

JURISPRUDENCIA PENAL DESFAVORABLE:
GONNA WALK AND DON'T LOOK BACK
DETRIMENTAL CRIMINAL JURISPRUDENCE:
GONNA WALK AND DON'T LOOK BACK

Juan Antonio Lascuráin Sánchez
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

La retroactividad de la jurisprudencia penal desfavorable constituye un dilema entre la seguridad jurídica y la protección que provee la norma penal (y a la que sirve la dependencia exclusiva del juez de la ley). Como afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el dilema debe decantarse a favor de la irretroactividad siempre que se trate de un cambio de una línea jurisprudencial consolidada, sin excepciones y sin visos perceptibles de cambio.

PALABRAS CLAVE

Principio de legalidad penal, prohibición de retroactividad desfavorable, seguridad jurídica, interpretación penal, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT

The retroactivity of detrimental criminal jurisprudence presents a dilemma between legal certainty and the protection provided by the criminal law (which is upheld by the judge's exclusive reliance on the law). As the European Court of Human Rights asserts, the dilemma must be resolved in favor of non-retroactivity whenever it involves a change in a well-established line of jurisprudence, with no exceptions and no discernible signs of change.

KEYWORDS

Principle of legality, prohibition of detrimental retroactivity, legal certainty, judicial interpretation, European Court of Human Rights.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.120>

JURISPRUDENCIA PENAL DESFAVORABLE: *GONNA WALK AND DON'T LOOK BACK*

Juan Antonio Lascuraín Sánchez

Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: 1. El dilema de la jurisprudencia penal desfavorable. 1.1. La jurisprudencia contencioso-administrativa pro-irretroactividad. 1.2. La STEDH Del Río Prada. 1.3. Más ejemplos. 1.4. Las preguntas. 1.5. Los argumentos. 2. El argumento de la seguridad jurídica. 3. El argumento de la prevención. 4. El argumento de la independencia judicial. 5. El argumento del rol de los jueces. 6. ¿Qué hacemos? Bibliografía.

1. EL DILEMA DE LA JURISPRUDENCIA PENAL DESFAVORABLE

1.1. LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA PRO-IRRETROACTIVIDAD

Nadie duda de que en un ordenamiento penal democrático los enunciados penales que crean delitos o los agravan no pueden aplicarse a conductas realizadas antes de su entrada en vigor. Aunque constituye todo un debate el de si la misma regla constitucional rige para los cambios de interpretación judicial igualmente peyorativos. No cambia la letra de la ley, cambia la manera de entenderla de los jueces y tribunales.

Una sentencia reciente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha proclamado que «[e]l artículo 9.3 de la Constitución española, que garantiza el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables, en relación con el principio de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas (artículo 25 CE), se opone a que la Comisión Na-

cional de los Mercados y la Competencia aplique, para determinar la cuantía de la sanción de multa criterios jurisprudenciales interpretativos del artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, de forma sobrevenida, que no fueran previsibles ni en el momento de la comisión de la infracción de abuso de posición de dominio u otras conductas anticompetitivas, ni al tiempo de adoptarse la resolución sancionadora, siempre que supongan una agravación de la sanción impuesta» (STS 3ª 1648/2024, de 18 de octubre, FD 4). No existe aún una afirmación equivalente de la Sala de lo Penal para la interpretación de los enunciados penales, y eso que, puestos a modular principios sancionadores a la baja, quien podría hacerlo es precisamente el derecho administrativo sancionador, por razones de eficacia que se impondrían a la menor intrusividad de la sanción, pero no desde luego el derecho penal.

En efecto, las diferencias cuantitativas entre las normas penales y las normas sancionadoras administrativas (sanciones más leves que responden a injustos menores) acaban comportando diferencias cualitativas también a la baja, de menor respeto por los principios fundamentales del derecho sancionador. La razón tiene que ver sobre todo con la vigencia de algunas modalidades de principios. En este punto conviene advertir de la ambigüedad del término «principio», vocablo que los operadores jurídicos utilizan con acepciones diferentes y en contextos bien distintos (Atienza y Ruiz, 2007:24 ss.). Sin mayores matices ahora ni afán de precisión, si en sentido lato un principio sancionador es una norma jurídica con un fuerte trasfondo valorativo y carácter básico o raigambre constitucional y que es vinculante para la generación e interpretación de las normas sancionadoras, a los principios a los que ahora deseo referirme es a los catalogados como mandatos de optimización. En la célebre conceptualización de Alexy, estas normas ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible; su respeto no demanda una respuesta de todo o nada, de sí o no, sino que exige una respuesta graduada (Alexy, 1998:12). Ejemplificando con el mandato de determinación o precisión de las normas sancionadoras, no se trata de preguntarnos sin más si un determinado precepto es determinado o indeterminado, sino de preguntarnos cuán determinado es, cuán respetuoso es con ese mandato. Lo que sucede es que si ese nivel de determinación es intolerablemente bajo afirmaremos que el precepto es contrario al principio —y, por ello, que es inconstitucional—. Solo la determinación de esa línea roja es una regla constitucional que declara el Tribunal Constitucional, siquiera valiéndose de conceptos jurídicos indeterminados. Los principios funcionan así como normas de virtud, pero también como reglas de exclusión: expulsan del sistema las reglas que no se ajustan mínimamente al valor subyacente al principio.

Pues bien, y esto es lo que ahora me interesa subrayar: el grado en el que una regla respeta este tipo de principios depende no solo de cómo esté descrita la norma de conducta que se dirige al ciudadano o la norma de procedimiento para determinar si ha existido una infracción, sino también de la cuantía de la sanción. Por ejemplo, una norma de conducta ambigua, imprecisa, no perturba intolerablemente nuestra seguridad jurídica si de lo que se trata es de una infracción urbanística leve que podría acarrear una leve multa. En cambio, esa misma ambigüedad semántica sí puede ser intolerable si de lo que se trata es de un delito urbanístico que puede dar con nuestros huesos en la cárcel. La sensación de inseguridad

no depende solo de la norma de conducta, sino sobre todo de la cuantía de la sanción. La cuantía menor de la sanción —también debida a la ausencia del deshonor que supone el reproche público «penal»— flexibiliza el principio y permite formas distintas de sancionar, aconsejadas por razones de eficiencia (Cid, 1996:138 ss.).

La tolerancia con el irrespeto relativo de un principio tiene que ver con las ventajas del mismo. Visto a la inversa, la progresión en el respeto de los principios no es totalmente inocente; no deja de tener lamentables víctimas en el camino. Una norma exquisitamente determinada es más acorde con el principio de legalidad (con el subprincipio que denominamos mandato de determinación) que otra que apenas rebasa la suficiencia en este requisito, pero será esta la que con su flexibilidad termine probablemente dotando de soluciones más justas a determinado tipo de conflictos.

