

aplicar la supresión del requisito de querrela o denuncia previa en el enjuiciamiento de delitos cometidos antes de la modificación legal, es sólo la protección a la seguridad jurídica lo que impediría dicha aplicación, por los motivos ya señalados; no lo evitaría la prohibición de retroactividad de disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales, dado que, en un caso como éste, no habría retroactividad, atendida la naturaleza procesal que creemos que tiene la figura.²⁶² Esto último, por las mismas razones, nos parece aplicable también a las modificaciones perjudiciales de otras condiciones de perseguibilidad.

7. Sin embargo, pensamos que también el art. 25.1 concede protección para salvar situaciones como las planteadas. Cabe recordar aquí lo dicho respecto de las modificaciones perjudiciales en la regulación de instituciones de naturaleza claramente procesal.²⁶³ Así como se sostiene que la garantía del *ne bis in idem* procesal se encuentra –junto con la material– implícitamente consagrada en el citado art. 25.1, también debería, si se es coherente, afirmarse que el ámbito de protección de este precepto cubre la legalidad de las formas procedimentales y, por tanto, exige que se apliquen sólo las que regían a la época del delito. Así, sería procedente interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional para invocar la protección del derecho fundamental recogido en el citado art. 25.1, que se vería afectado con la consideración de plazos de prescripción más gravosos que los que estaban en vigencia al momento de comisión del delito, o con la aplicación de la supresión del requisito de querrela o denuncia previa o de la modificación perjudicial de otras condiciones de perseguibilidad, a los delitos cometidos con anterioridad. Esta forma de argumentar, claro está, se impone si se afirma que dichas instituciones tienen naturaleza procesal. Porque si se defiende su carácter sustantivo, la protección brindada por el art. 25.1 no admitiría discusión.

²⁶² Le asigna naturaleza adjetiva, entre otros, CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español...*, cit., t. I, p. 225, nota 37. Vid. LUZÓN PEÑA, *Curso...*, cit., p. 193, señalando que en un caso como éste habría una aplicación retroactiva de disposiciones restrictivas de derechos individuales.

²⁶³ Vid. *supra*, punto III.8.2.1, párrafo 9.

III.9. MODIFICACIONES JURISPRUDENCIALES²⁶⁴

1. Antes de examinar si el ámbito de aplicación del principio de irretroactividad alcanza a los cambios que experimenta la jurisprudencia sentada por los tribunales con competencia penal, nos parece conveniente incorporar algunas páginas introductorias para una mejor comprensión del tema. Aludiremos en este capítulo a modificaciones jurisprudenciales desfavorables, reservando para más adelante el estudio de los cambios que resulten favorables al reo.²⁶⁵

III.9.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Puede suceder que una persona realice una conducta que hasta ese momento no era considerada delictiva por la jurisprudencia y que con posterioridad a la perpetración del hecho sí pase a serlo, en virtud de un cambio en la interpretación o aplicación de la ley que hacen los tribunales. O bien puede acaecer que el tratamiento punitivo que la jurisprudencia le daba a una conducta delictiva hasta antes de su comisión se vea agravado después de su realización, merced al señalado cambio en la interpretación o aplicación de la ley. Como ejemplo del primer caso, supongamos que los tribunales no consideran delito el hecho de que un padre, sin violencia, impida que su hija mayor de edad mantenga relaciones sexuales con su novio, y que después de que alguien realice tal conducta, hasta entonces estimada impune, opere un cambio jurisprudencial, en virtud del cual dicho hecho pase a ser considerado un delito de abuso sexual del art. 181.1 del Código Penal, por estimárselo un atentado contra la libertad sexual. O bien, imaginemos como ejemplo del segundo caso que la jurisprudencia considera que cuando en un robo con violencia o intimidación en las personas el delincuente hace uso de un látiz, se realiza el tipo básico del art. 242.1 del Código Penal, y que después de que alguien cometa tal delito valiéndose de dicho objeto, cambie el parecer de los tribunales, para considerar ahora esa conducta como constitutiva del tipo agravado del art. 242.2 del mismo

²⁶⁴ Sobre el tema, puede verse OLIVER CALDERÓN, “¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXIV, año 2003, pp. 295 y ss.

²⁶⁵ Véase capítulo V, punto V.10.

Código, disposición que emplea la expresión “armas u otros medios igualmente peligrosos”. Pueden darse más ejemplos de uno y otro caso.²⁶⁶ En cualquiera de las dos situaciones señaladas, de aplicarse retroactivamente el cambio jurisprudencial se derivaría un evidente perjuicio para el reo. En el primer caso, porque se le condenaría por haber realizado un hecho que, al momento de su comisión, no era considerado delito por los tribunales. Y en el segundo, porque se le impondría una pena superior a la que la jurisprudencia aplicaba al delito a la época de su perpetración.

2. Este problema fue planteado por primera vez en la doctrina alemana en 1966, a raíz de la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 9 de diciembre de ese año.²⁶⁷ El caso era el siguiente: El párrafo 316 del Código Penal alemán sanciona a “quien conduzca un vehículo a pesar de que, como consecuencia de la consumición de bebidas alcohólicas o de otros productos estimulantes, no esté en condiciones de hacerlo con seguridad”.²⁶⁸ Durante mucho tiempo los tribunales germanos entendían, unánimemente, que el límite de la incapacidad absoluta para conducir, excluyente de toda prueba en contrario, se encontraba a partir de 1,5 0/00 de alcohol en la sangre. En aquella sentencia se resolvió que se estaba frente a un contenido de alcohol en sangre de 1,3 0/00 para estimar que se estaba frente a una absoluta incapacidad para conducir, aceptando las críticas que hasta entonces se formulaban desde la medicina y, especialmente, a raíz de un informe de la Oficina Federal para la Salud (*Bundesgesundheitsamt*).²⁶⁹ Más tarde volvió a discutirse el problema, con ocasión de

²⁶⁶ Pueden consultarse en ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, cit., pp. 324 y s.

²⁶⁷ No obstante, ya RADBRUCH se había planteado el problema, negando la posibilidad de aplicar la prohibición de retroactividad a los cambios jurisprudenciales, porque sostenía que los avances de la jurisprudencia necesariamente deben producirse en un caso concreto y aplicarse al mismo. *Vid. su Der Geist des englischen Rechts* (4ª edición, Göttingen, 1968), p. 60, nota 1. Citado por MADRID CONESA, *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo* (Valencia, 1982), p. 9, nota 9.

²⁶⁸ Traducción extraída de EIRANOVA ENCINAS (coord.), *Código Penal alemán StGB...*, cit., p. 172.

²⁶⁹ Cfr. la exposición del caso en MADRID CONESA, *El principio...*, cit., pp. 9 y ss.; EL MISMO, *La legalidad...*, cit., p. 92; HASSEMER, *Fundamentos...*, cit., pp. 325 y s.; VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales* (Valencia, 2001), p. 113. En la doctrina alemana, ESER / BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales...*, cit., pp. 65 y ss.; ZIPF, *Introducción a la política criminal* (traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea, Madrid, 1979), p. 92. En la doctrina brasileña, SANGUINÉ, “Irretroactividade e retroatividade das alterações da jurisprudência

una nueva rebaja en el contenido de alcohol en sangre, suficiente para configurar un delito de embriaguez en el tráfico viario, desde el 1,3 0/00 al 1,1 0/00, efectuada por el *Bundesgerichtshof* en una sentencia de 1990.²⁷⁰ En ambas ocasiones se analizó la posibilidad de extender a los cambios jurisprudenciales desfavorables al reo la prohibición de retroactividad de la ley penal.

III.9.2. MODIFICACIONES JURISPRUDENCIALES DESFAVORABLES E IRRETROACTIVIDAD

1. Desde que el problema fue planteado por primera vez, se han esgrimido una serie de argumentos, tanto a favor como en contra de la posibilidad de extender a los cambios jurisprudenciales desfavorables al reo la prohibición de retroactividad de la ley penal. A continuación los expondremos sucintamente, para explicar enseguida nuestra opinión al respecto.

III.9.2.1. Argumentos a favor de la irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables

1. Para justificar la prohibición de retroactividad de los cambios de la jurisprudencia perjudiciales al reo, se suelen plantear los siguientes argumentos, entre otros:²⁷¹

III.9.2.1.1. Aspectos de metodología jurídica

1. Se afirma que la antigua visión de las funciones de los poderes legislativo y judicial, que las concebía como absolutamente separa-

penal”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, N° 31, Sao Paulo, julio-septiembre 2000, pp. 145 y s., nota 3.

²⁷⁰ *Vid.* ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 166.

²⁷¹ Estos argumentos han sido extraídos, en su mayoría, de MADRID CONESA, *El principio...*, cit., pp. 12 y ss., quien añade otros planteamientos minoritarios, como el principio de igualdad ante la ley y la exigencia de determinación dirigida a los jueces, de los que se derivaría, según sus defensores, la prohibición de retroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables.

das y excluyentes –recuérdese la conocida frase de MONTESQUIEU “los jueces no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley”–, ha sido superada por la moderna metodología jurídica, que sostiene que no existe un límite claro entre aquellas funciones.²⁷² Ello es así, entre otras razones, porque las leyes se redactan en forma abstracta y son concretadas por los tribunales; porque el lenguaje, que necesariamente debe utilizar el legislador, no tiene límites precisos, sino que se presenta en muchas ocasiones como ambiguo o poroso y porque no sólo en los denominados elementos valorativos de los tipos, sino también en los descriptivos existe margen para una valoración judicial.²⁷³ Siendo esto así, resulta coherente que la prohibición de retroactividad rija también para el encargado de concretar la abstracción legal, de precisar las expresiones vagas que la ley suele utilizar y de realizar las valoraciones que deban efectuarse, es decir, la jurisprudencia.²⁷⁴

III.9.2.1.2. Argumento de carácter sociológico-jurídico

1. Se sostiene que existe una innegable tendencia a respetar las orientaciones jurisprudenciales, especialmente las de los tribunales superiores. En palabras de VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “desde luego, de lo que no cabe duda es del carácter obligatorio que en la práctica tienen las decisiones de los más altos tribunales de justicia, que son acogidas con beneplácito por el inferior acudiendo al argumento de autoridad, mas no por su carácter obligatorio”.²⁷⁵ Y ello, natural-

²⁷² Cfr. MADRID CONESA, *El principio...*, cit., pp. 12 y s.

