

# XVII SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL DE LA  
EMPRESA

Jueves 12- viernes 13/06/2014

ÁREA DE DERECHO PENAL UNIV. DE ALCALÁ / FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

**RELACIÓN SOBRE EL DEBATE DE LA PONENCIA: ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD EN EL ÁMBITO DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN, de la Prof. Dra. Dña: SOLEDAD BARBER BURUSCO.**

Viernes 13 de junio de 2014, 10:30 horas.

**Ponente: Profa. Dra. Dña- Soledad Barber Burusco**

**Moderador: Profa. Dra. Dña. Marta García Mosquera**

**Relator: Prof. D. Alfredo Alpaca Pérez**



---

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

---

**Ponente: Profa. Dra. Dña. Soledad Barber Burusco. Titular de Derecho Penal.  
Universidad Pública de Navarra**

**Moderador: Profa. Dra. Dña Marta García Mosquera, Profesora contratada doctora  
de Derecho Penal. Universidad de Vigo**

**Intervinientes en el debate:** Profs. Dres. Jose Manuel Paredes Castañón, Diego-Manuel Luzón Peña, Luis Gracia Martin.

**Relator: Prof. Dr. D. Alfredo Alpaca Pérez. Investigador Universidad de León**

Finalizada la ponencia de la Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Soledad Barber Burusco, la moderadora del coloquio, Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Marta García Mosquera, cede la palabra al Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón, quien en primer lugar felicita a la ponente, manifiesta su conformidad con lo señalado en la ponencia y luego afirma que solo se limitará a plantear dos inquietudes: primero, que está de acuerdo con la idea de que la pena privativa de libertad, en la medida que supone una limitación de los derechos fundamentales, tiene que estar sujeta a las garantías; siendo esto así, la duda que plantea el Prof. Dr. Paredes Castañón consiste en determinar el límite, esto es, dónde acabaría la prohibición de retroactividad; segundo, todo lo referido al papel de la jurisprudencia y del precedente judicial está mucho más desarrollado o estudiado en otros sistemas jurídicos, de donde se obtiene que el precedente judicial también se encuentra delimitado por una serie de garantías (cuándo el precedente vincula o no vincula, cuándo se puede cambiar el precedente, etc.). Ante ello, el Prof. Dr. Paredes Castañón pregunta si esta última inquietud puede tener algún interés para este debate.

La Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Barber Burusco responde señalando que comparte las inquietudes planteadas por el Prof. Dr. Paredes Castañón; en ese sentido, sobre el primer punto planteado por este último, la Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Barber Burusco señala que del análisis de la doctrina sobre la materia no ha encontrado una determinación clara de los límites de la prohibición de retroactividad, cuestión (criterios de limitación) que si pudo hallar en el Informe del Consejo General del Poder Judicial, en el que se plasma un hilo de consecuencias importantes sobre el tema abordado. La Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Barber Burusco señala (a partir de la idea esbozada en la doctrina, de que el ámbito de la ejecución de la pena debería estar incorporado pero no precisado) que luego de analizar la ley penitenciaria, el reglamento penitenciario, los fundamentos y los principios de la prescripción en el Derecho penal, los derechos fundamentales, entre otros, es posible observar cuestiones esenciales de la efectividad (criterios de clasificación, comunicaciones con el exterior, etc.), criterios que, cuando varían radicalmente, desde la perspectiva de la ponente, sí habría una prohibición de irretroactividad en el ámbito de la pena de prisión. Con respecto al segundo asunto, la Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Barber Burusco (que alude a los sistemas de Inglaterra o de Estados Unidos como ejemplos en los que se desarrolla con mayor amplitud el criterio del precedente judicial) reconoce que para que haya una doctrina jurisprudencial asentada, normalmente antes de eso habrá siempre mucha inseguridad (en la cual no se puede entrar). Pero, cuando existe una línea jurisprudencial, la ponente se pregunta si afecta nuestro sistema en exceso poner determinados límites a la aplicación concreta de esta jurisprudencia cuando por otra parte se está cercenando la libertad del juez solo sometido a la ley. Finalmente, la Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Barber Burusco plantea una serie de circunstancias que le generan dudas en el ámbito del cumplimiento de la pena (fundamentalmente de los límites de tal cumplimiento): el recorte a la libertad del juez en interpretar la ley; el establecimiento, desde la instancia más alta de la estructura judicial, de

ciertas directivas de carácter obligatorio (jurisprudencia del TS, acuerdos del TS que señalan que son vinculantes) a efectos de orientar en un determinado sentido la solución de un caso concreto; la existencia de proyectos de ley orientados a limitar al juez en su relación con la ley; y, la amplia flexibilidad con la comprensión de las exigencias de taxatividad (donde a menor exigencia de determinación, mayor probabilidad de interpretación).