Podemos decir entonces que los principios son graduables y buenos, pero conflictivos. No es este el lugar para extenderme en ello, pero una ponderación similar subyace en la relajación —en la distinta formulación— de algunos principios con estructura de regla, como el rango de ley o el enjuiciamiento por parte de un juez, siempre que ello sea posible por cierta textura flexible de tales principios-regla. Ello nos conduce a que las normas administrativas sancionadoras puedan ser menos legales, menos precisas, menos proporcionadas, menos igualitarias o administradas por sujetos menos imparciales que las normas penales. Y que podrán serlo si, a la vista de la menor incisividad de sus sanciones, no suponen un grado intolerablemente bajo de respeto del principio o del valor que informa el principio y si existen razones de eficacia en la protección de legítimos intereses generales para tal restricción principal. Piénsense en que las sanciones administrativas no exigen una reserva absoluta de ley como sí lo exigen las penas, en que la lenidad de la sanción permite tipos infractores más laxos, en que una gran diferencia histórica entre derecho administrativo sancionador y derecho penal lo fue la sanción a las personas jurídicas y sus pegas ex principio de culpabilidad, que la función de jurisdicción administrativa no es exclusiva de un poder independiente e imparcial como el judicial, que el procedimiento administrativo puede prescindir de la inmediación y de la oralidad (Lascuráin, 2018:361 ss.).

Toda esta reflexión se resume en los famosos «matices» que proclama la jurisdicción constitucional para la aplicación de los principios «penales» a las sanciones administrativas («los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado»: ya en la STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2). Y todo este ya extenso excurso viene a cuento de lo siguiente. Resulta que las sanciones administrativas podrían ser «menos principales» que las penas, sea sobre todo por la razón apuntada en relación con los mandatos de optimización, sea también porque los valores que están tras los principios con estructura de regla pudieran admitir cierta modulación de tales reglas. En el asunto que nos ocupa, que es si la interdicción de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables —que es un principio con estructura de regla— comprende la jurisprudencia, tenemos que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha dicho que sí, a pesar de que el hecho de tratarse de sanciones administrativas —insisto: menos incisividad de la sanción: menos deshonor y nunca cárcel— podría haber abierto

una puerta a la negación. Y todo ello para decir que si lo menos es más garantista, ello nos debería alertar de que quizás estemos haciendo algo mal con lo más, con la materia penal, con la falta de contundencia en la irretroactividad de la jurisprudencia penal desfavorable.

1.2. LA STEDH DEL RÍO PRADA

Si la jurisdicción penal no desea mirar a la administrativa, pues quizás pese un sesgo histórico de que en materia sancionadora esa es una mirada «hacia abajo» —aunque en realidad es una mirada hacia un lado (Lascuraín, 2018:368)—, sí puede encontrar un modelo, y de mirada clara «hacia arriba», en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en concreto para nuestro ordenamiento en la sentencia Del Río Prada (STEDH de 21 de octubre de 2013), sobre la denominada «doctrina Parot». Un modelo, por cierto, vinculante: si, como parece, el Tribunal prohíbe, al menos en cierta medida (con determinada precisión de qué es jurisprudencia), la retroactividad desfavorable de la jurisprudencia como contenido del derecho fundamental a la legalidad penal, esa comprensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos permeará la comprensión del artículo 25.1 CE, pues así lo prevé la propia Constitución (art. 10.2 CE).

La doctrina jurisprudencial etiquetada «Parot» no era sino una manera de interpretar los artículos 70.2ª y 100 del Código Penal de 1973: entendía que la reducción de pena por trabajos («un día por cada dos de trabajo») debía computarse sobre la pena inicial impuesta (la suma de las penas propia del concurso real de delitos) y no, como se venía interpretando, sobre la pena final de cumplimiento (30 años en los casos más graves) (Alcácer, 2012:931 ss.; Cuerda, 2013:55 ss.). Esa nueva lectura de las normas se aplicó a los presos que habían delinquido hace años (veinte) y solicitaban su excarcelación por el cumplimiento de la pena, reducido por el trabajo realizado. La nueva interpretación podía suponer hasta diez años adicionales de prisión. Ante la queja de vulneración del derecho a la legalidad penal por retroactividad desfavorable, el Tribunal Constitucional entendió tajantemente que los cambios de criterio jurisprudencial y su conformidad con la Constitución no podrían ser analizados desde la perspectiva de la vulneración del derecho invocado, sino desde la perspectiva «del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE)», del «voluntarismo selectivo» o del «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 nuestra jurisprudencia» (STC 40/2012, de 29 de marzo, FJ 6).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió frente a ello que lo trascendente para el análisis del respeto al principio de legalidad es «si la nueva interpretación era razonablemente previsible para la demandante», y que para ello había que tener en cuenta el modo en el que la norma «había sido aplicada», que en el caso era de otra manera más favorable para ella de manera constante por las autoridades penitenciarias o judiciales a lo largo de numerosos años (STEDH 21.10.13, § 115) y sin que «nada indicara la existencia de una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia» que fuera en el sentido de la nueva interpretación (§ 117). En este punto conviene recordar que el fundamento

indiscutido de la interdicción de la retroactividad penal es la seguridad jurídica (Frigols, 2004:275 ss.), y la seguridad jurídica más elemental en cuanto que lo es respecto al honor y la libertad. Pero junto con ello conviene no olvidar que está también en juego el principio de culpabilidad (difícilmente la pena retroactiva va a serlo por una conducta realizada por un uso normal de la libertad del agente aquí imposible por razones de ignorancia) y que la aplicación retroactiva de la pena incide en su efecto preventivo (no se puede amenazar condicionalmente *a posteriori*) y con ello en la protección del bien jurídico en cuestión.

Del razonamiento del TEDH deseo llamar la atención sobre tres cosas. La primera hace al momento de la previsibilidad de la pena para los sujetos, que, creo que erróneamente, no lo sitúa en el momento de la comisión del delito, que, como se ha apuntado, es lo que exige la seguridad jurídica, que al final es lo que importa, sino en el del «dictado de las condenas» y en el «de la notificación de la resolución de acumulación y límite máximo» (§ 117). El segundo subrayado se refiere al criterio de previsibilidad de la interpretación y aplicación de la norma, que no lo sitúa solo en el más afinado criterio de la razonabilidad de la interpretación en sí, sino también en el de su consolidación histórica. De este modo, como después veremos, podrían darse interpretaciones razonables pero imprevisibles y por ello inaplicables al caso. Y con ello llego al tercer punto que deseo destacar de la sentencia Del Río Prada: que hace, y en realidad impone, lo que aquí pretendo sostener que debe hacerse: vedar la retroactividad jurisprudencial desfavorable por elementales razones de seguridad jurídica.

1.3. MÁS EJEMPLOS

La cuestión, como puede ya apreciarse, dista desde luego de ser baladí, dados los bienes constitucionales en juego en la adopción de un sistema temporal u otro por parte de la jurisprudencia penal desfavorable. Baste pensar en otros ejemplos, tan diversos, que las instituciones de justicia inspiran soluciones opuestas en torno a la conveniencia de la irretroactividad. Es probable que la mayoría de los lectores consideren que es inapropiado imponer una pena más grave para el que trafique con una sustancia que ha pasado a reputarse como gravemente peligrosa para la salud. En cambio, para la tesis de la irretroactividad resultará muy antipático el famoso caso de la violación matrimonial solo considerada delictiva tras su perpetración. Veamos.

