionado con las diversas posibilidades interpretativas que estas permitan. Sin duda, a mayor precisión existirá un núcleo mayor de significado indubitado, pero parece muy difícil evitar que existan zonas de duda o de penumbra que requerirán, seguramente, de una tarea de asignación de significado. Además, la opción por una u otra interpretación parece estar más relacionada con la obtención o consecución de consensos que con la corrección o el significado verdadero. Por todo ello, la tarea que realiza el juez al interpretar y aplicar la ley parece ser bastante más creativa que lo que tradicionalmente se reconoce¹¹⁹.

Además, la jurisprudencia, junto a la resolución del caso concreto (en el sentido de la decisión sí es un acto retrospectivo por necesidad), tiene otras funciones que resultan innegables y estas funciones tienen reconocido, al menos, el carácter de complemento de la ley¹²⁰; el hecho mismo de que exista un cambio jurisprudencial (y nadie niega ni su existencia ni su legitimidad) da cuenta de que lo que efectúan los tribunales -al menos los superiores- es algo más que adoptar una decisión para el caso concreto, porque junto a la decisión sientan una regla (nueva si modifican la línea anterior) con pretensiones de vigencia para casos futuros¹²¹, cuestión distinta -sobre la

¹¹⁷ Aunque se compartiera, pueden seguir encontrándose argumentos para proponer la prohibición de retroactividad de la jurisprudencia. Así, FERRERES COMELLA, 2002: 196, sostiene que aunque la tesis correcta fuera la de que la nueva interpretación sólo expresa el derecho preexistente, también debe existir la prohibición de retroactividad pues los valores que justifican la prohibición subsisten plenamente, la seguridad jurídica sigue presionando a favor de la retroactividad porque aunque los nuevos expresen la verdad, lo cierto es que el tribunal encargado de formar jurisprudencia había consagrado en el pasado una interpretación distinta y la protección de la imparcialidad exige que se pongan límites a ese tribunal.

¹¹⁸ V. NINO, 1991: 248; RIGGI, 2010: 312 ss.

¹¹⁹ Así, concluye SARRABAYROUSE, 2012: 38, que, sin perjuicio de la discusión entre las diferentes escuelas sobre el alcance de la interpretación de la ley, lo cierto es que tanto el legislador como el juez crean y aplican Derecho.

¹²⁰ Complemento del ordenamiento jurídico que le viene asignado por el art. 1.6 del CC.

¹²¹ En este sentido, NEUMANN, 2000: 107 s.

que volveré- es si esa nueva regla resulta o no vinculante para el mismo y el resto de tribunales.

Esa función de “complemento de la ley” asignada a la jurisprudencia ha sido reconocida en ocasiones por el TC, y justamente para tratar de solventar la existencia de carencias en la determinación de la ley que, claramente, afectan al núcleo del principio de legalidad, a las exigencias de taxatividad. Así, respecto de expresiones de carácter abierto empleadas por el legislador, el TC ha sostenido que esas expresiones no son indeterminadas (no entro aquí a valorar la laxitud con que valora el TC las exigencias de determinación de la ley) debido a que existe jurisprudencia del propio TC y de la jurisdicción ordinaria que permite una “delimitación suficiente, clara y precisa” de esas expresiones¹²². Podría afirmarse que -al menos en estos casos- el TC se ha conformado con que la ley sea “determinable” y deja la función de determinación estricta en manos de la jurisprudencia; como señala FERRERES COMELLA, el TC legitima que el TS sienta jurisprudencia acerca de cómo debe interpretarse la ley, allí donde ésta pueda ser entendida de más de una manera¹²³.

La segunda de las cuestiones que la doctrina que se opone a la extensión de la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia desfavorable alega, en relación a que la misma no es fuente del Derecho, es el hecho de que su aplicación en el futuro no es segura. En este punto les asiste razón, ya que no puede afirmarse que en nuestro sistema la jurisprudencia tenga carácter vinculante en el ámbito del Derecho penal¹²⁴. La LECr no articula ningún mecanismo para ello, aunque en los últimos proyectos legislativos sí se prevé esta vinculación¹²⁵. Pero tampoco puede negarse la importante influencia que

¹²² STC 89/1993, de (FJ 3); en parecidos términos: STC 133/1987 de (FJ 6); también STC 219/1989 de, donde directamente invoca la jurisprudencia del TS. En la STC 151/1997 se sostiene: “el déficit de la ley sólo es compatible con las exigencias del principio de legalidad si el juez lo colma”. Para un análisis del derecho a la legalidad en la aplicación de la ley penal por parte del TC, v. ALCÁCER GUIRAO, 2010: 15 ss.