²⁷³ Cfr. la contraposición entre elementos descriptivos y valorativos en ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico* (traducción de Garzón Valdés, Granada, 2001), pp. 131 y ss.

²⁷⁴ Cfr. el reconocimiento de que estas nuevas perspectivas metodológico-jurídicas abren la posibilidad de afirmar que es aplicable la prohibición de retroactividad a los cambios jurisprudenciales desfavorables, en CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, cit., t. I, pp. 150 y s. Sin embargo, en pp. 215 y s. este autor se declara contrario a dicha aplicación.

²⁷⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 88, negando que pueda atribuirse a la jurisprudencia el carácter de fuente de derecho penal. Cfr. QUINTERO OLIVARES, *La justicia penal en España* (Pamplona, 1998), pp. 127 y s., aludiendo a la fuerza que en la práctica tiene la vinculación al precedente jurisprudencial; SERRANO ALBERCA, “Comentario al art. 25 de la Constitución”, en VV.AA., *Comentarios a la Constitución* (3ª edición, Madrid, 2001), p. 582, reconociendo que, a pesar de que la jurisprudencia no es fuente del derecho penal, porque las sentencias obligan sólo

mente, produce en las personas expectativas de que se mantendrá una determinada interpretación de la ley.²⁷⁶ Por lo tanto, si para saber cuál es el contenido *efectivo* de la ley ha de estudiarse la jurisprudencia,²⁷⁷ parece no sólo aceptable, sino también exigible que se aplique a ésta la prohibición de retroactividad.

III.9.2.1.3. Argumento de carácter histórico-político

1. Se suele afirmar también que la idea de separación de poderes, que estaba –y aún hoy se encuentra– en la raíz del principio

en el caso concreto y no vinculan a los tribunales, la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo es lo que verdaderamente se aplica. *Vid.* también SERRANO BUTRAGUENO, “Valor de la jurisprudencia penal”, en *Revista General de Derecho*, año 1995, pp. 8134 y ss., especialmente, p. 8137, quien afirma que la doctrina sentada por la Sala Penal del Tribunal Supremo es vinculante para los juzgados y tribunales inferiores del orden jurisdiccional penal; REQUEJO PAGÉS, “Jurisdicción, precedente y jurisprudencia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 29, año 1990, p. 236; MELERO, “Codificación e interpretación judicial en el Derecho penal (Introducción al estudio del derecho sustantivo anglo-americano)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVII, fascículo II, mayo-agosto 1994, pp. 93 y s.; XIOL RÍOS, “El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional”, en *Poder Judicial*, Nº 3, año 1986, p. 34. Cfr., sin embargo, SERRANO GÓMEZ, *La prescripción del delito (tres cuestiones)* (Madrid, 2003), pp. 14 y s., 21 y ss., afirmando que el valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es tan importante, tomando en cuenta que sólo tiene competencia para conocer sobre un 6% de las condenas que se dictan en España. Téngase presente, además, que existe en actual tramitación en el Parlamento español un proyecto de ley que modifica el recurso de casación en materia penal, estableciendo como nueva causal de dicho recurso la contradicción de la sentencia impugnada con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En la doctrina chilena, véase MERA FIGUEROA, “Convicciones de los jueces y precedentes: La ardua tarea en la construcción de estándares para la uniforme aplicación del derecho penal”, prólogo en MERA F. / CASTRO M., *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema* (Santiago, 2007), p. 27, afirmando que la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema chilena en recursos de nulidad por errónea aplicación del derecho, cuando sobre la materia objeto de los recursos existen distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de tribunales superiores, es obligatoria para los tribunales inferiores, aunque la ley no lo establezca expresamente. En contra, véase el acuerdo del Pleno de la Corte Suprema de 19 de julio de 2002. Una crítica a dicho acuerdo puede verse en HORVITZ LENNON / LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal penal chileno*, t. II (Santiago, 2004), pp. 431 y s.

²⁷⁶ Cfr. POLITOFF LIFSCHITZ, *Derecho penal*, cit., p. 117.

²⁷⁷ MADRID CONESA, *El principio...*, cit., pp. 13 y s.; SANGUINÉ, *Irretroactividad e retroactividad...*, cit., p. 158.

de legalidad, no puede entenderse ya como valor absoluto. Según un nuevo entendimiento, únicamente las intromisiones de un poder en el núcleo esencial de las funciones de otro pueden considerarse inadmisibles.²⁷⁸ Luego, como extender la aplicación de la prohibición de retroactividad a los cambios jurisprudenciales desfavorables no significa una invasión del Poder Judicial en el núcleo esencial del Poder Legislativo ni viceversa –porque éste seguirá siendo el creador de la ley y aquél seguirá estando sujeto a ella–, no existen obstáculos desde este punto de vista para defender dicha extensión.

III.9.2.1.4. Aspectos relativos a la imparcialidad del tribunal

1. Se sostiene también que la exigencia de imparcialidad de todo tribunal conduce a extender el principio de irretroactividad a las variaciones jurisprudenciales desfavorables. En efecto, se ha dicho que la única manera de garantizar que los tribunales que cambien sus criterios jurisprudenciales no lo hagan para perjudicar a los acusados que tienen al frente, es asegurando que tales cambios no operen en forma retroactiva y que sólo produzcan efectos prospectivos. De este modo, a los acusados se les debería aplicar el criterio más benigno vigente al tiempo de los hechos, reservando la nueva interpretación más severa para casos futuros.²⁷⁹

III.9.2.1.5. Fundamento de la prohibición de retroactividad de la ley penal

1. Finalmente, se ha señalado que el argumento de mayor peso es el que toma en cuenta el fundamento que la mayoría de los autores asigna al principio de irretroactividad de la ley penal. Se ha sostenido que si lo que el principio de irretroactividad de la ley penal busca es evitar que los ciudadanos se vean sorprendidos por actuaciones imprevistas e imprevisibles de los poderes del Estado, resulta abso-

²⁷⁸ Cfr. MADRID CONESA, *El principio...*, cit., p. 14; SANGUINÉ, *Irretroactividad e irretroactividad...*, cit., p. 160.

²⁷⁹ Vid. FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal...*, cit., p. 195.

lutamente exigible su extensión a las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo. Ello, porque –citando a MADRID CONESA– para el “ciudadano concreto es indiferente que se le pene de forma imprevista e imprevisible por una ley que en el momento de realizar el hecho no existía o que se llegue a este resultado a través de una nueva interpretación jurisprudencial. La prohibición constitucional de dictar leyes retroactivas se ve respetada formalmente, pero no en su significado fundamental. Al ciudadano no le restan ya motivos para confiar en los poderes del Estado”.²⁸⁰

III.9.2.2. Argumentos en contra de extender la prohibición de retroactividad de la ley penal a los cambios jurisprudenciales perjudiciales al reo

1. Oponiéndose a la posibilidad de proclamar la irretroactividad de las variaciones desfavorables de la jurisprudencia, autores han planteado, entre otros, los siguientes argumentos:²⁸¹

III.9.2.2.1. Literalidad de la Constitución

1. Se ha sostenido que la redacción de los arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución no permite extraer de ellos una prohibición de retroactividad dirigida a la jurisprudencia.²⁸² Ello es así, porque el primer precepto sólo garantiza “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”²⁸³ y

²⁸⁰ MADRID CONESA, *El principio...*, cit., p. 15. Sin embargo, a juicio suyo, “no hay ningún punto de apoyo para fundamentar la aplicación inmediata de la prohibición de retroactividad a los cambios jurisprudenciales desfavorables al reo” (p. 22). Cfr. también CARBONELL MATEU, *Derecho penal...*, cit., p. 151, destacando que la aplicación retroactiva de una jurisprudencia más grave que la vigente al tiempo del hecho atenta contra el principio de certeza, a pesar de lo cual no le parece posible pronunciarse por la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales perjudiciales.

²⁸¹ Al igual que los planteamientos doctrinales a favor de la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables expuestos en el texto, los argumentos en contra que a continuación se señalan han sido extraídos de MADRID CONESA, *El principio...*, cit., pp. 18 y ss.

²⁸² Cfr. MADRID CONESA, *El principio...*, cit., pp. 18 y s.

²⁸³ Cfr. RUIZ ANTÓN, *El principio de irretroactividad...*, cit., p. 106.

en el segundo no se habla de jurisprudencia, sino de la "legislación vigente".²⁸⁴

III.9.2.2.2. Interpretación sistemática de la Constitución

1. Se ha afirmado que una interpretación sistemática de la Carta Fundamental tampoco permite deducir algún argumento para aplicar la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia. El texto constitucional contraponen las funciones legislativa y judicial, al aludir a las Cortes Generales en su Título III y al Poder Judicial en su Título VI.²⁸⁵

III.9.2.2.3. Evolución del principio de legalidad

1. Se ha señalado que tampoco pueden extraerse argumentos en favor de la prohibición de retroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables, a partir del examen del origen y evolución del principio de legalidad. Este principio —se dice— sigue teniendo el mismo contenido y fundamento que en la época de la Ilustración.²⁸⁶

III.9.2.2.4. Punto de vista de la metodología jurídica

1. Se sostiene que los nuevos conocimientos alcanzados por la metodología jurídica no obligan a replantear el principio de legalidad. Ello es así, porque la constatación de la innegable realidad de que los jueces realizan una labor fundamental, en la cual juega un importantísimo papel su propia subjetividad, sobre todo en lo

²⁸⁴ Para el caso de Chile puede sostenerse el mismo argumento. El art. 19 N° 3 párrafo 7° de la Constitución de este país asegura la irretroactividad de las leyes que establecen penas, sin aludir a la jurisprudencia. Véase su texto en anexo de disposiciones chilenas citadas, al final de este trabajo.