La buprenorfina fue inicialmente calificada como una droga «blanda», que no causa grave daño a la salud, pero ello cambió jurisprudencialmente en los años noventa y pasó a considerarse como droga dura, como droga que sí tiene aquel efecto. Así, la STS 2788/1992, de 24 de diciembre, consideró que no causaba grave daño a la salud (FJ 4), pero esta calificación cambió en la STS 1817/1993, de 14 de julio. Y lo mismo pasó con el éxtasis (Metil-MDMA), que pasó a considerarse como droga gravemente peligrosa en las SSTs de 4 de mayo de 1988, de 24 de julio de 1991 (rec. 4672/1989) y de 23 de octubre de 1991 (rec. 1377/1990) (Vidales, 2001:119). La pena de prisión pasaba del marco de 4 meses y 1 día a 4 años y 2 meses al marco de 2 años, 4 meses y un día a 8 años. En concreto, el artículo 344 del Código Penal de 1973 vigente en el momento de los hechos decía que

los autores del delito «serán castigados con la pena de prisión menor en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo y multa de un millón a cien millones de pesetas si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio y multa de 500.000 a cincuenta millones de pesetas en los demás casos». Con la regulación actual la pena pasaría de ser de uno a tres años de prisión a otra de tres a seis años de prisión (art. 368 CP). Ninguna broma, en cualquier caso. ¿Tiene razón (razón constitucional) el condenado a la pena más grave en que tenía una legítima confianza en que el delito que cometía era más leve? ¿O más bien la tiene el juez que entiende que la nueva interpretación es una lectura más razonable del enunciado penal y en tal sentido tan e incluso más previsible que la primera?

Entenderemos mejor al juez en el conocido ejemplo de la violación matrimonial en el Reino Unido, que dio lugar a la STEDH C. R. contra el Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995, que denegó el amparo europeo al recurrente que invocaba que hasta su condena se venía entendiendo que tal agresión sexual era impune. Los ejemplos podrían multiplicarse. Menciono algunos más. El primero es muy influyente en la cuantía de la pena: en un momento dado la jurisprudencia entendió que la acción única que causa varias muertes con dolo eventual no debe ser tratada como un concurso ideal de delitos sino como un concurso real (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2015; para el dolo directo ya se había apreciado la solución el concurso real en la STS 861/1997, de 11 junio). Si fueran homicidios del tipo básico del artículo 138 (si fueran asesinatos, se aplicaría la regla concursal específica del artículo 140.2 CP que nos lleva a la prisión permanente revisable), la pena pasaría de ser de doce años y medio a quince años (pena más alta en su mitad superior) a una pena de veinte años (suma de las penas con el límite previsto en el artículo 76.1.a).

El segundo ejemplo adicional es el de un cambio jurisprudencial que desató una viva polémica en la Alemania de los noventa, cuando el Supremo decidió bajar el índice de alcoholemia que reflejaba una incapacidad absoluta para conducir (de 1,3 gr/litro a 1,1 gr/litro) (Roxin, 1997:165 s.). Ya antes, en los años sesenta, se había dado la misma polémica con la bajada del índice de 1,5 gr/litro a 1,3 gr/litro (Madrid, 1982:9 y ss.). Vidales Rodríguez recuerda — tercer ejemplo — que la cláusula absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales pasó a interpretarse restrictivamente para excluir a los cónyuges separados y sin convivencia (STS 1463/1992, de 22 de junio) (Vidales, 2001:141).

1.4. LAS PREGUNTAS

Conviene precisar qué nos estamos preguntando. Si la pregunta es de ser o de deber ser. Si nuestra reflexión es sobre el ser, la pregunta es por lo que dice nuestro ordenamiento: si la retroactividad desfavorable de la jurisprudencia penal está vedada, y si lo está, si lo está por razones legales mutables o por razones constitucionales permanentes. Distinta será la reflexión si no lo es sobre la interpretación del ordenamiento vigente, sino sobre cómo deberíamos conformar el ordenamiento para que este sea más justo desde una perspectiva

de legitimación democrática: si puestos a redactar una Constitución y a hacerlo con especificidad deberíamos expresar la irretroactividad jurisprudencial penal desfavorable.

Los dos tipos de preguntas, dogmáticas o interpretativas y políticas o normativas, están aquí imbricadas. La pregunta dogmática, *de lege lata*, es: ¿impide nuestro ordenamiento la retroactividad jurisprudencial desfavorable? La pregunta política, de política criminal y política constitucional, es: ¿debería impedir nuestro ordenamiento la retroactividad jurisprudencial desfavorable? Están tan interrelacionadas porque no hay una declaración legal ni constitucional expresa al respecto, como si la hay para «las disposiciones sancionadoras no favorables» (art. 9.3 CE), para la «legislación» que establezca «delitos, faltas o infracciones administrativas» (art. 25.1 CE, reflejado para los delitos y las penas en el pórtico del Código Penal: ya en el art. 1.1, reforzado con el art. 2.1). Habrá que interpretar ese texto tan abstracto que es la Constitución y en esa interpretación de lo que es pesará no poco lo que debe ser a la luz de los valores y principios constitucionales. Ojo, sin embargo: esta ausencia de mención constitucional expresa suscita el interrogante adicional de si estamos ante una cuestión constitucional (hay una decisión *ex Constitutione* al respecto) o si la decisión sobre la retroactividad de la jurisprudencia desfavorable queda en las manos ponderativas del legislador o de los propios tribunales.

Si al final la cuestión se centra en el puro deber ser, para luego recalar en el ser, nos tendremos que plantear entonces qué es lo mejor para nuestro ordenamiento, si que la jurisprudencia penal desfavorable sea retroactiva o no. Y la siguiente cereza de la reflexión será, claro, la de qué significa «mejor» en este contexto: ¿cuál es la vara de medir?

Se trata de la opción constitucionalmente mejor, lo que debería recalar en la opción mejor, más justa, en términos de legitimación democrática. Será mejor la que nos haga ganar más en términos de valores y bienes constitucionales. Las normas penales —y las normas que rigen la vigencia temporal de las normas que describen delitos y prevén penas son normas penales (Lascuraín, 2009:52)— deben ser evaluadas con ese baremo en dos sentidos. Son buenas, en primer lugar, si protegen bienes constitucionales. Las normas que tipifican la agresión sexual, por ejemplo, son buenas si protegen la libertad sexual. Convengamos en llamar «eficacia» a esta primera forma de medir. La segunda repara en que el Estado juega con fuego (con la cárcel) cuando crea, interpreta y aplica normas penales, por lo que todas esas actividades deben sujetarse a determinados principios básicos si no queremos que sea peor el remedio que la enfermedad. Llamemos a esto «eficiencia». A las nuevas normas que regulan los delitos sexuales se les ha achacado, por seguir con el ejemplo, que no son buenas porque vulneran el principio de proporcionalidad (porque una definición restrictiva del consentimiento sexual puede llevar a penar relaciones consentidas) o el principio de presunción de inocencia (si la exigencia de consentimiento claro, activo y expreso es una presunción de que no concurre consentimiento en otros supuestos; recuerdo que el segundo inciso del artículo 178.1 CP dice que «[s]olo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona») (Lascuraín, 2023:55 ss.). En sus contenidos esenciales los principios actúan como cartas de triunfo: tal contenido no

puede ser menoscabado por razones ponderativas de eficacia, salvo que colidan contenidos esenciales de principios, lo que equivale a dos cartas de triunfo sobre el tapete de juego.