¹²³ FERRERES COMELLA, 2002: 154. En relación a esta doctrina del TC, ALCÁCER GUIRAO, 2010: 32, expresa que “si la exigencia de normas *determinadas* pasa a convertirse en que las normas sean *determinables*, viene a modificarse tanto el objeto de la garantía como el encargado de satisfacerla: ya no estamos, entonces, ante una exigencia que se predica de la ley en abstracto -esto, antes de su aplicación al caso concreto- y va por tanto dirigida al legislador, sino que como vimos que afirmaba el Tribunal Constitucional, ‘el problema de la constitucionalidad se traslada del legislador al intérprete y aplicador de la norma’, por lo que el juicio de constitucionalidad de la norma sólo podrá efectuarse un vez interpretada y aplicada por el juez al caso concreto”.

¹²⁴ A diferencia de lo que ocurre en la Jurisdicción Civil y en la Contencioso-Administrativa, en las que la ley reconoce de manera explícita el carácter vinculante de la jurisprudencia sentada por el TS al resolver los recursos de casación en interés de la ley (arts. 477.3 y 493 LEC y art. 100 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

¹²⁵ Así, y para citar sólo el último proyecto, en la Propuesta de texto articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo del Consejo de

ejerce la jurisprudencia del TS sobre los tribunales inferiores, y el hecho de que le compete unificar la interpretación mediante el recurso de casación, circunstancia reconocida por el TC en reiteradas ocasiones¹²⁶.

A pesar de esta ausencia de mecanismos legales para una aplicación segura de la jurisprudencia emanada del TS, no puede dejar de señalarse la tendencia cada vez más directiva del TS que se advierte, por ejemplo, en el cada vez más frecuente uso de los Acuerdos de los Plenos no jurisdiccionales de la Sala Segunda¹²⁷ que, al margen de la ley, pretenden generar la vinculación que la jurisprudencia misma no tiene¹²⁸. Nos encontramos, entonces, ante una proclamada y teórica independencia judicial y exclusiva sujeción del juez a la “ley”, que parecería impedir una aplicación segura de la jurisprudencia uniforme (salvo lo previsto en materia de recursos), pero con una práctica en la que la jurisprudencia del TS ejerce una notable influencia en los tribunales inferiores (cosa razonable), en la que también puede constatar un importante afán directivo por parte del TS que se ejemplifica sobre todo con el cada vez más extendido uso y seguimiento de los mencionados Acuerdos no jurisdiccionales¹²⁹ y, en algún caso como en el expuesto en relación a la “doctrina Parot”, en el que amplía su competencia en materia de recursos de casación, circunstancia que le permite (en la medida en que exista un recurso por parte del Ministerio Fiscal) asegurarse de que su doctrina

Ministros de 2 de marzo de 2012, el art. 602 contiene el siguiente texto: “Naturaleza vinculante de la jurisprudencia. La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo tendrá carácter vinculante para los órganos del orden jurisdiccional penal, que interpretarán y aplicarán las normas jurídicas conforme a la interpretación de las mismas que resulte de las resoluciones dictadas por la indicada Sala.”

¹²⁶ Entre otras, SSTC 30/1996, de 26 de febrero y 62/1997.

¹²⁷ El art. 264 de la LOPJ dispone: “1. Los magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales. Las reuniones se convocarán por el Presidente de la Sala, por sí, a petición mayoritaria de los magistrados, así como en los demás casos que establezca la ley. Serán presididos por el presidente de Sala./2. En todo caso quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan.”

¹²⁸ Sólo dos ejemplos de ello, el primero: en la STS 2338/2001, de 11 de diciembre, el Tribunal consideró que existía prevaricación judicial porque el juez se apartó de la “doctrina consolidada” del Tribunal Supremo aplicable a la conducta enjuiciada, cuando en absoluto era irrazonable lo sustentado por el Juez. El segundo: el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 18 de julio de 2006 dispone: “Los acuerdos de la Sala General (Pleno no jurisdiccional) son vinculantes”. V., acerca de la naturaleza y problemas que plantean estos Acuerdos: GARCÍA PABLOS, 2006: 208 ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, 2006: 341, 353 s.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, 2008: 2 ss.