²⁸⁵ Cfr. MADRID CONESA, *El principio...*, cit., p. 19.

A partir de la Constitución chilena, puede defenderse el mismo planteamiento. Su texto también contraponen las funciones legislativa y judicial, al aludir al Congreso Nacional en su capítulo V y al Poder Judicial en su capítulo VI.

²⁸⁶ Vid. MADRID CONESA, *El principio...*, cit., pp. 19 y s.

que dice relación con los denominados elementos normativos de los tipos, no implica que no existan diferencias entre la creación del derecho y su aplicación. Estas diferencias existen y no pueden ser soslayadas por la metodología jurídica. Una nueva interpretación legal más perjudicial no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, que ya existía al momento del hecho.²⁸⁷

III.9.2.2.5. Inconvenientes procesales

1. Se afirma que la tesis que propone extender la prohibición de retroactividad a las variaciones desfavorables de la jurisprudencia choca con insalvables inconvenientes de derecho procesal. Aquella tesis sugiere la posibilidad de introducir en las sentencias cláusulas del tipo "*von nun an*" (De ahora en adelante), cuando opere un cambio jurisprudencial perjudicial. La formulación original de esta clase de cláusulas es la siguiente: "El hecho acusado se presenta como... (calificación del hecho). Se prescindirá de la pena, ya que el enjuiciamiento del hecho como... (calificación) se refiere a consideraciones que se apartan de la situación que hasta ahora existía en la aplicación de la ley en... (aquí se consignan las diferencias)".²⁸⁸ De este modo se prescinde de la pena en el caso juzgado y se anuncia cuál será la nueva interpretación más gravosa para el futuro. Pues bien, se sostiene que contra tal posibilidad juega el derecho positivo, pues no habría forma de lograr la implementación de sentencias con cláusulas "*von nun an*". Los jueces no se encuentran sujetos a sus

²⁸⁷ Cfr. MADRID CONESA, *El principio...*, cit., pp. 20 y s. En la doctrina argentina, véase FIERRO, *La ley penal...*, cit., p. 247, oponiéndose a la extensión del principio de irretroactividad a los cambios jurisprudenciales, porque ello "le concede un alcance y un sentido inadmisibles a la jurisprudencia".

Vid. también ROUBIER, *Le droit transitoire...*, cit., p. 25, quien constata la existencia de un obstáculo adicional, consistente en la imposibilidad de asimilar las alteraciones jurisprudenciales a las modificaciones legales, debido a que la jurisprudencia va cambiando paulatinamente, sin poder determinarse con precisión el momento exacto del cambio.

²⁸⁸ KOHLMANN, *Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften*, Köln, 1969, p. 290 y nota 3; STRASSBURG, *Rückwirkungsverbot und Aenderung der Rechtsprechung im Strafrecht*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1970, p. 947. Ambos autores citados por MADRID CONESA, *El principio...*, cit., p. 18.

propias interpretaciones, ni menos a las de los tribunales superiores, sino que, como lo señala el art. 117.1 de la Constitución, se hallan "sometidos únicamente al imperio de la ley".²⁸⁹⁻²⁹⁰

III.9.2.2.6. Abandono del mandato de determinación

1. Se dice también, en contra de la aplicación de la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia, que su implementación supondría una renuncia al principio de taxatividad de la ley penal. Quiere decirse con ello que si se aceptara la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables, necesariamente se produciría un relajamiento del legislador en su obligación de respetar el mandato de determinación en el proceso de creación de las leyes penales. Consciente de que los tribunales no deberán efectuar variaciones jurisprudenciales perjudiciales retroactivas, sino únicamente para los casos posteriores a dichos cambios, el legislador creería que no sería necesario lograr la mayor precisión posible en la elaboración de las leyes, porque los ciudadanos no se guiarían tanto por éstas como por la jurisprudencia.²⁹¹

III.9.2.2.7. Paralización de la jurisprudencia

1. Se ha afirmado también que extender la prohibición de retroactividad de la ley penal a los cambios jurisprudenciales desfavorables significaría, necesariamente, una petrificación de la jurisprudencia-

²⁸⁹ Cfr. las dificultades para el derecho procesal alemán en JAKOBS, *Derecho penal. Parte general...*, cit., p. 127; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 166, nota 90. Para las dificultades en el derecho procesal italiano, CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale...*, cit., pp. 323 y s. Vid. también las dificultades para el derecho procesal chileno en CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, cit., t. I, p. 216, quien señala dos principales problemas: el carácter errático de las sentencias de los tribunales y la ausencia de un ministerio público activo. Sin embargo, el segundo problema ya ha sido solucionado, a partir de la entrada en vigor en Chile de la llamada Reforma procesal penal en el año 2000.

²⁹⁰ A lo señalado se podría agregar que el art. 4.3 del Código Penal español contendría la solución para casos como éstos: condenar de acuerdo con el nuevo criterio jurisprudencial más gravoso e informar favorablemente una solicitud de indulto.

²⁹¹ Vid. MADRID CONESA, *El principio...*, cit., pp. 22 y s.

cia.²⁹² Ello es así, porque los tribunales se encontrarían impedidos de realizar cualquier modificación en la interpretación y aplicación de la ley, paralizándose así la evolución jurisprudencial.

III.9.2.2.8. Error de prohibición

1. Finalmente, se ha sostenido que los problemas que dan lugar a discutir la posibilidad de extender la prohibición de retroactividad de la ley penal a las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo, se solucionan fácilmente si se recurre a la figura dogmática del error de prohibición. A esta forma de encarar el tema se le conoce como solución *subjetiva*—por oposición a la denominada solución *objetiva*, que busca directamente aplicar la prohibición constitucional de retroactividad a los cambios desfavorables de la jurisprudencia—, por cuanto se mueve en el plano de la culpabilidad del autor.²⁹³ Básicamente plantea que si la jurisprudencia no considera punible una conducta y un sujeto la realiza, habiendo tenido a la vista tal orientación de los tribunales y sin haber podido prever la antijuridicidad de su comportamiento, ese sujeto no puede ser condenado si la jurisprudencia cambia su parecer, porque habrá incurrido en un error de prohibición invencible. La absolución se producirá de todas maneras, sin que sea necesario extender la prohibición constitucional de retroactividad de la ley a las variaciones jurisprudenciales desfavorables.²⁹⁴ Esta solución del problema se presenta como dominante en la doctrina.²⁹⁵

²⁹² HASSEMER, *Fundamentos...*, cit., p. 324; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal. Parte general*, cit., p. 180; CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, cit., t. I, p. 216, previniendo el "peligro de que la jurisprudencia tienda a rigidizarse de manera inconveniente"; POLITOFF LIFSCHITZ, *Derecho penal*, cit., p. 117, señalando que "la actividad creadora del juez quedaría paralizada si éste se limitara a seguir los precedentes".

²⁹³ Cfr. MADRID CONESA, *El principio...*, cit., pp. 27 y ss.; SANGUINÉ, *Irretroactividad e retroactividad...*, cit., pp. 151 y s.

²⁹⁴ De esta opinión, ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 166; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general...*, cit., p. 128; ESER / BURKHARDT, *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales...*, cit., pp. 65 y s.; HASSEMER, *Fundamentos...*, cit., p. 325; VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva...*, cit., p. 117; RUIZ ANTÓN, *El principio de irretroactividad...*, cit., p. 105. Similar, en la doctrina portuguesa, TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de leis penais*, cit., p. 287. En la doctrina argentina, ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 126.

²⁹⁵ Así lo consideran ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, cit., p. 325; BACIGALUPO ZAPATER, *Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos*

III.9.2.3. *Opinión personal*

1. A nuestro juicio no sólo es posible, sino también necesario aplicar la prohibición de retroactividad a los cambios jurisprudenciales desfavorables, por varias razones. Creemos que tienen razón quienes señalan que el fundamento de la existencia del principio de irretroactividad de la ley penal –la seguridad jurídica– obliga a prohibir la retroactividad de la jurisprudencia cuando ésta sea más gravosa. En efecto, si dicho basamento consiste en la no exclusión de la posibilidad de los ciudadanos de calcular las consecuencias jurídico-penales de sus actuaciones, forzoso es concluir que a los encargados de la determinación concreta de dichas consecuencias –los tribunales– les afecte la mencionada prohibición. Como al garantizar la irretroactividad de la ley penal se pretende no hacer imposible que las personas planifiquen sus vidas y eviten que se vean sorprendidas por reacciones jurídico-penales imprevistas e impreviables de los poderes estatales –el Poder Judicial es un poder del Estado–, resulta necesario extender su aplicación a los cambios jurisprudenciales desfavorables. De lo contrario, la seguridad jurídica no estaría protegida.²⁹⁶ La prohibición de dictar leyes retroactivas sería respetada sólo formalmente, pero no en su significado material.

años. *El principio de legalidad como tarea inconclusa*, mecanografiado inédito, pp. 16 y ss., citado por ZUGALDIA ESPINAR, *Fundamentos...*, cit., p. 325. También RIONDATO, "Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza", en VINCENTI (a cura di), *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso* (Padova, 2000), p. 243.