1.5. LOS ARGUMENTOS

En lo que sigue voy a tratar de exponer el debate, bastante enconado, que suscita la respuesta a estas preguntas. Lo ordenaré por argumentos. Comenzaré por el de la seguridad jurídica (epígrafe 2), que es la bandera de los irretroactivistas. Seguiré por el de la prevención (epígrafe 3) y el de la independencia de cada órgano judicial (epígrafe 4), que son las municiones retroactivistas. En un epígrafe conclusivo, el 6, trataré de hacer balance y esbozar mi opinión personal, no sin antes realizar una breve reflexión en torno al valor argumentativo que pueden tener para este debate las tesis en torno al carácter normativo de la actividad judicial (epígrafe 5).

2. EL ARGUMENTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

2.1. La principal pega del modo retroactivista de administrar la justicia penal es la inseguridad jurídica. El condenado invocará que él confiaba en que la interpretación del precepto sería otra y que esa confianza se sustentaba razonablemente en que esa era la manera en la que venían actuando los jueces. «Me parece muy bien que ahora consideren que conductas como la mía sean punibles o más punibles, pero yo no lo sabía ni podía preverlo. Apliquen esa manera de leer el precepto penal a partir de ahora». Repárese en que esta objeción lo es principal, de eficiencia. La retroactividad jurisprudencial desfavorable sería una forma de retroactividad penal desfavorable contraria al principio de legalidad y al valor fundamental de la seguridad que este principio tratar de preservar.

2.2. La réplica desde las filas *retroactivistas* es que la merma de seguridad jurídica no es tan relevante y que tiene además un remedio final por la vía de la atenuación o de la eliminación de la pena que responde al error de quien cometió el delito.

Para lo primero, para la relativización del daño a la seguridad, se dice que esta seguridad jurídica la garantiza nuestro sistema con la exigencia de que las interpretaciones de los enunciados penales sean previsibles en cuanto razonables. La nueva lectura más dura del precepto era una posibilidad con la que tenía que contar el ciudadano; de hecho, es la que ahora el tribunal que la realiza afirma como más razonable. Esto debería ser suficiente para que el legislador preserve la seguridad de los destinatarios de las normas, conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Lo que el artículo 7 del Convenio Europeo exigiría es que la ley sea suficientemente clara en la mayoría de los casos, de modo que sus destinatarios puedan saber que corren un riesgo real de incriminación. Es lo que se conoce en el mundo anglosajón como la doctrina del *thin ice*: se trata de avisar a los patinadores de que el lago de hielo puede quebrar (Murphy, 2010:9 ss.).

Es más: como ha destacado García Amado, si rige la regla de que la jurisprudencia desfavorable puede ser retroactiva, el ciudadano puede saber que su conducta puede ser analizada y subsumida desde interpretaciones desfavorables alternativas a la que los tribunales están realizando (García Amado, 2016:329; Serrano, 1993:254). Por cierto, a modo de dúplica, como advierte Llobet Anglí: no es pobre el efecto de desaliento del libre desarrollo de la personalidad que supone esta tesis y que suscita en general la incertidumbre que genera un sistema de retroactividad jurisprudencial desfavorable (Llobet Anglí, 2024:270). Por seguir con la metáfora del *thin ice*: no patinarán ni los aficionados al patinaje ni quienes prefieran o necesiten este modo de traslado.

Es importante destacar los dos presupuestos básicos de este modelo. El primero es que un mismo enunciado admite al menos dos lecturas razonables y que lo que sucede es que para el enjuiciamiento de un determinado caso se elige como más adecuada la que es peor para el acusado frente a lo que se venía haciendo hasta ese momento. Si esta segunda interpretación desfavorable para el condenado no es razonable (semántica, axiológica y metodológicamente razonable, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional) no hay problema, o, *rectius*, el problema se soluciona por otra vía: la decisión debe ser anulada por vulneración de otra de las manifestaciones del principio de legalidad, la vinculación del juez a la ley penal, también conocida como mandato de tipicidad. Desde la STC 137/1997, de 21 de julio, se ha consolidado la vinculación del juez penal a la ley como un contenido constitucional y propio de un derecho fundamental que no se conforma con el respeto judicial al tenor literal de los enunciados penales. «No sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios» (STC 137/1997, FJ 7).

El segundo presupuesto es el respeto mínimo al mandato de taxatividad del enunciado penal. Por mucho que el lenguaje sea necesariamente poroso, sus posibilidades de interpretación han de ser limitadas y cognoscibles, so pena de nuevo de nulidad constitucional previa a la de una supuesta inconstitucionalidad por retroactividad desfavorable. Y es que las cuatro manifestaciones básicas del principio de legalidad deben analizarse en su orden lógico: ley, precisión, vinculación judicial, irretroactividad desfavorable. Solo llegamos a plantearnos si se respetó el postulado de aplicación irretroactiva si se aplicó una ley suficientemente taxativa.

Y luego está el mencionado lenitivo a la posible inseguridad remanente: si el acusado actuó en la creencia errónea de que no cometía un delito, su error, de prohibición (creía por ejemplo que la violación matrimonial no era delito) o de tipo (creía que esta sustancia no causaba grave daño a la salud), hará que su culpabilidad sea menor, o inexistente, o lo sea por una conducta más leve.

2.3. Acabo de mencionar que un presupuesto para la tolerabilidad de la retroactividad jurisprudencial desfavorable lo constituye un mínimo rigor con el mandato de taxatividad: que el enunciado normativo albergue solo un número limitado y cognoscible de lecturas (Madrid, 1982:30 ss.). Que, en palabras de Serrano González de Murillo, al juez solo le quede «un ámbito muy reducido de libertad interpretativa, a diferencia de lo que ocurre con el legislador, que posee un margen de libertad muchísimo más amplio» (Serrano, 1993: 250).

Pero esto no siempre es así; *rectius*: no infrecuentemente los enunciados son harto imprecisos (Vidales, 2001:166). Recuerdo ahora la STS 484/2015, de 7 de septiembre, sobre clubes de cannabis, en la que doloridamente el Pleno se lamentaba de que «hemos de examinar ahora» un tipo penal, el de facilitación del consumo ajeno de drogas, «de contornos y perfiles poco nítidos, casi desbocados según expresión de algún comentarista» (FD 4). Y subrayo sobre todo la doctrina comprensiblemente deferente del Tribunal Constitucional en relación con el respeto al mandato de determinación del legislador penal.