Toma la palabra el Prof. Dr. Diego Manuel Luzón Peña, quien luego de felicitar a la ponente, reafirma la posición de aplicar la prohibición de retroactividad de las disposiciones desfavorables también a los cambios jurisprudenciales desfavorables. El Prof. Dr. Luzón Peña expresa que hay dos razones importantes para seguir defendiendo tal idea: primero, el argumento de que cuando hay un cambio jurisprudencial más favorable que es constante pero que luego se endurece, no se puede aplicar la prohibición de retroactividad porque la nueva jurisprudencia, por más que sea desfavorable, reconoce el sentido verdadero sentido que tenía la ley. Esto, según el Prof. Dr. Luzón Peña, es absurdo pues cada cambio jurisprudencial reclamaría ser la “auténtica voluntad de la ley”. En ese sentido, el Prof. Dr. Luzón Peña señala que la ley es una disposición del Poder Legislativo que admite diversas interpretaciones posibles. Así, todas las interpretaciones jurisprudenciales que se muevan dentro del sentido literal posible del límite máximo, sea cual se elija, todas son interpretaciones correctas. Luego, se argumentarán con argumentos de fondo (axiológicos, teleológicos, lógico-sistemáticos o hasta históricos) si de las interpretaciones posibles la elegida es la más convincente o no. Pero si son interpretaciones esto significa que el cambio jurisprudencial, aunque endurezca la posición que sostenía hasta ese momento una jurisprudencia más o menos uniforme (incluso constante), significa que esa interpretación era posible y, en esa medida, correcta. Si se tiene clara la diferencia entre interpretación y aplicación y, además, el significado de las leyes, los cambios jurisprudenciales no pueden regirse por el principio de retroactividad o irretroactividad de las leyes penales. El Prof. Dr. Luzón Peña señala que el único argumento posible para alegar la extensión de la prohibición de retroactividad a cambios de una jurisprudencia constante a una interpretación nueva, restrictiva; es que podría ser atentatoria a la seguridad jurídica; pero aquí, a juicio del mencionado profesor, no se hablaría de la prohibición de retroactividad, sino de un ataque a la seguridad jurídica. En ese sentido, el Prof. Dr. Luzón Peña considera que un cambio de jurisprudencia constante aplicado retroactivamente a hechos que en el momento de su comisión les correspondería haber sido juzgados conforme a esa interpretación constante o permanente, si de pronto se le es aplicado al sujeto una nueva interpretación de la misma disposición, se puede llegar a la conclusión de que se vulnera la seguridad jurídica (que es un derecho que garantiza el Estado según el artículo 9 de la Constitución española). Finalmente, el Prof. Dr. Luzón Peña comenta que habría que analizar si esto tiene encaje en la normativa europea (Convención Europea de Derechos Humanos).

Seguidamente toma la palabra al Prof. Dr. Luis Gracia Martín, quien felicita a la ponente por su presentación, pues esta le ha encantado y entusiasmado y además se encuentra totalmente de acuerdo. El Prof. Dr. Gracia Martín señala que de la ponencia emergen una serie de inquietudes interesantes. Para el Prof. Dr. Gracia Martín, mientras el Derecho penal establece delitos y fija las penas (y los criterios para su medición), la ejecución de las mismas es Derecho administrativo, señalando incluso que el Derecho penitenciario es Derecho administrativo (controlable judicialmente, como todo Derecho administrativo). Se trata, desde la perspectiva del mencionado profesor, de un Derecho administrativo que se proyecta sobre el bien jurídico más importante (más que la vida, inclusive, desde el punto de vista del Prof. Gracia Martín), que es la libertad. La forma en que se ejecuta la pena consiste en regulaciones jurídico-administrativas que afectan a la esencia de un derecho fundamental como es el de la libertad (por ello se debe regular mediante Ley Orgánica, por ejemplo). En ese sentido, en cuanto al problema de la retroactividad, hay que distinguir dos momentos distintos: el momento de la comisión del hecho y el momento de la condena. En este último momento –único relevante para la discusión, según el Prof. Dr. Gracia Martín–, el individuo posee otro estatuto: el de condenado. A partir de esto surgen una serie de derechos subjetivos que antes no tenía, y esos

derechos subjetivos son los que son afectados por las regulaciones jurídicas de la ejecución de la pena. De esta manera, todas las leyes sobre la ejecución restringen o pueden restringir derechos. Ante ello, el Prof. Dr. Gracia Martín, disintiendo de lo expuesto por el Prof. Dr. Luzón Peña, y a efectos de encontrar una fundamentación distinta de los alcances del artículo 9 de la Constitución Española (que habla de “disposiciones” y no de “sentencias judiciales”), plantea – aunque de manera intuitiva, como él mismo admite – la siguiente hipótesis: el derecho está formulado inicialmente de modo genérico y demasiado abstracto (porque el derecho no puede confundirse con la legislación). Los modos de concreción del Derecho son las leyes. Las sentencias judiciales, por su parte, son nuevos actos de concreción del Derecho a partir de la ley. En ese sentido, a juicio de Gracia Martín, si una jurisprudencia de manera reiterada interpreta una ley en un determinado sentido y luego se modifica, está “modificando” la ley, esto es, está concretando la ley de un modo distinto, y por ello, se trata de una “nueva” ley y, por ende, no podría ser aplicada retroactivamente. Finalmente, el Prof. Dr. Gracia Martín se decanta por compartir la tesis de la Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Barber Burusco.

Respondiendo a los comentarios del Prof. Dr. Gracia Martín, la Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Barber Burusco señala que la última parte del argumento esgrimido por el primero se ha esbozado desde la perspectiva de la norma para justificar la prohibición de retroactividad (se ha recurrido a una determinada concepción de la norma para justificar la prohibición de la retroactividad). Por otro lado, la Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Barber Burusco manifiesta su falta de convencimiento con respecto a hablar del “momento” de la condena, pues el desarrollo del contenido de la prohibición de retroactividad (y las circunstancias de necesario análisis que se entienden como inseparables: límites al poder punitivo, exigencia de objetividad y de seguridad jurídica) se sitúa no cuando un individuo está imputado, sino cuando comete el hecho, por ese derecho que tiene cuando puede conocer qué puede pasarle y cuáles son los criterios que se van a emplear como consecuencia de verificar que realizó un hecho penalmente relevante.