²⁹⁶ RUIZ ANTÓN, *El principio de irretroactividad...*, cit., p. 106, señala que "la seguridad jurídica –fundamento de la prohibición de retroactividad desfavorable–, se ve profundamente afectada cuando un cambio jurisprudencial da lugar, como efecto material, a la aplicación de la ley de forma más gravosa; y esto es lo que sucede si es interpretada de modo diferente a como venía siendo, constante y reiteradamente, en el momento de la comisión del delito". *Vid.* también MERA FIGUEROA, *Convicciones de los jueces y precedentes...*, cit., pp. 13 y s.; GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado...*, cit., tomo I, pp. 822 y s.; BOURIN, "Echec aux conséquences funestes des revirements en droit pénal?", en *Gazette du Palais*, año 115º, Nº 3, mayo-junio 1995, p. 599. En la doctrina civilista, cfr. BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial (nacimiento, eficacia y cambio de criterio)* (Valencia, 2000), p. 71: "Poder prever, con un mínimo de certeza, cuál sea la solución que dará un juez a un determinado conflicto ante él planteado no es sino una exigencia del principio de seguridad jurídica". Similar, aunque desde la teoría de los derechos adquiridos, BORDA, *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos* (Buenos Aires, 1951), pp. 81 y ss.

Retomando uno de los ejemplos que expusimos más arriba, para el padre autoritario que, sin violencia, impidió que su hija mayor de edad tuviera relaciones sexuales con su novio en un momento en que los tribunales no castigaban esta clase de conducta, resulta completamente indiferente e igualmente perjudicial que se le sancione en virtud de una ley posterior que tipifique por primera vez ese comportamiento y que le sea aplicada retroactivamente, o bien que se le imponga pena merced a un cambio sobreviniente de la jurisprudencia existente al momento del hecho.²⁹⁷

2. También la exigencia de imparcialidad de los tribunales conduce a prohibir la aplicación retroactiva de los cambios jurisprudenciales desfavorables. Sólo garantizando que tales variaciones únicamente puedan tener efectos hacia el futuro, se evita el peligro de que obedezcan a un afán de perjudicar a los acusados en los casos concretos de que conozcan. Sin embargo, se debe reconocer que la idea de imparcialidad posee menos capacidad de rendimiento que la de seguridad jurídica para extender la prohibición de retroactividad a las variaciones jurisprudenciales desfavorables. Ello es así, porque mientras la seguridad jurídica impide que se pueda aplicar el nuevo criterio más severo a toda persona que hubiese actuado con anterioridad a su surgimiento, la imparcialidad sólo impide que se aplique a quienes son juzgados en el caso concreto en que se establece por primera vez.²⁹⁸ Citemos un ejemplo propuesto por FERRERES COMELLA, quien tras señalar que puede verse en la imparcialidad un argumento en pro de extender la prohibición de retroactividad a los cambios desfavorables de la jurisprudencia, reconoce que su operatividad es más reducida que la del argumento de la seguridad jurídica: "Supongamos los casos A, B y C. En todos ellos, los hechos ocurrieron 'bajo la vigencia' del criterio jurisprudencial anterior. Luego llega el caso A al tribunal supremo, y éste establece un nuevo criterio, desfavorable para el reo, pero con efectos prospectivos. Se absuelve, por tanto, al acusado en el caso A y se anuncia el nuevo

²⁹⁷ Cfr. NEUMANN, *¿Pueden tener los cambios jurisprudenciales in peius de los tribunales penales eficacia retroactiva?*, traducción de Pilar González Rivero, en Escuela de Verano del Poder Judicial. Galicia. 1999 (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000), p. 105. También CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale...*, cit., pp. 119 y ss., 262 y s., 317; SANGUINÉ, *Irretroattività e retroattività...*, cit., p. 162. Similar, LOEWY, *Criminal law*, cit., p. 294; LAFAYE / SCOTT, *Criminal law*, cit., p. 102.

²⁹⁸ FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal...*, cit., p. 196, nota 11.

criterio. Luego llegan al tribunal los casos B y C. Si se les aplica el nuevo criterio, ¿se puede objetar desde el punto de vista de la imparcialidad? En principio no, pues el nuevo criterio ya estaba fijado de antemano, salvo que tengamos razones para sospechar que si el tribunal anunció un cambio de criterio en el caso A, fue porque sabía que tendría que juzgar en un futuro más o menos próximo los casos B y C".²⁹⁹

3. En otro orden de ideas, es verdad que en la letra de los arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución, al garantizar "la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales" y emplear la expresión "legislación vigente", respectivamente, no se alude en forma expresa a la jurisprudencia. Pero quienes señalan esto olvidan que el propio art. 9.3 de la Carta Fundamental garantiza, expresamente, la seguridad jurídica.³⁰⁰ Y ya hemos señalado cómo ésta quedaría burlada si no se extendiera la prohibición de retroactividad a los cambios desfavorables de la jurisprudencia.

4. La necesidad de dotar de irretroactividad a las variaciones jurisprudenciales gravosas crece ante la constatación de que existen muchos tipos penales en los que no se ha respetado por el legislador el principio de taxatividad.³⁰¹ Dada su falta de determinación, en la práctica son los tribunales, con tácita autorización del legislador, los encargados de definir las fronteras de la conducta punible, en una verdadera labor de complementación de tales tipos,³⁰² labor

²⁹⁹ FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal...*, cit., p. 196, nota 11.

³⁰⁰ A diferencia de la Constitución española, la Carta Fundamental de Chile no contiene ninguna declaración expresa en el sentido de garantizar la seguridad jurídica. Pero es indudable que es este valor el que inspira la exigencia de que las leyes penales sean irretroactivas, contenida en el art. 19 N° 3 párrafo 7° de su texto (véase en anexo incorporado al final de este trabajo). Cfr. MERA FIGUEROA, *Condiciones de los jueces y precedentes...*, cit., pp. 56 y ss., quien sostiene que la seguridad jurídica se encuentra implícitamente consagrada en la Constitución chilena, por tratarse de una exigencia inherente para un efectivo ejercicio de la libertad individual y para el real reconocimiento del derecho a la igualdad ante la ley.

³⁰¹ Cfr. dicha constatación en MIR PUIG, *Introducción...*, cit., p. 145; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit., p. 254; HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, cit., p. 175; HASSEMER, *Fundamentos...*, cit., pp. 314 y ss.; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 170.

³⁰² Cfr. MUÑOZ CONDE, *Notas a la traducción de HASSEMER, Fundamentos...*, cit., pp. 326 y s.; FRIGOLS I BRINES, *El principio de irretroactividad...*, cit., p. 114. Similar, GRANDE, "Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?", en FIAN-

parecida a la integración de las leyes penales en blanco propias mediante normas de rango inferior.³⁰³ Pues bien, si es la jurisprudencia la encargada de complementar estos tipos penales, con la venia del propio legislador, es absolutamente necesario y coherente que le afecte a aquélla la prohibición de retroactividad.³⁰⁴ Así como son irretroactivas las modificaciones hechas en la normativa que complementa las leyes penales en blanco, también deberían serlo las variaciones hechas por la jurisprudencia cuando ésta, con tácita venia del legislador, complementa tipos penales indeterminados.³⁰⁵

5. Dentro de estos tipos penales indeterminados se encuentran los que contienen elementos normativos. Como lo dijimos más arriba,³⁰⁶ no necesariamente un juez infringe el principio de legalidad, desde un punto de vista formal, si para interpretar un elemento normativo del tipo utiliza normas posteriores al hecho que se juzga. El supuesto de hecho, a cuya realización se anuda una pena, estará previamente establecido. Dado que no se trata de leyes penales en blanco, no habrá en tal evento aplicación retroactiva de la ley penal. Como ac-tualmente se defiende el carácter autónomo del derecho penal en la selección de las conductas punibles, no meramente sancionador

DACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale* (Padova, 1997), pp. 139 y s.; SANGUINÉ, *Irretroattività e retroattività...*, cit., pp. 161 y s.

³⁰³ VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva...*, cit., p. 106.

³⁰⁴ Cfr. HASSEMER, *Fundamentos...*, cit., p. 326: "Quien entienda la prohibición de retroactividad desde el punto de vista de la protección de la confianza, no puede menos que admitir que en estos casos, en los que la concreción de la ley se lleva a cabo de un modo preciso por la jurisprudencia y es a través de ésta como llega a los afectados, debería aplicarse excepcionalmente la prohibición de retroactividad a esa jurisprudencia".

³⁰⁵ Cfr. FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal...*, cit., pp. 153 y ss., 186 y ss., reconociendo valor normativo a la jurisprudencia y mostrándose favorable a su empleo para compensar ciertos grados de imprecisión en las leyes penales admitidos por el propio Tribunal Constitucional, por lo que se manifiesta partidario de extender la irretroactividad a los cambios jurisprudenciales desfavorables. Afirma este autor que "en la medida en que los 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 TC 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?" (p. 199).