Conviene recordar con mayor detalle esta doctrina, que lo es del principio de legalidad sancionadora. Ya señaló la STC 69/1989, de 20 de abril, que «los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas» (FJ 1). Y con tino precisó la fundamental STC 137/1997, de 21 de julio, para subrayar la inevitable pluralidad de interpretaciones de un enunciado legal, que «entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad» (FJ 7). Las normas sancionadoras son así imprecisas porque el lenguaje es impreciso y porque lo exige su justa aplicación. Dentro de tales factores de limitación, «el legislador, para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho penal, debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos» (STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7).

Las normas han de ser precisas, pero a la vez son endógenamente imprecisas y además, en alguna medida, deben serlo. La pregunta constitucional es entonces la de dónde está el límite de la interdicción de la indeterminación. En la difícil tarea de precisar qué es intolerablemente impreciso, valga el juego de palabras, la jurisdicción constitucional ha utilizado distintas directrices. La primera de ellas constituye un límite externo paradójicamente —se trata de limitar la vaguedad— bastante vago, en torno a la idea de arbitrariedad del aplicador. Y así son contrarios al art. 25.1 CE «los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el estricto sentido de la palabra, de los Jueces y Tribunales» (SSTC 105/1988, de 8 de junio, FJ 2; 89/1993, de 15 de abril, FJ 2). Como afirma Vives Antón, «el significado de la regla no puede quedar enteramente librado a la interpretación, pues si así fuera todo podría hacerse concordar y discordar con la regla y, por lo tanto, no habría regla alguna [...]». Para que el principio de legalidad pueda tener la vigencia que, como norma constitucional, requiere es preciso que, según se dijo antes, haya en cada precepto al menos un amplio núcleo fijo,

esto es, un núcleo que pueda aplicarse ciegamente sin necesidad de interpretación, y que incluya, claramente unas constelaciones de casos y excluya, también con toda claridad, otras» (Vives, 2006:304, 330).

Bastante más poderosa que la sola idea de la exclusión de la arbitrariedad es la idea de determinabilidad. La utilización de conceptos jurídicos indeterminados es conforme al principio de legalidad sancionadora si la misma no lesiona la seguridad jurídica, y tal cosa no sucederá si «su concreción [es] razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada» (STC 69/1989, de 20 de abril, FJ 1). En este sentido, resultará especialmente importante para «la suficiencia o insuficiencia, a la luz del principio de tipicidad, de esta labor de predeterminación normativa [...] lo que en ocasión anterior se ha llamado el contexto legal y jurisprudencial (STC 133/1987, FJ 6) en el que el precepto penal se inscribe, pues el ordenamiento jurídico es una realidad compleja e integrada dentro de la cual adquieren sentido y significación propia — también en el ámbito penal — cada uno de los preceptos singulares» (STC 89/1993, de 15 de abril, FJ 2). Por ello, «[a]tendiendo a las exigencias que del principio de legalidad derivan respecto del aplicador y, en especial, respecto del Juez, la presencia de cláusulas normativas necesitadas de valoración judicial obliga a éste a indagar los cánones objetivos que han de regir dicha valoración, atendiendo [...] a los valores generalmente admitidos y conocidos socialmente, depurados desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y, especialmente, desde la Constitución. Todo este proceso de concreción de las cláusulas relativamente indeterminadas a que aludimos ha de hacerse [...] de modo explícito. El déficit de la ley sólo es compatible con las exigencias del principio de legalidad si el juez lo colma. Y la única manera de llevar a cabo esta tarea de conformidad con el art. 25 CE es hacer expresas las razones que determinan la antijuridicidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad y los demás elementos que exige la licitud constitucional del castigo» (FJ 3) (Lascuraín, 2009:93 ss.).

En suma: permitimos al legislador penal una imprecisión poco soportable porque precisamente la jurisprudencia la hace soportable, porque, conviene insistir, la concreción del enunciado es «razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia» (STC 69/1989, de 20 de abril, FJ 1), entre los que tendrá singular importancia «el contexto legal y jurisprudencial» (STC 89/1993, de 15 de abril, FJ 2). Entonces, si esto es así, si existen enunciados indeterminados que resultan tolerables por la labor de concreción de la jurisprudencia, resultará, como con lucidez ha expuesto Ferreres Comella, que la irretroactividad jurisprudencial desfavorable sirve a un valor tan fundamental como el de la seguridad jurídica. Se acomoda a la tolerancia de la jurisprudencia constitucional para con los tipos penales imprecisos en virtud precisamente de su clarificación jurisprudencial. Tiene así toda la razón cuando apunta que «en la medida en que Tribunales Constitucionales flexibilizan el principio de taxatividad, apelando a la jurisprudencia para concretar los términos imprecisos de la ley, es incoherente sostener luego que los cambios jurisprudenciales se pueden aplicar retroactivamente con el argumento de que el ciudadano sólo está sujeto a la ley. Ante la queja de que la ley es imprecisa, el Tribunal Constitucional remite a

la jurisprudencia. Luego, ante la queja de que se ha aplicado retroactivamente un cambio jurisprudencial desfavorable, ¿se le puede decir al ciudadano que sólo la ley es relevante? ¿En qué quedamos?» (Ferrerres, 2002:199; también, Alcácer, 2012:945).

Así, el daño a la seguridad jurídica no provendría sin más de los enunciados abiertos, sino sobre todo de la quiebra de la confianza que razonablemente suscita una interpretación del tipo penal estable y prolongada en el tiempo. Es el caso Parot. Dicho ahora con Hassemer, «se observan situaciones en las que la comunidad jurídica tiene un conocimiento mayor del contenido de la jurisprudencia penal que del contenido de la ley penal y confía también en la situación de la jurisprudencia» (Hassemer, 1984:325).

Si resulta refutable la idea de que la seguridad queda salvaguardada por la taxatividad de las leyes penales, tampoco convence el argumento de que cuando así no lo sea el agujero de la confianza penal ciudadana va a quedar siempre cubierto por la vía del recurso al error (Llobet, 2024:271 ss.): un «no penaremos tu delito si confiabas razonablemente en que lo que hacías no era delictivo». Por volver a nuestros ejemplos de partida, el recurso al error sí podría venir al rescate para el caso de la violación matrimonial. Y el socorro sería excesivo si para el caso de las drogas lleva a la impunidad: el delito realmente cometido (tráfico de drogas duras) lo fue con error de tipo. Quizás esta consecuencia la podríamos salvar por vía interpretativa, como error sobre una circunstancia agravante, pero en todo caso no hay remedio por la vía del error a la inseguridad padecida en el caso Parot o en el caso del concurso ideal que se vuelve real.

3. EL ARGUMENTO DE LA PREVENCIÓN

3.1. Quien defiende la posibilidad de reinterpretar *in peius* un enunciado penal y de aplicar tal interpretación al caso que enjuicia, hará bandera de la justicia —de cierto modo de entender lo justo, que al final todos los argumentos son de justicia— en el sentido de que si tal interpretación es la más correcta, la mejor, debe ser hecha y aplicada, para gozar de las ventajas de tal corrección.