¹²⁹ Acuerdos que no tienen fuerza vinculante, que no tienen ninguna clase de fundamentación, que por sí solos no alcanzan el rango de jurisprudencia y que no plasman una decisión judicial porque se adoptan fuera del ejercicio de la potestad jurisdiccional, porque no es esa potestad la que se ejerce en una reunión de las características de la prevista por el art. 264 de la LOPJ. Como sostiene MANJÓN-CABEZA OLMEDA, 2008: 18, “la utilidad de estas reuniones es instrumental: se permite la puesta en común de opiniones y el planteamiento de problemas, con carácter general, no limitados por las circunstancias particulares que cada caso presenta”.

jurisprudencial será aplicada¹³⁰. Podrá afirmarse que la constatación de determinadas prácticas no es buen argumento para cuestionar un planteamiento teórico, y que si las prácticas son inadecuadas deben hallar solución en su ámbito; pero también es cierto que mantener unos postulados teóricos totalmente dissociados del análisis del funcionamiento de las prácticas y más si éstos tienen las pretensiones de funcionar como garantías, difícilmente, tales planteamientos puedan tener efectividad.

He señalado, también, que el otro bloque de argumentos empleado para no admitir la irretroactividad de la jurisprudencia desfavorable se relaciona con la apreciación de que su admisión traería aparejadas consecuencias negativas para la vigencia del principio de legalidad, ya que podría significar implícitamente una renuncia al principio de taxatividad y prohibición de analogía y, por lo tanto, carecería de sentido la reserva de ley. Entiendo que estas críticas pueden, al menos, ser relativizadas. En efecto, el mandato de taxatividad es un mandato dirigido al legislador y en principio, cae bajo su inicial responsabilidad no hacer dejación de él; además, el sentido de la existencia de diversos poderes del Estado es el del reparto del poder y del control mutuo, por lo que no parece razonable presuponer que van a renunciar a ello. Aunque es cierto que entre la determinación de los preceptos penales y las posibilidades de interpretación de los mismos existen una estrecha relación (a mayor determinación, menos posibilidades para la interpretación¹³¹), pero lo que nos demuestra hasta ahora la experiencia es que, a pesar de que no se reconoce en nuestro ámbito la prohibición de retroactividad de la jurisprudencia desfavorable, las exigencias de taxatividad se han relajado mucho, y que el TC, último garante del principio de legalidad, no ha desarrollado un estándar con un mínimo de uniformidad en esta materia¹³².

¹³⁰ V. en este apartado: V. 3.

¹³¹ En este sentido, FRÍGOLS I BRINES, 2004: 379, señala que el grado en que la tarea del juez es creadora depende, al menos en parte, del margen que le confiera el legislador mediante la observancia o no del principio de taxatividad.

¹³² FRÍGOLS I BRINES, 2004: 376. ALCÁCER GUIRAO, 2010: 23 ss., señala que el grado de exigencia que establece el TC en la concreción de lo prohibido pasa, ante todo, por asumir que la vaguedad y versatilidad semántica del lenguaje hace que “los conceptos legales no puedan alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas” (STC 69/1989, FJ 1. También la STC 137/1997, FJ 7), y que el principio que mayor peso tiene en la balanza es el principio de deferencia al legislador, no sólo porque la indeterminación del lenguaje es un *prius* inevitable, sino también como un hecho funcional a la eficacia en la protección de bienes jurídicos, permitiendo con ello al legislador el sacrificio de la exigencia de predeterminación normativa en aras de alcanzar una más amplia defensa de determinados intereses, siendo mayor esa relajación del art. 25.1 de la CE cuanto más importante fuera el bien jurídico a proteger, circunstancia que caracteriza este autor como de paradoja, el hecho de que el Tribunal permita una mayor indeterminación legal precisamente en los delitos más graves, que persigan la protección de los bienes jurídicos más importantes, mientras una graduación

Por lo que la realidad con la que nos encontramos es que el mandato de determinación tiene problemas para conseguir una realización plena, circunstancia que amplía las posibilidades de interpretación en el ámbito de la aplicación de la ley y de que como consecuencia de ello, la posibilidad de variaciones jurisprudenciales sea cada vez mayor. Y si se atiende al hecho de que las exigencias de seguridad jurídica en términos de previsibilidad de las consecuencias de la actuación de los ciudadanos y los límites al poder punitivo del Estado constituyen el fundamento último de la prohibición de retroactividad, y que el poder punitivo no sólo lo ejerce el legislador sino también el aplicador de la ley, la imposición de límites temporales a ambos no parece que tenga que impactar en las funciones asignadas a cada uno.