³⁰⁶ Vid. *supra* punto III.3.2, párrafos 4, 5 y 6.

o accesorio de otras ramas del derecho, el juez no está obligado a asignar a los elementos normativos del tipo el contenido que fluye de los conceptos que entregan estas ramas. Luego, la utilización de una norma posterior al hecho que se juzga en la asignación de contenido a un elemento normativo del tipo —lo mismo que la prescindencia de normas extrapenales, a cuya consideración no está obligado, en dicha asignación de contenido—, es una cuestión de interpretación judicial, cuya corrección o incorrección debe analizarse desde la perspectiva de la seguridad jurídica. Si como consecuencia de una nueva norma jurídica o social posterior al hecho se asigna a un elemento normativo del tipo un contenido que se traduce en un cambio perjudicial de la interpretación jurisprudencial hasta entonces existente, el nuevo criterio no puede aplicarse retroactivamente al caso sometido a juzgamiento ni a los hechos anteriores al cambio de criterio, por razones de seguridad jurídica, según lo venimos afirmando para las modificaciones jurisprudenciales desfavorables en general. En cambio, si la nueva norma jurídica o social posterior al hecho que se juzga no se traduce en una variación jurisprudencial perjudicial, la seguridad jurídica no se ve vulnerada. Ello puede deberse a que el juez tome en cuenta la nueva norma, pero ésta no le lleve a asignar al elemento normativo un contenido desfavorable, o bien, a que derechamente prescinda de dicha norma, o bien, a que no haya un verdadero cambio en la jurisprudencia.³⁰⁷

6. Ilustremos lo que acabamos de decir con un ejemplo. Supongamos que Juan contrata los servicios sexuales de una prostituta. Después de que ésta realiza su prestación, Juan rehúsa pagarle. Estos hechos tienen lugar en una época en la que los tribunales no los consideran constitutivos de delito de estafa, siguiendo la opinión doctrinal mayoritaria.³⁰⁸ Se lleva adelante igualmente una instrucción penal y, durante su desarrollo, se promulga una ley que proporciona un marco regulador a las prestaciones de servicios sexuales de quienes se dedican a la prostitución, de modo que ya no se considera ésta una actividad ilícita.³⁰⁹ En el proceso seguido

³⁰⁷ Por ejemplo, porque hasta entonces la jurisprudencia era contradictoria. Sobre esto último, *vid. infra* punto III.9.2.3, párrafos 16, 17 y 18.

³⁰⁸ Afirma que ésta es la tesis dominante, PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa* (Madrid, 2004), p. 70.

³⁰⁹ En Alemania, recientemente ha cambiado la valoración jurídico-civil de esta actividad. *Vid.* PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico...*, cit., p. 70, nota 68.

contra Juan el juez decide condenarle como autor de un delito de estafa. Para ello interpreta el elemento normativo "acto de disposición en perjuicio propio o ajeno", contenido en el art. 248.1 del Código Penal, a partir de una concepción económica del patrimonio. Y en apoyo de su argumentación acude a la normativa civil, posterior a los hechos, que regula la prostitución. Al adoptar esta decisión, el juez no estaría aplicando disposiciones inexistentes al tiempo de los hechos cometidos. Sólo estaría acudiendo a normas posteriores a ellos para interpretar un elemento normativo del tipo. Sin embargo, no podría hacerlo porque estaría modificando, en perjuicio de Juan, la interpretación jurisprudencial existente cuando los hechos tuvieron lugar. Vulneraría así la seguridad jurídica.

7. Sin embargo, no únicamente en los casos de tipos penales indeterminados, sino también en los de tipos que cumplen el principio de taxatividad, en nuestra opinión, debe proclamarse la prohibición de retroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables.³¹⁰ Ello, no sólo porque la moderna metodología jurídica enseña que "ya no se parte de la prohibición de que el juez desarrolle una labor creadora, de que no es posible aplicar el derecho sin un legítimo desarrollo continuador del derecho, de que, consecuentemente con ello, esa labor no es posible a través de silogismos formales y neutros, de que el catálogo de cánones de interpretación no es cerrado y de que el derecho presenta [...] elementos normativos, cláusulas generales y otros términos legales necesitados de concreción"³¹¹ —lo que implica el reconocimiento de que los jueces crean derecho—,³¹² sino

³¹⁰ Cfr. FRIGOLS I BRINES, *El principio de irretroactividad...*, cit., p. 115; CADOPPI, *Il valore del precedente nell diritto penale...*, cit., p. 160, señalando ambos que también en los casos de leyes penales taxativas puede presentarse el problema en análisis.

³¹¹ BALDÓ LAVILLA, "Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito", en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, cit., p. 359, quien recoge la denominada teoría del desarrollo continuador del derecho. *Vid.* también SILVA SÁNCHEZ / BALDÓ LAVILLA / CORCOY BIDASOLO, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte general* (2ª edición, Barcelona, 1997), pp. 73 y ss.

³¹² Así, entre otros, PECES BARBA, "La creación judicial del derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico", en *Poder Judicial*, N° 6, marzo de 1983, pp. 17 y ss., especialmente, pp. 22 y s.; REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción...*, cit., pp. 224 y ss.; OLLERO TASSARA, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, *Cuadernos y Debates*, N° 19 (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989), p. 34; DE VEGA RUIZ, "Sobre la retroactividad de las normas interpretativas y aclaratorias", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, N° 547, año XVI, 5 de marzo de 1962, p. 4; GRANDE, *Principio de legalidad e diritto giurisprudenziale...*, cit., pp. 129 y ss.

también porque en la interpretación y aplicación judicial de todo tipo penal debe observarse lo previsto en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta disposición señala que "la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales". Esto significa que la disposición del art. 9.3 de la Constitución, en la que se señala que se garantiza la seguridad jurídica, no es una declaración meramente programática, sino que debe recibir directa aplicación por los tribunales.³¹³ Y no dar a un cambio jurisprudencial agravatorio efecto retroactivo, es hacer aplicación del mencionado precepto constitucional, es cautelar la seguridad jurídica.

8. La denominada solución subjetiva del problema no es satisfactoria, porque recurrir a la figura dogmática del error de prohibición

Véase CÓRDOBA RODA, "Consideraciones sobre la jurisprudencia penal", en *Revista Jurídica de Cataluña*, Nº 1, 1974, p. 122: "lo que la sentencia aplica como precepto o conjunto de preceptos reguladores de los hechos, es algo más que Ley. En el complejo proceso dirigido a aplicar ésta a la realidad, los tribunales dan entrada, en efecto, a una serie de criterios decisorios que en buena parte no resultan, al menos directamente, del texto legal. [...] La doctrina y la jurisprudencia al llevar a cabo sus tareas de aplicación e interpretación de las normas legales, crean con harta frecuencia propias y verdaderas regulaciones cuyo nexo o relación con el texto legal es puramente mediata o, en rigor, inexistente" (las cursivas en el original). Vid. también GÓMEZ BENÍTEZ, "Seguridad jurídica y legalidad penal", en *Cuadernos de Derecho Judicial. Vinculación del juez a la ley penal* (Madrid, junio 1995), pp. 160 y ss., quien considera que la creación de Derecho a que dan lugar la interpretación y la aplicación de la ley al caso concreto, es una "realidad perversa" del principio de legalidad penal. Cfr. FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal...* cit., p. 196, afirmando que aun si se estimara correcta la tesis que plantea que los jueces no crean derecho, igualmente debería regir la prohibición de retroactividad para las variaciones jurisprudenciales perjudiciales.

³¹³ Cfr. la exposición de motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial: "Una de las características de la Constitución española es la superación del carácter meramente programático que antaño se asignó a las normas constitucionales, la asunción de una eficacia jurídica directa e inmediata y, como resumen, la posición de indiscutible supremacía de que goza en el ordenamiento jurídico. Todo ello hace de nuestra Constitución una norma directamente aplicable, con preferencia a cualquier otra" (párrafo IV, apartado 1º). "Se ratifica así la importancia de los valores propugnados por la Constitución como superiores, y de todos los demás principios generales del derecho que de ellos derivan, como fuente del derecho, lo que dota plenamente al ordenamiento de las características de plenitud y coherencia que le son exigibles y garantiza la eficacia de los preceptos constitucionales y la uniformidad en la interpretación de los mismos" (párrafo IV, apartado 3º).

no permite sortear con éxito todas las dificultades que se presentan. En primer lugar, esta forma de enfrentar el tema no soluciona los casos en que el autor tiene conocimientos jurídicos especiales que le permiten considerar ilícito el hecho que los tribunales estiman lícito.³¹⁴ En segundo término, acudir al error de prohibición sólo sirve cuando la jurisprudencia posterior declara delictiva una conducta que antes consideraba lícita, pero no cuando los tribunales ya la estimaban delictiva y la variación jurisprudencial agrava su penalidad.³¹⁵ Y en tercer lugar, de llevar a sus últimas consecuencias este planteamiento, se podría llegar, a *contrario sensu*, a que sólo podrían delinquir quienes conocieran las interpretaciones jurisprudenciales, porque si para excluir la pena, invocando error de prohibición, basta con que se alegue que la jurisprudencia estimaba lícita la conducta al momento de su realización, entonces únicamente podría considerarse que hay conciencia de la ilicitud respecto de quienes conozcan las orientaciones de la jurisprudencia,³¹⁶ lo cual excede con mucho las exigencias que la doctrina plantea para el conocimiento de la antijuridicidad.³¹⁷

9. No compartimos la opinión de quienes creen que extender la prohibición de retroactividad de la ley penal a las variaciones jurisprudenciales desfavorables implica, necesariamente, un abandono del mandato de determinación, al constatar el legislador que la ciudadanía se guiaría más por la jurisprudencia que por la ley misma. Observamos en dicha afirmación una velada subestimación de la capacidad y la voluntad del legislador. Éste no tendría por qué renunciar a su deber de formular las leyes penales con la mayor precisión posible. Más aún, no le estaría permitido hacerlo porque la Constitución se lo impediría, según lo ha señalado el Tribunal Constitucional al afirmar que las leyes penales deben ser:

"...concretas y precisas, claras e inteligibles, sin proclividad alguna a la incertidumbre, lo que se suele llamar *lex certa* y, también

³¹⁴ Cfr. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 203, nota 9; RUIZ ANTÓN, *El principio de irretroactividad...*, cit., pp. 105 y s.; SANGUINÉ, *Irretroactividad e retroactividad...*, cit., p. 153.

³¹⁵ Vid. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 203, nota 9; RUIZ ANTÓN, *El principio de irretroactividad...*, cit., p. 106; VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva...*, cit., pp. 119 y ss.; SANGUINÉ, *Irretroactividad e retroactividad...*, cit., p. 153.

³¹⁶ VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva...*, cit., pp. 117 y s.