¿Y por qué un juez querría interpretar una norma en un sentido más punitivo del que se venía haciendo? Esta pregunta daría para mucho citar y especular, pero convengamos que los jueces hacen esto por dos tipos de razones: porque piensan que esa era la voluntad del legislador o por razones preventivas: porque es necesario para proteger adecuadamente el bien jurídico que la norma pretende proteger. Y esto no es baladí, que el derecho penal se dedica a la protección de los bienes individuales y sociales más importantes. En los ejemplos de partida: porque es mejor para combatir la delincuencia muy grave y singularmente el terrorismo en el caso de la doctrina Parot; porque es mejor para proteger la libertad sexual de las mujeres en el caso de la violación matrimonial; porque es mejor para proteger la salud pública en el caso de las drogas que pasan de blandas a duras; porque es mejor para proteger la vida en el caso de los resultados múltiples de muerte derivados de una sola acción

3.2. Quien sostiene la irretroactividad lo hace por razones sobre todo de seguridad jurídica, como ya se ha apuntado, y porque entiende que el déficit de prevención que supone tal irretroactividad no debe ser magnificado. La sentencia absolutoria que no obstante procede al cambio jurisprudencial peyorativo, también es declarativa de este cambio y del grado de lesividad de la conducta: proclama precisamente *urbi et orbe* la pena o la pena más dura «de ahora en adelante».

Esta apreciación parece correcta, sin que deba sobrevalorarse el que aquí no haya sangre (pena efectiva) para que entre la letra (para el mensaje preventivo): ni es relevante su menor capacidad disuasoria ni daña los sentimientos de equidad o las actitudes de cooperación condicionada que alimentan aquella. En el más hiriente ejemplo: hasta hoy no se sabía que la violación matrimonial era punible, pero se sabe que lo es a partir de hoy, por mucho que la sentencia sea solo declarativa y en la práctica absolutoria.

4. EL ARGUMENTO DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

4.1. Imbricado en realidad con el anterior argumento está el argumento de la independencia del juez decisor en el sentido de su vinculación exclusiva a la ley de cara a determinar la responsabilidad penal del acusado. Determinados los hechos a partir de las pruebas practicadas ante él y con la regla de la desvirtuación de la presunción de inocencia —ya saben: en sentido incriminatorio solo pasó lo que proponía la acusación y fue indudablemente objeto de prueba, más allá de toda duda razonable—, el juez se enfrenta a la calificación penal del caso solo dependiente de la ley y solo con la ambición de interpretarla y aplicarla de la manera más justa posible. Sobre lo que esto signifique podríamos debatir intensamente, pero no que en nuestra tradición no existe el elemento adicional de sujeción a lo que hayan dicho otros jueces, incluidos los de nivel superior, ni lo que haya dicho el propio juez en otras ocasiones, por mucho que forme parte del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley la justificación del apartamiento del criterio previo (entre otras muchas, SSTC 110/2002, de 6 de mayo, FJ 2; 24/2005, de 14 de febrero, FJ 6; 58/2006, de 27 de febrero, FJ 3).

El sentido de esta exclusiva dependencia a la ley es claro. Lo justo, lo adecuado, es que se aplique la ley por el juez como sujeto independiente e imparcial, y forma parte de tal independencia la dependencia exclusiva de la ley. Tal cosa no obsta por supuesto a que en materia penal nos autoimpongamos constitucionalmente la garantía del acusado de que la decisión pueda ser revisada en lo fáctico —en cómo se determinaron los hechos, o, con las debidas garantías, para determinar de nuevo los hechos— y en lo jurídico.

Así, en nuestro sistema los jueces están «sometidos únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1 CE), cosa que supone, siguiendo ahora la Ley Orgánica del Poder Judicial, que «son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial»; que a los jueces y tribunales les está vedado «corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando

administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan»; y que tampoco «podrán los jueces y tribunales [...] dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional» (art. 12). Procede insistir: el juez penal se guía por lo que se prueba plenamente como sucedido y por la ley, y en su entendimiento de esta no está vinculado a la hora de hacer justicia al caso por los precedentes propios o de otros órganos judiciales. Como con rotundidad afirma la STC 49/1985, de 28 de marzo, «el Juez está sujeto a la Ley y no al precedente y está obligado por mandato constitucional a aplicar aquélla, es decir, el sentido de la misma que reconozca como ajustado en el momento de juzgar» (FJ 2).

4.2. García Amado ha mostrado con lucidez un inconveniente sistémico adicional de la irretroactividad peyorativa. El sistema puede tender a ser penalmente más severo, pues para lo que un juez pretende —que es encontrar para el caso que tiene que enjuiciar la solución más justa entre las legalmente posibles— le resultan más flexibles las interpretaciones más severas (siempre excepcionables para el caso concreto a través de lecturas más benévolas para el acusado: no habría problema principal en calificar de pronto el éxtasis como droga blanda) que las más favorables al reo, que serían inalterables para el concreto caso (no cabría calificar aplicativamente para el caso el éxtasis como droga dura) (García Amado, 2016:325).

No sería descartable además otro efecto nocivo del sistema, que es el de consolidar cierta tendencia del legislador a la indeterminación normativa (Vidales, 2001:122; García Pérez, 2018:39). Así, paradójicamente, el sistema de irretroactividad jurisprudencial puede tornar el ordenamiento penal en más inseguro en la medida en la que sirva de red a los tipos penales indeterminados. El legislador puede tender a la vaguedad y a la vaguería si sabe que la inseguridad que genera será remediada por la jurisprudencia; en cambio, la tesis de la retroactividad podría convertir en insoportable, y por ello inviable, la falta de taxatividad.

5. EL ARGUMENTO DEL ROL DE LOS JUECES

5.1. Las tesis en confrontación sobre la retroactividad peyorativa se apoyan en ocasiones en consideraciones teóricas acerca del rol de los jueces en un ordenamiento de legitimación democrática. Podría parecer que la tesis de la retroactividad casa mejor con la concepción de un juez que lo que hace es declarar el verdadero significado de un enunciado, y que la tesis de la irretroactividad vendría de la mano de la comprensión de la tarea del juez penal como atribución de significado «a una fórmula significativamente inerte», de modo que en realidad «la norma en sentido estricto es el producto de la interpretación, nace con ella» (Laporta, 2016:337).

En efecto, en primer lugar, si se entiende que la labor judicial de interpretación es «cognitiva-decisoria», halladora del verdadero significado de un enunciado vigente, se rascarán mejores argumentos para relativizar el daño a la seguridad que supone la retroactividad

peyorativa, pues al fin y al cabo lo que el juez hace es proceder a la lectura más razonable de lo que ya estaba en el enunciado penal, que estaba hasta ese momento siendo mal comprendido.