También se alega la posibilidad de consecuencias negativas para las obligaciones de la jurisprudencia tales como las obligaciones de sujeción del juez a la ley, la obligación de fundamentar las decisiones, y que impediría, además, cualquier innovación en la jurisprudencia. Pero la sujeción del juez a la ley y la obligación de fundamentar las decisiones sin duda sería la misma que la que existe ahora; aunque si lo que se quiere decir es que el reconocimiento expreso de cierto nivel de actividad creadora por parte del juez y la imposición de un límite en el sentido de que si esa actividad lleva a la creación de una nueva doctrina perjudicial para el condenado en relación a la anteriormente existente, no podrá ser aplicada retroactivamente, va a llevar a los jueces a fundamentar menos sus decisiones y a atenerse en menor medida al tenor literal de la ley, no puede negarse que esto vaya a suceder, pero no se explica demasiado en qué se basa esta apreciación¹³³.

Por último, se alegan dificultades prácticas para implementar los mecanismos para que la jurisprudencia penal desfavorable no sea retroactiva en nuestro sistema procesal, y en este punto sí les asiste razón a quienes se oponen a la prohibición de retroactividad de la jurisprudencia desfavorable. Pero la cuestión es determinar si estas dificultades son insalvables, o si es posible y aconsejable abordar cambios legales en el ámbito procesal y en las prácticas, que hagan posible la ampliación de la prohibición de

coherente de la garantía constitucional habría de llevar a exigir mayor intensidad cuando más grave fuera la consecuencia jurídica del precepto.

¹³³ NEUMANN, 2000: 111, sostiene al respecto, que el peligro de una relajación de la vinculación a la ley ha de ser tenido en cuenta seriamente. “El tribunal que persigue la prohibición de la aplicación retroactiva, pretende con ello el ejercicio de manera oficial de la función de fijación de reglas. La cuestión de si realmente ese punto de vista fuerza el rechazo de la prohibición de retroactividad, para los casos perjudiciales de cambios jurisprudenciales, sólo puede ser resuelto tras un balance global”.

retroactividad a este ámbito, porque la existencia de dificultades técnicas procesales no puede justificar la limitación de principios fundamentales del Estado de Derecho¹³⁴.

12. Bibliografía

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael: (2010) *El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional*, en: Mir Puig/Queralt Jiménez (dirs.), *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 15-66.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael: (2012) *La “doctrina Parot” ante Estrasburgo: Del Río Prada c. España (STEDH 10.7.2012, nº 42750/09. Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH*, en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Segunda época 43, 929-951.
- ALEXI, Robert: (2000) *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín*, en: *Doxa* 23, 197-229, (traducción de Oliver Lalana).
- ARCOS RAMÍREZ, Federico: (2000) *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid.
- ARROYO ZAPATERO, Luis: (1986) *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 8, 9-46.
- BARBER BURUSCO, Soledad: (2014) *Alcance de la Prohibición de retroactividad en el ámbito de cumplimiento de la pena de prisión*, Dykinson, Madrid.
- BECERRA MUÑOZ, José: (2013) *La toma de decisiones en política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BECCARIA, Cesare: (1997) *De los delitos y de las penas*. Título original: *Dei delitti e delle pene* (1764). Traducción de Juan Antonio de las Casas, 10ª reimpresión, Alianza Editorial, Madrid.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel: (2012) *Régimen penitenciario de los terroristas en España: La prisión como arma para combatir a ETA*, Dykinson, Madrid.
- CARO CORIA, Dino Carlos: (2004) *Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado*, en: *Revista General de Derecho Penal*, 1, 1-8.
- CASABÓ RUIZ, José Ramón: (1972) en: Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo/Del Toro Marzal/Casabó Ruiz, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, 23-58.
- CEREZO MIR, José: (2004) *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, I, Introducción, 6ª ed. Tecnos, Madrid.