³¹⁷ Cfr. FELIP I SABORIT, *Error iuris...*, cit., pp. 108 y ss.

académicamente, taxatividad, sin que sean admisibles formulaciones tan abiertas, por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador...”³¹⁸

Y los ciudadanos, igualmente, tendrían que seguir orientando sus comportamientos por las leyes, por dos motivos. En primer lugar, porque existen muchas situaciones reguladas por la ley en las que no ha habido pronunciamiento jurisprudencial alguno. Y en segundo término, porque aun en aquellos ámbitos legales en los que sí existe jurisprudencia, es la ley la que da la primera pauta acerca de qué es lo prohibido y qué lo permitido. Sólo después de consultar la ley, tiene sentido revisar la jurisprudencia para saber cómo interpretan los tribunales los preceptos legales.

10. Tampoco compartimos la afirmación que sostiene que extender la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia importaría una petrificación o paralización de esta última. Desde luego, estamos de acuerdo en que la actividad jurisprudencial es retrospectiva por esencia, porque busca correspondencia entre hechos anteriores a su conocimiento y resolución y el ordenamiento jurídico.³¹⁹ Sin embargo, esta constatación no impide que pueda aplicarse la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia.³²⁰ Cuando se propone esto no se está pensando en quitar a la jurisprudencia su carácter retrospectivo —lo que sería imposible—, sino sólo en evitar que a los hechos juzgados se les aplique un criterio más gravoso que el que los tribunales manejaban al momento de su realización —lo cual sí es posible—.³²¹ En palabras de JAKOBS, “cuando en contra [de la aplicación de la

³¹⁸ STC 34/1996, de 11 de marzo (f. j. 5º).

En el caso de Chile, tampoco podría el legislador renunciar al mandato de determinación, porque el párrafo 8º del art. 19 Nº 3 de la Constitución establece que la conducta punible debe estar “expresamente descrita” en la ley. Véase su texto en anexo incluido al final de este trabajo.

³¹⁹ Así, CARNELUTTI, *Retroattività penale*, cit., p. 93; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale...*, cit., p. 120; SANGUINETI, *Irretroattività e retroattività...*, cit., p. 156; HALL, *General principles of criminal law* (2ª edición, Indiana, 1960), p. 61; EL MISMO, *Nulla poena sine lege*, cit., p. 171.

³²⁰ Vid., en el sentido del texto, NEUMANN, *¿Pueden tener los cambios jurisprudenciales...?*, cit., pp. 110 y s.; BOURIN, *Echec aux conséquences funestes...*, cit., p. 599.

³²¹ Cfr. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., pp. 185 y s., quien afirma que el cambio perjudicial de una orientación jurisprudencial es una forma de retroactividad “oculta” en materia penal. En igual sentido, EL MISMO, *Il valore del precedente nel diritto penale...*, cit., p. 119.

prohibición de retroactividad a la jurisprudencia] se señala que el acto de conocimiento judicial es retrospectivo por necesidad y referido al caso concreto, tal caracterización no da cuenta de la misión de la jurisprudencia de juzgar cada caso sistemáticamente, es decir, de modo adecuado axiológicamente a todos los demás casos posibles, incluidos aquellos que se esperan en el futuro”.³²² Dentro de esta misión es imaginable extender a la jurisprudencia la prohibición de retroactividad. Así entendida la prohibición de retroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables que proclamamos, no se deriva de ella una paralización de la jurisprudencia. Porque si lo que ésta quiere es aplicar retroactivamente al hecho que juzga un criterio más benigno que el que manejaba al momento de su realización, no tendrá problemas para hacerlo. Y si lo que desea es establecer un criterio más gravoso que el que aplicaba en la época en que el hecho fue realizado, podrá también hacerlo, pero sin aplicarlo retroactivamente para el hecho sometido a su decisión, sino declarando el cambio de criterio para ser aplicado a casos futuros.³²³ En otras palabras y citando a RUIZ ANTÓN, “no quiere decir que se niegue la facultad de modificar de opinión a los tribunales de justicia, sino que tan sólo se está pidiendo que un cambio jurisprudencial agravatorio no pueda tener carácter retroactivo, porque lesiona la garantía constitucional de seguridad jurídica”.³²⁴

11. Con todo, reconocemos que existen algunos inconvenientes de orden procesal que dificultan la implementación de sentencias con cláusulas del tipo “*von nun an*” (De ahora en adelante). Es verdad que los arts. 142 regla 4ª párrafo 5º y 742 de la Ley de enjuiciamiento criminal mencionan, como únicas posibilidades de una sentencia, la condena o la absolución, sin aludir a una eventual cláusula de la mencionada clase para los casos en que se establezca un criterio jurisprudencial más perjudicial que el vigente al momento de realización del hecho juzgado.³²⁵ Sin embargo, a nuestro juicio eso no

³²² JAKOBS, *Derecho penal. Parte general...*, cit., pp. 126 y s., para quien, sin embargo, a la jurisprudencia no le afecta ninguna prohibición de retroactividad.

³²³ Así, VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 333.

³²⁴ RUIZ ANTÓN, *El principio de irretroactividad...*, cit., p. 107.

³²⁵ Lo mismo sucede en el caso de Chile. En efecto, los arts. 500 Nº 7 y 501 del Código de Procedimiento Penal y 342 letra e) y 343 del Código Procesal Penal sólo aluden a la condena o la absolución, sin contemplar la posibilidad de introducir una cláusula como la señalada en el texto. Sin embargo, también es cierto que el art. 500 Nº 6 del Código de Procedimiento Penal alude a “los principios jurídicos

impide la posibilidad de comenzar a introducir ese tipo de cláusulas en las sentencias. Ello porque, de conformidad con lo previsto en el ya citado art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los tribunales deben interpretar y aplicar las mencionadas disposiciones de la Ley de enjuiciamiento criminal según los preceptos y principios constitucionales, uno de los cuales es el art. 9.3, que garantiza la seguridad jurídica. En uso de tal interpretación y aplicación acorde con los preceptos y principios constitucionales, que impone dar vigencia práctica a la seguridad jurídica, estimamos que los jueces están facultados –y obligados– para introducir cláusulas de la mencionada clase. Si se trata de sancionar un hecho que al momento de su realización era considerado delictivo por la jurisprudencia y hay ahora un nuevo criterio más gravoso para su penalidad, no habría problema en utilizar una cláusula “*von nun an*”. El hecho juzgado se sancionaría conforme al criterio vigente al tiempo de su realización y en la sentencia se incluiría una cláusula de este tipo, anunciando el nuevo criterio para casos cometidos después del cambio jurisprudencial. No lo impediría la circunstancia de que en la legislación procesal no se haga mención a esta clase de cláusulas –cuya introducción vendría impuesta por mandato constitucional–, ya que de todas maneras habría una condena. Y si se trata de un hecho que al momento de su realización no era considerado delito por los tribunales, pero que al momento de su juzgamiento sí es estimado así, tampoco habría impedimento para usar una cláusula “*von nun an*”. La sentencia tendría que absolver e insertar una cláusula de esta clase, conteniendo el nuevo criterio a aplicar a los casos de la misma naturaleza posteriores al cambio jurisprudencial. Se satisfaría así la exigencia procesal de que toda sentencia contenga una decisión de condena o absolución y se cumpliría el mandato constitucional de cautelar la seguridad jurídica.³²⁶

en que se funda el fallo” y que el art. 342 letra d) del Código Procesal Penal hace referencia a “las razones [...] doctrinales que sirven [...] para fundar el fallo”. En nuestra opinión, podría invocarse como principio jurídico o razón doctrinal, la seguridad jurídica –que indudablemente forma parte del ordenamiento jurídico chileno, al inspirar muchas de sus instituciones–, para negar aplicación retroactiva a un cambio jurisprudencial desfavorable. Véase el texto de estas disposiciones en anexo incorporado en la parte final de este trabajo.

³²⁶ Cfr. BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial...*, cit., pp. 115 y ss., manifestándose a favor de la posibilidad de dar carácter sólo prospectivo a las resoluciones que

12. Por otra parte, la posibilidad de extender la prohibición de retroactividad de la ley penal a las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo, encuentra una importante forma de operar a través del recurso a la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 2 del Código Penal.³²⁷ Se trata de acudir a la denominada analogía *in bonam partem* para aplicar la prohibición de castigar como delito un hecho que no esté previsto como tal en una ley anterior a su realización y la prohibición de castigar un delito con pena que no se halle prevista en una ley anterior a su perpetración, contenidos en los arts. 1.1 y 2.1 del señalado Código, a los casos en que no exista, antes del momento de realización del hecho que se juzga, una jurisprudencia que lo castigue o que lo haga de la manera en que se pretende hacerlo.³²⁸ Como veremos más adelante, es éste un mecanismo del que se ha valido el Tribunal Supremo para aplicar retroactivamente variaciones jurisprudenciales favorables al reo,³²⁹ por lo que no existirían inconvenientes para utilizarlo también en esta materia.³³⁰

cambian el criterio hasta entonces seguido por la jurisprudencia. Esta posibilidad existe en las legislaciones del sistema del *Common law*. Vid. GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale...*, cit., pp. 141 y ss. Véase, sin embargo, FRIGOLS I BRINES, *El principio de irretroactividad...*, cit., pp. 248 y s., quien precisa que esta posibilidad, que identifica con la figura del *prospective overruling*, no existe en todos los países del sistema del *Common law*, sino sólo en los Estados Unidos.

³²⁷ Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva...*, cit., p. 127.

³²⁸ En Italia, RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole...*, cit., p. 251, se opone a realizar esta aplicación analógica, a partir del art. 2 del Código Penal y del art. 25.2 de la Constitución de dicho país, por considerar insuperable la diferencia existente entre la ley –que es fuente del derecho– y la jurisprudencia, que no lo sería.