Y si se entiende que el juez es más bien un normador sucesivo a partir de los parámetros que le marca el primer normador, el legislador, el planteamiento invitará a aplicar a esta segunda labor cuasilegislativa las garantías ciudadanas frente a la legislación penal, y entre ellas, significativamente, la de que no caben sorpresas penales por la espalda: que la determinación de qué sea delictivo, determinación legal y determinación judicial, debe ser anterior a la conducta a la que tal determinación se aplica.

En todo ello anda brujuleando el propio concepto de norma —aquí de norma penal—: si la norma se identifica con una expresión lingüística o, como parece preferible, con su significado (Alchourrón y Bulygin, 2021:682 ss.; Caracciolo, 1988:28 ss.). Repárese en que según esto último «un cambio en la interpretación de un texto legal tiene por efecto el cambio de la norma expresada en ese texto» (Alchourrón y Bulygin, 2021:683). Podría parecer que si el creador final de la norma es el juez-intérprete, a esta labor de creación habría que aplicarle el mandato de irretroactividad.

5.2. Creo, sin embargo, que las cosas no son tan unidireccionales. Se puede simpatizar con la comprensión del juez como desentrañador de lo que ya existe y, no obstante, sostener que razones de seguridad jurídica con mayúsculas —seguridad penal, que es seguridad respecto al honor y respecto a la libertad— aconsejan o imponen que los nuevos hallazgos peyorativos no miren hacia atrás, pues, por mucho que ya estuvieran, estaban escondidos por la propia redacción del enunciado o por una práctica judicial constante de sentido diferente. Dicho de otro modo, la comprensión errónea anterior ha podido suscitar por su estabilidad o por su aparente accesibilidad una confianza razonable en los ciudadanos que debe ser amparada por la irretroactividad de la nueva interpretación desfavorable, por razones de seguridad jurídica. Desde el punto de vista normativo: podría entenderse que la seguridad exige irretroactividad aunque no haya cambiado la norma (entendida esta como texto legal).

Y, del mismo modo, no considero que la comprensión de la interpretación judicial que exponía en segundo lugar y que etiquetaba como «normación sucesiva» aboque sin más a la irretroactividad desfavorable de la jurisprudencia. Repárese en que, incluso desde tal visión, debería admitirse que la Constitución distingue entre «normaciones», y que lo hace expresamente para vedar la irretroactividad desfavorable en lo que desde esa perspectiva sería la primera fase normativa. Aunque haya dos «legisladores», si partimos de que el primero marca estrechos límites al segundo y demarca el contenido esencial de la conducta delictiva, y de que el segundo está obligado a seguirlos, podríamos concluir que la justicia exige la mejor norma final para el caso y que su generación era previsible para el acusado a partir de lo que ya decía la norma inicial. Incluso con dos normadores sucesivos —y relacionados de cierta manera— podríamos sostener que la irretroactividad desfavorable limita solo constitucionalmente al segundo.

6. ¿QUÉ HACEMOS?

6.1. La pregunta por la retroactividad de la jurisprudencia penal desfavorable —si puede serlo o incluso si debe serlo— no tiene respuesta expresa en la Constitución, como sí la tiene la pregunta por la legislación penal desfavorable. La irretroactividad de esta resulta obvia en un ordenamiento de legitimación democrática; es un postulado tan vinculado a la seguridad jurídica y tan esencial al principio de legalidad como este lo es al Estado democrático de derecho.

6.2. La estrategia clásica en nuestro ordenamiento ha sido la de la retroactividad jurisprudencial desfavorable. Clásica en cuanto que pertenece a la tradición jurídica continental; clásica en cuanto que responde a lo que venían haciendo nuestros tribunales antes de la STEDH Del Río Prada, con el aval del Tribunal Constitucional, incluido para este supuesto de la denominada doctrina Parot (STC 39/2012, de 29 de mayo). Como se ha detallado, el esquema sistémico de partida es el de que los enunciados penales tienen unas posibilidades limitadas de lectura, razonablemente cognoscibles por sus destinatarios. Los jueces que han de aplicarlos deben hacerlo buscando la mejor interpretación en cada caso, sin sujeción a sus precedentes o a los de otros. En ello radicaría la justicia de la aplicación judicial y a ello serviría su independencia, que no es sino dependencia exclusiva de la ley.

Frente a esta manera de hacer las cosas, de que los jueces y tribunales penales hagan las cosas, existe la alternativa irretroactivista, con sólidos partidarios en la doctrina (Hassemer, 1984:324 ss.; Ferreres, 2002: 186 ss.; Oliver, 2003:366 ss.; Ruiz Robledo, 2004:273 ss.; Llobet, 2024:268 ss.) y, sobre todo, con apoyo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo que se postula es que la estrategia de la proscripción de la jurisprudencia penal desfavorable conduce a mejores resultados en términos de valores y bienes constitucionales: de eficacia preventiva de las normas penales y de respeto a los principios que rigen su aplicación. Sería mejor que solo se pudieran penar *in peius* las conductas realizadas después de que se haya producido el correspondiente cambio interpretativo y no desde luego en el caso de que esté sobre la mesa del tribunal y que es el que inicia el cambio interpretativo. Según este nuevo balance, las decisiones para el caso no serían las mejores, las más eficaces, y no lo serían ni ellas ni todas las vayan a juzgar conductas realizadas con anterioridad al cambio jurisprudencial. A cambio quedaría incólume la seguridad jurídico-penal de los ciudadanos, a los que se aseguraría no solo que no serán penados si no lo dice así la ley penal vigente conforme a alguna de sus posibles interpretaciones razonables, sino que no lo serán si su conducta no es subsumible en la ley tal y como la vienen interpretando establemente los tribunales. Se ha querido ver también en la irretroactividad jurisprudencial una garantía contra la arbitrariedad judicial en la medida en la que evita las interpretaciones peyorativas injustificadas en términos de justicia y prevención y sesgadas solo por la singularidad del caso (Llobet, 2024:269 ss.). Garantiza que el cambio no se produce para perjudicar al acusado, sino para asentar una nueva regla más ajustada a Derecho (Ferreres, 2002:195).

6.3. No es fácil decantarse por una u otra manera de hacer las cosas y en esa decantación no debería faltar algún matiz, alguna precisión, atinente sobre todo al propio concepto de retroactividad aplicado a la jurisprudencia. En esencia, la tesis de la retroactividad desfa-

vorable es la más coherente con la justicia para el caso y con la prevención penal, y con la independencia judicial, y la tesis de la irretroactividad, con la seguridad jurídica.

Con el baremo que antes precisaba para medir qué es mejor —que es «más constitucional», *sit venia verbo*— me inclino por la tesis de la irretroactividad por la afectación relevante a la seguridad jurídicopenal que supone la alternativa: la aplicación de una interpretación nueva respecto a una línea jurisprudencial consolidada. Esa afectación se produciría, creo, aunque funcionara su presupuesto (taxatividad del enunciado normativo) y su corrector final (el error como atenuante o eximente). Pero no solo pasa que no sucede, o no sucede suficientemente, ni lo uno ni lo otro. Concorre también, más allá, el efecto configurador de la práctica judicial sólida y estable, por mucho que quepa razonablemente una práctica alternativa.