¹³⁴ En este sentido, NEUMANN, 2000: 116.

- COBO DEL ROSAL, Manuel/BOIX REIG, Javier: (1982) *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, en: Comentarios a la Legislación Penal, I, Derecho Penal y Constitución, 1982, 191-216.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/QUINTANAR DÍEZ, Manuel: (1999) en: Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal I*, 87-92.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: (1999) *Derecho Penal Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: (2006) *Sistema de penas y líneas políticocriminales de las últimas reformas del Código Pena ¿Tiende el Derecho penal hacia un "Derecho penal de dos velocidades"?*, en: Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen I, Edisofer, Madrid, IBde F Montevideo-Buenos Aires, 383-413.
- CÓRDOBA RODA, Juan: (2005) *El pago de la responsabilidad civil como requisito para la libertad condicional y para el tercer grado de tratamiento penitenciario según la Ley Orgánica 7/2003*, en: Revista Jurídica de Cataluña, 1, 41-52.
- CUERDA ARNAU, María Luisa: (2013 a) *Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (A propósito de la STEDH del Río Prada c. España)*, en: Revista Penal nº 31, 52-69.
- CUERDA ARNAU, María Luisa: (2013 b) en: Vives Antón/Cuerda Arnau: *La imprevisibilidad del sistema jurisdiccional español: El caso Parot como paradigma*, en: Fernández Teruelo (dir.): *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Ed. Constitutio Criminalis Carolina.
- CUERDA RIEZU, Antonio: (2006) *El concurso real y la acumulación de penas en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot. Observaciones legales y constitucionales*, en: Nuevas posiciones de la dogmática jurídico Penal, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, 217-296.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: (2004) *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DÍAZ AZNARTE, María Teresa: (2002) *Teoría general de la sucesión de las normas en el tiempo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: (1999) *El error de prohibición: pasado, presente y futuro*, en: *El nuevo Código Penal. Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. D. Ángel Torío López*, Comares, Granada, 335-368.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: (2008), *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*, La Ley, Madrid.
- ESER, Albin/BURKHARDT, Björn: (1995) *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, Colex, Madrid (traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá).
- ESPINA RAMOS, Jorge Ángel: (2004) *La reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: luces y sombras*, en: Revista de Derecho y Proceso Penal 11, 23-38.
- FERRERES COMELLAS, Víctor: (2002) *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid.

- FRÍGOLS I BRINES, Eliseu: (2004) *Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona.
- GALLEGO DÍAZ, Manuel: (2007) *Beneficios penitenciarios y cumplimiento efectivo de la pena: de la imprecisión a la restricción*, en: Cuadernos de Política Criminal, Segunda Época, nº 91, 165-204.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2014) *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*, en: El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº 41, 54-63.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: (2006) *Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial y los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*, en: Nuevas posiciones de la dogmática jurídico Penal, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, 183-213.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás: (1992) *El principio de determinación del hecho punible en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid.
- GIL GIL, Alicia: (2011) *La aplicación de la ley penal en el tiempo*, en: Alicia Gil Gil/Juan Manuel Lacruz López/Mariano Melendo Pardos/José Núñez Fernández: Curso de Derecho Penal Parte General, Dykinson, Madrid.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: (2004) *Prólogo a la novena edición*, Código Penal, Tecnos, Madrid.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: (2007) *La generalización del Derecho penal de excepción: la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad*, en: La generalización del Derecho penal de excepción: Tendencias legislativas. Estudios de Derecho Penal, CGPJ, 229-268.
- GONZÁLEZ FRANCO, José Ángel/RAGUÉS I VALLÉS, Ramón: (2007) *La refundición de penas en el derecho penal vigente (A propósito del caso “Henri Parot”)*, en: La Ley Penal, nº 39, 88-92.
- GRACIA MARTÍN, Luis/ALASTUEY DOBÓN, Carmen: (2006) en: Gracia Martín (coord.) *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GRÜNDWALD, G.: (1964) *Bedeutung und Begründung des Satzes nulla poena sine lege*, en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 76, 1-18.
- HASSEMER, Winfried: (1990) *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Auflage, Beck, München.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier: (2006) *Método decisonal y vinculación al propio precedente. Notas de urgencia a propósito de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2006*, en: Jueces para la Democracia nº 55, 3-7.
- HOBBS, Thomas: (1999) *Tratado sobre el ciudadano*, Traducción y edición de Joaquín Rodríguez Feo, Trotta, Madrid.
- HOBBS, Thomas: (1999) *Leviatán: la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Versión, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid.