³²⁹ VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva...*, cit., p. 127.

³³⁰ Algunos autores sostienen la improcedencia de la analogía, aun la *in bonam partem*, por infringir el art. 4 del Código Penal español. Sobre el tema, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 124 y s.

En Chile, la doctrina se encuentra dividida en esta materia. A favor de la admisibilidad de la analogía favorable se hallan CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, cit., t. I, pp. 181 y ss.; POLLITOFF LIFSCHITZ / MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, cit., p. 100. En contra, ETCHEBERRY, *Derecho penal. Parte general*, cit., t. I, p. 114. NOVOA MONREAL, *Curso de derecho penal chileno*, cit., t. I, pp. 152 y ss., afirma que no es totalmente contrario, pero después de analizar caso por caso concluye casi negándole toda aplicación práctica. La jurisprudencia chilena, por su parte, tradicionalmente se ha opuesto a darle cabida. Sin embargo, la Corte Suprema, en una interesante sentencia de 15 de abril de

13. Otra herramienta que puede ser utilizada consiste en interponer un recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales, si en una sentencia se aplica retroactivamente un nuevo criterio jurisprudencial más gravoso, de acuerdo con lo previsto en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Para eso sería necesario fundar el recurso, básicamente, en el art. 9.3 de la Constitución, por ser éste el precepto constitucional que garantiza la seguridad jurídica, valor que se conculcaría con dicha aplicación retroactiva.

14. También se puede acudir, para fundamentar la extensión del principio de irretroactividad de la ley penal a los cambios jurisprudenciales, a la idea –que algunos han planteado– de que la ley y la interpretación jurisprudencial de ella forman un todo inseparable llamado norma. Si la jurisprudencia cumple el rol complementador del ordenamiento jurídico que le asigna el art. 1.6 del Código Civil, a través de la interpretación de la ley penal (y en materias no penales, de la costumbre y de los principios generales del derecho), entonces puede sostenerse que el ordenamiento jurídico está incompleto si no se le interpreta judicialmente; la norma jurídica se completa con su interpretación. En palabras de ROCA TRIÁS, “se puede llegar a afirmar que si la jurisprudencia completa la norma con la interpretación, de modo que la norma no es sólo la prevista en la fuente sino ésta unida a su interpretación a través de la jurisprudencia, se llega a la conclusión de que el significado de la norma está en la concreta interpretación que se realiza [...]”. Tenemos entonces la norma formada por dos elementos: la ley propiamente dicha (y/o la costumbre y los principios generales del derecho) y la interpretación jurisprudencial de esta ley. A partir de aquí, sólo existe un paso para afirmar que la norma no debe buscarse sólo en el derecho positivo vigente, sino que debe completarse con la interpretación ofrecida por los tribunales. Aquello que se aplicará será el conjunto formado por *ley + interpretación = norma*, en definitiva, el

1999, la acogió para aplicar lo dispuesto en el art. 509 del Código de Procedimiento Penal en lugar del art. 75 del Código Penal, por haber resultado más beneficioso para el condenado en el caso de que se trataba (puede verse la sentencia en www.diarioficial.cl/actualidad/relacion/jurcomentada/uahfallo2.htm). Si esta sentencia representa el comienzo de una generalizada aceptación por la jurisprudencia de la analogía *in bonam partem*, podría usarse este proceder para aplicar la prohibición de castigar un delito con pena que no esté señalada en una ley anterior a su perpetración, contenida en el art. 18 del Código Penal, a los casos en que, al momento del hecho, la jurisprudencia no castigue conductas como la realizada o no lo haga con la severidad con que se pretende hacerlo. Véase el texto de las disposiciones chilenas citadas en anexo incluido al final de este trabajo.

derecho”³³¹. Esta forma de razonar podría ser utilizada, entendiendo que cuando el art. 25.1 de la Constitución habla de legislación, se alude a legislación interpretada y que cuando su art. 9.3 se refiere a disposiciones sancionadoras, se quiere significar también disposiciones interpretadas.³³² De esta forma, se dotaría de irretroactividad a las variaciones jurisprudenciales desfavorables y se cautelaría la seguridad jurídica, valor que el último precepto constitucional citado menciona inmediatamente después de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, como objetos de protección.³³³

15. Finalmente, puede también acudirse al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando infracción del art. 7.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. En efecto, en su sentencia de 24 de abril de 1990 (*Kruslin contra Francia*), el tribunal consideró que el citado artículo no sólo se opone a la aplicación de la ley penal a hechos anteriores a su entrada en vigor, sino también a la aplicación de un nuevo criterio jurisprudencial imprevisible y más gravoso que el vigente al tiempo de los hechos. Para ello tuvo en cuenta, entre otras cosas, que la mencionada disposición no emplea la voz “ley”, sino la locución “derecho”, lo que comprendería la jurisprudencia.³³⁴

³³¹ ROCA TRIÁS, “Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, año 1986, N° 4, pp. 30 y s. (las cursivas en el original). Parecido, GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo...*, cit., p. 74, quien señala que “hoy casi nadie duda de que la norma realmente no existe (al menos funcionalmente, es decir, como célula del sistema de control social), hasta que su significado se convierte en regla dirimente de conflictos sociales, o lo que es lo mismo, hasta que es aplicada”. Similar, PARODI GIUSINO, “Effetti della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi penali”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982, pp. 939 y s. En contra, BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial...*, cit., pp. 26 y s.

³³² Cfr. FRÍGOLS I BRINES, *Fundamentos...*, cit., pp. 369 y ss., quien, sobre la base de distinguir entre formulaciones normativas –o enunciados legales– y normas –o significados atribuidos a las formulaciones normativas mediante su interpretación–, y reconocer que el sistema jurídico varía cuando cambian los significados que se atribuyen a las formulaciones normativas, defiende la aplicación del art. 25.1 de la Constitución a las variaciones jurisprudenciales desfavorables.

³³³ La misma argumentación podría utilizarse en Chile para afirmar que cuando la Constitución, en su art. 19 N° 3, párrafo 7°, y el Código Penal, en su art. 18 párrafo 1°, aluden a una ley promulgada –entiéndase vigente– con anterioridad a la perpetración del hecho, se quiere significar una ley interpretada con anterioridad al hecho. Véase el texto de estas disposiciones en anexo al final de este trabajo.

³³⁴ Vid. BOURIN, *Echec aux conséquences directes...*, cit., pp. 601 y ss. También RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole...*, cit., p. 255,

16. Cuando se proclama –como lo hacemos nosotros– la extensión de la prohibición de retroactividad de la ley penal a las variaciones jurisprudenciales perjudiciales al reo, surge el problema de determinar si es procedente la prohibición sólo cuando ha habido jurisprudencia constante o también cuando ha existido jurisprudencia contradictoria.³³⁵ En nuestra opinión, para responder a esta interrogante hay que tener en cuenta el fundamento de la aplicación de la prohibición de retroactividad a los cambios jurisprudenciales desfavorables. Si se afirma que el fundamento es el mismo que el de la prohibición de retroactividad de la ley penal, es decir, la seguridad jurídica, entonces a la pregunta debe responderse que sólo es procedente aplicar la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia cuando ésta ha sido constante, porque únicamente frente a una jurisprudencia de esta clase es posible para los ciudadanos tener confianza en una determinada interpretación del texto legal acerca de cuál es la conducta que se sanciona y con qué pena. Sólo frente a una jurisprudencia uniforme puede existir seguridad jurídica.³³⁶ En todo caso, no creemos que pueda sostenerse que haya una jurisprudencia constante y uniforme cuando se ha dictado sólo una sentencia.³³⁷ Por el contrario, si la jurisprudencia es contradictoria, los ciudadanos no pueden tener confianza en una determinada forma de interpretar la ley, razón por la cual no podrían existir expectativas que se vean defraudadas en caso de que después se aplique retroactivamente uno de los criterios jurisprudenciales que estaban en debate al momento

sugiere seguir este camino. Véase el texto de la citada disposición más arriba, en capítulo II, nota 62.

³³⁵ Cfr. esta interrogante en MADRID CONESA, *El principio...*, cit., pp. 16 y ss.

³³⁶ Cfr. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale...*, cit., pp. 318 y s., quien señala que sólo cuando existe una jurisprudencia uniforme tiene sentido pensar que un cambio jurisprudencial puede equivaler a una modificación legislativa.

Por otro lado, algunos autores exigen que la interpretación judicial constante se mantenga así durante un período largo de tiempo. Así, VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 333, quien propone considerar el tiempo que el ordenamiento penal exige que transcurra para la prescripción de los delitos.

³³⁷ Así, SANGUINÉ, *Irretroactividade e retroactividade...*, cit., p. 164. En contra, SCHREIBER, "Rückwirkungsverbot bei einer Aenderung der Rechtsprechung im Strafrecht?", en *Juristenzeitung*, 1973, p. 718, citado por MADRID CONESA, *El principio...*, cit., p. 17. Por su parte, cuando el art. 1.6 del Código Civil reconoce la función complementadora del ordenamiento jurídico que tiene la jurisprudencia, hace referencia a la doctrina que el Tribunal Supremo establece, "de modo reiterado".

de realización del hecho que se juzga. En estricto rigor, en este último caso no podría hablarse de una verdadera aplicación retroactiva de una variación jurisprudencial, porque no habrá habido un cambio en la jurisprudencia, sino sólo la aplicación de un criterio que ya era observado, aunque no unánimemente, por los tribunales a la época de realización del hecho juzgado.