En esta tesitura creo preferible blindar la seguridad jurídica respecto a la pena, respecto a la libertad y al honor como bienes más sensibles privados por la pena, porque pertenece al corazón de las garantías constitucionales. La prevención a la que subviene la nueva interpretación *in peius*, la mayor protección del bien jurídico a la que aquí serviría la independencia judicial, no es directamente reconducible al contenido de un derecho fundamental —probablemente ni siquiera cuando el bien jurídico lo sea— y queda solo parcialmente limitada en la medida en la que se asienta una mayor pena pro-futuro. Tampoco me parece que la sujeción exclusiva del juez a la ley quiebre el brazo de esta solución, en la medida en la que no deja de ser un bien instrumental, y en la medida en que cabría apreciar que no queda tanto vulnerada como matizada con el exclusivo sometimiento del juez al ordenamiento, a la ley entendida y aplicada en un sistema constitucional.

Ciertamente, la interdicción de la retroactividad de la jurisprudencia desfavorable como regla tiene problemas definicionales: es una regla con conceptos jurídicos indeterminados. Mientras que en la aplicación retroactiva de la ley está clara la sustitución de una regla por otra y el momento de tal sustitución, de entrada en vigor de la nueva regla, no existe una claridad paralela en relación con una desviación de una línea interpretativa que generaba expectativas de continuidad por su solidez y por su estabilidad (García Amado, 2016:325). Porque tiene que darse una regla previa interpretativa vigente en el momento de la conducta enjuiciada, que es la que generaba expectativas razonables de aplicación.

¿Cuándo se da esa regla?, ¿en qué consiste esa jurisprudencia estable y sólida? En los sistemas como el nuestro, en los que existe un órgano superior de unificación de doctrina, parece por de pronto que solo cabe reparar en su jurisprudencia, y no en la de tribunales inferiores. La cuestión es cuándo cabe afirmar que la manera de interpretar existe en cuanto estable, cosa que solo quedará clara si así lo afirma expresamente aquel órgano judicial, como hace nuestra Sala de lo Penal con sus Acuerdos de Pleno, que tienen normalmente la vocación de estabilizar desde su aprobación una línea que hasta entonces se discute. En los demás casos cabe preguntarse qué configura la estabilidad que debe ser asegurada: cuánto tiempo y reiteración exige y cuánta disidencia es capaz de soportar.

6.4. Procede ya entonces, después de tanta reflexión, tratar de articular conclusivamente la respuesta que avanza un título inspirado en un famoso reggae de Peter Tosh (<https://>

www.youtube.com/watch?v=3o4Fgh0KW_4). La jurisprudencia penal desfavorable es irretroactiva en nuestro ordenamiento por mandato constitucional, por razones de seguridad jurídica asociadas al principio de legalidad penal. Así debe interpretarse el principio de legalidad penal conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos tal y como indica el Tribunal Europeo.

Solo cabe hablar de tal retroactividad cuando la interpretación y aplicación del enunciado penal es diferente y peor para el acusado que la que se venía haciendo estable y sólidamente por los jueces y tribunales y constituía en tal sentido una regla. La imprevisibilidad de la decisión no va a afirmarse entonces por su irrazonabilidad —pues esta anularía la interpretación por otra razón: por la falta de vinculación del juez a la ley—, sino por su propia novedad y por la estabilidad de la interpretación previa más favorable. Existen nuevas lecturas no irrazonables de un enunciado que son, sin embargo, imprevisibles, generándose una inseguridad análoga a la que genera la retroactividad desfavorable del enunciado. La estabilidad de la regla interpretativa previa debe ser plena. Como afirma Oliver Calderón, solo frente a una jurisprudencia uniforme puede existir seguridad jurídica (Oliver, 2003:374). Y finalmente: esta jurisprudencia uniforme debe ser sólida, lo que incluye la falta de una tendencia alternativa perceptible en la jurisprudencia, dicho con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Que su modificación no venga anunciada como posible por disensos internos exteriorizados (Llobet, 2024:278).

BIBLIOGRAFÍA

- Alcácer Guirao, Rafael (2012): «La «doctrina Parot» ante Estrasburgo: *Del Río Prada c. España* (STEDH 10.7.2012, núm. 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 43, 929 - 952.
- Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio (2021), *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Trotta.
- Alexy, Robert (1998): *Derecho y razón práctica*, México: Fontamara.
- Atienza Rodríguez, Manuel, y Ruiz Manero, Juan (2007): *Las piezas del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- Caracciolo, Ricardo A. (1988): *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales).
- Cid Moliné, José (1996): «Garantías y sanciones. Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas», *Revista de Administración Pública*, 140, 131-174.
- Cuerda Arnau, María Luisa (2013): «Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (a propósito de la STEDH Del Río Prada c. España)», *Revista Penal*, 31, 52-69.
- Ferreres Comella, Víctor (2002): *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Madrid: Civitas.
- Frigols i Brines, Eliseu (2004): *Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español*, Barcelona: J. M. Bosch.
- García Amado, Juan Antonio (2016): «Sobre el principio de legalidad penal y su alcance. De la previsibilidad como componente de la legalidad», en *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, en M. Pérez Manzano y J. A. Lascuraín Sánchez (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Madrid: Marcial Pons, 313-334.
- García Pérez, Octavio (2018): «El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia», *Indret*, 4.
- Hassemer, Winfried (1984): *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona: Bosch.

- Laporta Sanmiguel, Francisco (2016): «La doctrina Parot y la teoría del Derecho», en *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, en M. Pérez Manzano y J. A. Lascuraín Sánchez (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Madrid: Marcial Pons, 335-347.
- Lascuraín Sánchez, Juan Antonio (2009): *Solo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Pamplona: Aranzadi.
- (2018): «Penas y administraciones», en J. M. Suárez López et al. (dirs.), *Estudios penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H.C. Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid: Dykinson, 353-368.
- (2023) «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en J. R. Agustina (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, J, Barcelona: Atelier, 51-62.
- Llobet Angli, Mariona (2024): «Jurisprudencia penal desfavorable y retroactividad: razones para su prohibición», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, 27, 253-285.
- Madrid Conesa, Fulgencio (1982): *El principio e irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales favorables al reo*, Valencia: Universidad de Valencia.
- Murphy, Cian C. (2010): «The principle of legality in Criminal Law under the ECHR», *European Human Law Review*, 2.
- Oliver Calderón, Guillermo (2003): «¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 24, 355-378.
- Roxin, Claus (1997): *Derecho Penal. Parte general, I*, Madrid: Civitas.
- Ruiz Robledo, Agustín (2004): *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Serrano González de Murillo, José Luis (1993): «Prohibición de retroactividad y cambios de orientación en la jurisprudencia», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Extremadura: Universidad de Extremadura, 11, 243-258.
- Vidales Rodríguez, Catalina (2001): *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vives Antón, Tomás (2006): «Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal», en M. Díaz y García-Conlledo, y J. A. García Amado (dirs.), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 295-344.