- HUERTA TOCILDO, Susana: (1993) *El Derecho fundamental a la legalidad penal*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, nº 39, 61-113.
- HUERTA TOCILDO, Susana: (2000) *Principio de legalidad y normas sancionadoras*, en: Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. El principio de Legalidad, 11-76.
- IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel: (2005) *Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal*, en: Revista Jurídica de Castilla y León, 6, 13-55.
- JAKOBS, Günther: (1995) *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons, Madrid. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, de: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (2.^a, 1991).
- JUANATEY DORADO, Carmen: (2004) *La ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro de las penas y los principios constitucionales del Derecho Penal*, La Ley Penal, 5-30.
- KREY, Volker: (1983) *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes "nullum crimen, nulla poena sine lege"*, Walter de Gruyter, Berlin-New York.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen: (1987) *Formulación histórica y significado político de la legalidad penal*, en: Revista Jurídica de Castilla- La Mancha, 2, 35-82.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena/GARRO CARRERA, Enara (2009), *Artículo 7. No hay pena sin ley*, en Lasagabaster Herrarte (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, 2^a ed., Civitas, Madrid, 257-292.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena: (2012) *Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH. A propósito del caso Del Río Prada c. España, STEDH, 3^a, 10.07.2012 (42750/09) y la aplicación de la doctrina Parot*, en: InDret. Revista para el análisis del derecho. www.indret.com.
- LANDECHO VELASCO, Carlos María/MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción: (2010) *Derecho Penal Español. Parte General*, 8^a ed., Tecnos, Madrid.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio: (2000) *Sobre la retroactividad penal favorable*, Civitas, Madrid.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio: (2009) *Sólo penas legales, precisas y previas: el Derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona.
- LEMMEL, Hans-Peter: (1970) *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts un der Grundsatz nullum crimen sine lege*, Duncker Humblot, Berlin.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona: (2011) *Caso Parot*, en: Pablo Sánchez-Ortíz Gutiérrez (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, La Ley, 2^a ed., Madrid.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: (1996) *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Universitas, Madrid.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: (2012) *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

- MADRID CONESA, Fulgencio: (1982) *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*, Universidad de Valencia.
- MADRID CONESA, Fulgencio (1983): *La legalidad del delito*, Universidad de Valencia.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli: (2008) *¿Son vinculantes los Acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)*, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2, 2-25.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: (2006 a) *Apuntes de urgencia sobre la sentencia del tribunal supremo en relación con el denominado “caso Parot”*, en: *La Ley*, 2, 1325-1327.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: (2006 b) *Acumulación de penas, individualización científica y aplicación de beneficios penitenciarios (con una referencia especial al “Caso Parot”)*, en: *La Ley Penal*, nº 29, Año III, 72-90.
- MATÍN, Sebastián: (2007) *Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944)*, en: *Quaderni Fiorentini* XXXVI, 503-609.
- MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz: (1994) *Derecho Penal Parte General I. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, Astrea, Buenos Aires, Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson.
- MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael De: (2011) *El Caso Troitiño y la Doctrina Parot*, en: *La Ley D-274*, 1662-1665.
- MIR PUIG, Santiago: (2011) *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed., a cargo de Víctor Gómez Martín, Reppertor, Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/ARROYO ZAPATERO, Luis: (1984), en: notas en: Hassemmer, Winfried: *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, Traducción y notas de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes: (2010) *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- MURILLO RODRÍGUEZ, Roy Alexander. (2009) *Modernas tendencias en Derecho Penitenciario: las propuestas del “Derecho penitenciario mínimo”, el “Derecho penitenciario del enemigo” y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español*, Universidad Carlos III, Getafe.
- NAVARRO FRÍAS, Irene: (2010) *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Comares, Granada.
- NEUMANN, Ulfrid: (2000) *¿Pueden tener los cambios jurisprudenciales in peius de los tribunales penales eficacia retroactiva?*, en: *Escuela de verano del Poder Judicial*. Galicia 1999. CGPJ, Madrid. Traducción de Pilar González Rivero, 103-117.
- NINO, Carlos Santiago: (1991) *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, Barcelona.
- NISTAL BURÓN, Javier: (2008) *La “doctrina Parot”. Un mecanismo necesario para corregir el desajuste entre pena impuesta y pena cumplida*, en: *La Ley D-354*, 1602-1606.

- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José: (2013) *La “doctrina Parot” y el fallo del TEDH en el asunto Del Río Prada C. España: El principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años*, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º 9 , 377-416.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés: (2007) *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid.
- ORTS BERENGUER, Enrique: (2009) *Comentario a la sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero (Caso Parot)*, en: *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia (ReCrim <http://www.uv.es/recrim>)*.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: (1994) *La seguridad jurídica*, 2ª ed., Ariel, Barcelona.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: (2004) *La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea*, en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVI, 13-46.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan: (2010) *Terrorismo y castigo penal. Cumplimiento íntegro de las penas y doctrina Parot*, en: *InterseXiones* 1, 115-135.
- RIGGI, Eduardo Javier: (2010) *Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, Atelier, Barcelona.
- RIPPOL CARULLA, Santiago: (2010) *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español*, en: *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 15, 75-112.
- ROXIN, Claus: (1997) *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Traducción de la 2.º ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid.
- ROXIN, Claus: (2006) *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I, 4.ª Auflage, Verlag C.H. Beck, München.
- RUIZ ANTÓN, Felipe: (1989) *El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y en la jurisprudencia*, en: *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas*, Poder Judicial, número especial VI, 150-167.
- RUIZ ROBLEDO, Agustín: (2003) *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SANZ MORÁN, Ángel: (2006) *Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios (A propósito de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, nº 197/2006, de 28 de febrero)*, en: *Revista de Derecho Penal, Lex Nova*, nº 18, 11-43.
- SARRABAYROUSE, Eugenio: (2012) *La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: una propuesta de integración*, en: Juan Pablo Montiel (ed.): *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 31-54.

- SAX, Walter: (1959) *Grundsätze der Strafrechtspflege*, en: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, T. III, 909-1014.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis: (1993) *Prohibición de retroactividad y cambios de orientación en la jurisprudencia*, en: *Anuarios de la Facultad de Derecho*, nº 11, 243-258.
- SCHREIBER, Hans: (1976) *Gesetz und Richter: Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Albert Metzner, Francfort.
- SCHÜNEMANN, Bernd: (1978) *¿Nulla Poena sine lege?: Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Walter de Gruyter, Berlín.
- SUÁREZ COLLÍA, Jose María: (2006) *La retroactividad. Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid.
- TAMARIT SUMALLA, Josep: (2004) en: Ramón García Albero/Josep Tamarit Sumalla, *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- TAVARES, Juarez: (1987) *Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia*, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 753-769.
- TIEDEMANN, Klaus: (1969) *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht: Untersuchungen zu einem rechtstaatlichen Tatbestandbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrecht*, Mohr, Tubinga.
- TRAPERO BARREALES, María/DURÁN SECO, Isabel: (2013) *El tratamiento penal de la responsabilidad civil derivada del delito: arts. 109 a 122 Código Penal Español*, en: *Libertas, Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº 1, 573-646.
- VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: (2001) *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: (2004) *La libertad condicional y la retroactividad de las disposiciones que la regulan. Razones para un debate acerca de su posible constitucionalidad*, en: *Revista de Derecho Penal*, 12, 93-113.
- VIVES ANTÓN, Tomás S.: (2006) *Una sentencia discutible*, Diario El País, de 11 de marzo.
- VIVES ANTÓN, Tomás S./CUERDA ARNAU, María Luisa: (2013) *La imprevisibilidad del sistema jurisdiccional español: el caso Parot como paradigma*, en: *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, 747-775.
- ZABALA-LÓPEZ GÓMEZ, Carlos: (2006) *La "nueva" refundición de condenas y el olvido lamentable del principio de legalidad*, en: *Cuadernos de Política Criminal, Segunda Época*, II, nº 89, 133-151.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro: (2002) *Derecho Penal Parte General*, 2.º ed., Ediar, Buenos Aires.