17. Sin embargo, a nuestro juicio podría aplicarse excepcionalmente la prohibición de retroactividad a los cambios jurisprudenciales, en una hipótesis de jurisprudencia que sea contradictoria al momento de realización del hecho. Ello se podría producir, no cuando lo que se aplique sea uno de los criterios que ya algunos tribunales observaban al momento del hecho –por las razones arriba apuntadas–, sino cuando tenga lugar una nueva forma de interpretación o aplicación de la ley más gravosa que aquellas que estaban en contradicción a la época de realización de la conducta juzgada. Utilicemos como ejemplo el desaparecido delito complejo de robo con homicidio, previsto en el art. 501 del derogado Código Penal de 1973, imaginando que aún existe esta figura.³³⁸ Supongamos que frente a la conducta de un robo, con motivo o con ocasión del cual se producen varias muertes, la jurisprudencia es contradictoria porque se debate entre dos formas de sancionar el hecho: considerar un único delito de robo con homicidio, sin tener en cuenta el número de muertos, o bien, tomar en consideración una de las víctimas mortales para calificar el hecho como robo con homicidio, dando lugar las demás muertes a otros delitos de homicidio.³³⁹ Imaginemos que la jurisprudencia únicamente se debate entre estas dos posibles formas de sancionar dicha conducta. Tanto así que en los ciudadanos se ha generado la expectativa de que si realizan esa conducta, sólo podrán ser sancionados de una de esas dos maneras. Y con ocasión del juzgamiento de un hecho de esta naturaleza, realizado durante el período en que la jurisprudencia se debatía entre estas dos formas posibles de sancionarlo, se introduce un nuevo criterio de punición más gravoso, conforme al cual se consideren tantos robos con homicidio como personas a quienes se les quita la vida. En nuestra

³³⁸ Si bien en España esta figura ha desaparecido, en Chile continúa existiendo, estando regulada en el art. 433 N° 1 del Código Penal de este país. Véase su texto en anexo de disposiciones chilenas citadas, en la parte final de este trabajo.

³³⁹ Cfr. la evolución jurisprudencial en la forma de sancionar el desaparecido delito de robo con homicidio, en SUÁREZ COLLÁ, *El principio de irretroactividad...*, cit., pp. 66 y s.; VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva...*, cit., pp. 144 y s.

opinión, en un caso como éste es procedente aplicar la prohibición de retroactividad para el nuevo criterio jurisprudencial, a pesar de que al momento del hecho existía jurisprudencia contradictoria, porque sería la única forma de cautelar la seguridad jurídica, que de otro modo se conculcaría.

18. Otras interrogantes que surgen cuando se propone extender la prohibición de retroactividad a las variaciones jurisprudenciales desfavorables son las relativas a determinar si la extensión alcanza a cualquier tribunal o sólo a la jurisprudencia sentada por tribunales superiores, y a precisar si debe exigirse alguna importancia a la variación jurisprudencial o si basta cualquier cambio, por insignificante que sea. Creemos que la solución a dichos problemas también debe buscarse en el fundamento del principio de irretroactividad en materia penal. Si su basamento es la seguridad jurídica, entonces la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales debe predicarse para cualquier variación de jurisprudencia que pueda conculcar dicho valor en caso de aplicarse retroactivamente, sin distinción de tribunales.³⁴⁰ Naturalmente, es más fácil que la seguridad jurídica se vulnere cuando el cambio afecta a la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo.³⁴¹ Pero no es posible descartar que ocurra lo mismo cuando la variación opere en la jurisprudencia dictada por el resto de los tribunales, por lo que la prohibición de retroactividad debe aplicarse sin distinciones. El mismo camino debe seguirse para resolver la segunda cuestión. Debe tenerse a la vista la seguridad jurídica. Si ésta se afectare con la aplicación retroactiva de la nueva forma de interpretar o aplicar la ley, entonces cobrará fuerza la prohibición de retroactividad, cualquiera sea la magnitud

³⁴⁰ Así, MATTIL, "Zeit und materielles Strafrecht", en *Goldsamers Archiv*, 1965, p. 350; CROSS, *Rückwirkungsverbot und richterliche Taubstehensauslegung im Strafrecht* (Freiburg i. Br., 1969), p. 137; KOHLMANN, *Der Begriff...*, cit., p. 290; HAFKE, *Das Rückwirkungsverbot des art. 103 II bei Änderung der Rechtsprechung zum materiellen Recht, zugleich ein Beitrag zum Problem des Strafbarheitsbewusstseins* (Göttingen, 1970), p. 228; todos citados por MADRID CONESA, *El principio...*, cit., pp. 16 y s. En contra, NEUMANN, *¿Pueden tener los cambios jurisprudenciales...*, cit., p. 117, afirmando que la prohibición de retroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables sólo sería aplicable si el nuevo criterio más perjudicial difiere de la jurisprudencia sentada por tribunales superiores que, en el caso alemán, serían los tribunales superiores de un Estado federal y el Tribunal Supremo federal.

³⁴¹ Además, debe tenerse presente que el art. 1.6 del Código Civil español al señalar que "la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico", alude a "la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo".

del cambio. Lo decisivo no es determinar si la variación de criterio se considera nimia o importante, sino si su aplicación retroactiva conculca la seguridad jurídica o no.

19. Sin embargo, la tesis que propone extender la prohibición de retroactividad penal a las variaciones jurisprudenciales desfavorables no ha encontrado respaldo en la jurisprudencia de los tribunales españoles.³⁴² El Tribunal Supremo se ha encargado de manifestar que el principio de irretroactividad es aplicable sólo a la ley y no a la jurisprudencia. Así, por ejemplo, en su sentencia de 11 de mayo de 1994, ponente Enrique Bacigalupo Zapater, declaró que:

"...se debe recordar que el principio de legalidad (art. 25.1 CE) no garantiza la irretroactividad de la jurisprudencia, sino la de las leyes. [...] La aplicación de la ley vigente en el momento del hecho [...] es lo garantizado por la prohibición de retroactividad de las leyes. Por lo demás, los cambios jurisprudenciales no vulnieran el art. 24 CE cuando son razonados y fundamentados..." (fundamento jurídico 8º).³⁴³

Por otro lado, en su sentencia de 2 de julio de 1994, ponente Ramón Montero Fernández-Cid, señaló que:

"...nunca cabe 'aplicar', en el riguroso sentido del término, el artículo 24 del Código Penal a un cambio interpretativo derivado de la jurisprudencia. La retroactividad comporta siempre, de un lado, la existencia de dos normas y, de otro, su sucesión en el tiempo; y el órgano jurisdiccional, al que se encomienda una simple aplicación de la norma en los artículos 117 de la CE y 2.1 de la LOPJ, cuando elige la norma aplicable dentro de tal sucesión temporal, no compara una norma legal con un criterio jurisprudencial, sino que elige, dentro de tal pluralidad normativa, la que estima más beneficiosa para el reo. Lo que, obviamente, no es nunca trasladable a la interpretación jurisprudencial de las normas, pues la jurisprudencia nunca puede cambiar su sentido, al no ser -y mucho menos en materia penal- fuente jurídica creativa. Si se 'aplica' una norma en el momento del enjuiciamiento mediante una determinada interpretación modulada por los

³⁴² En Italia, la situación es similar. Pero en una sentencia de 14 de febrero de 1994, la *Corte di Cassazione* admitió la imposibilidad de aplicar una orientación jurisprudencial más severa, en materia penal, a un hecho realizado antes de su advenimiento. Cfr. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 334.

³⁴³ RJ 1994\3687.

criterios establecidos en el artículo 3.1 del Código Civil distinta a la anteriormente establecida jurisprudencialmente, tal aplicación no se verifica retroactivamente, sino a través de un cambio jurisprudencial precisado –según se explicó– de razonamiento o motivación...” (fundamento jurídico 2º).³⁴⁴

Y en un auto de 12 de noviembre de 1997, ponente José Augusto de Vega Ruiz, reiteró que:

“...el principio de legalidad no garantiza la irretroactividad de la jurisprudencia, sino de las leyes, por lo que no resulta prohibida la aplicación de criterios desfavorables derivados de cambios jurisprudenciales razonados y fundamentados...” (fundamento jurídico único).³⁴⁵

Esto lo volvió a repetir en su auto de 14 de octubre de 1998, ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón (fundamento jurídico único)³⁴⁶ y en sus sentencias de 20 de marzo de 1998, ponente José Jiménez Villarejo (fundamento jurídico 1º),³⁴⁷ de 20 de marzo de 1998, ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón (fundamento jurídico único)³⁴⁸ y de 13 de abril de 1998, ponente Adolfo Prego de Oliver y Tolivar (fundamento jurídico 3º).³⁴⁹ Por otra parte, el Tribunal Constitucional, aludiendo a este tema, pero en su vinculación con la igualdad ante la ley, manifestó en su ATC 674/1988, de 23 de mayo, que:

no es discriminatoria la desigualdad “que deriva de un cambio de orientación jurisprudencial en la aplicación de las normas jurídicas por los órganos judiciales competentes, siempre que dicho cambio se funde en una nueva interpretación razonable y no arbitraria de las mismas, ya que el derecho a la igualdad debe cohererse con la exigencia de respeto a la independencia de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus funciones propias y exclusivas, y no puede tener como efecto impedir cualquier evolución jurisprudencial” (fundamento jurídico 2º).

20. Como puede desprenderse del examen de la jurisprudencia extractada, el principio de irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo no parece ser algo más que

³⁴⁴ RJ 1994/5562.

³⁴⁵ RJ 1997/8405.

³⁴⁶ RJ 1998/8560.

³⁴⁷ RJ 1998/2018.

³⁴⁸ RJ 1998/2020.

³⁴⁹ RJ 1998/4019.

un mero anhelo de un sector de la doctrina que no tiene visos de convertirse en realidad, al menos a corto plazo. En consecuencia, mantiene pleno valor la afirmación de COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, quienes señalan que “sería conveniente que los tribunales y la doctrina española reflexionasen profundamente sobre él [el mecanismo de solución del problema de la prohibición de retroactividad de los cambios jurisprudenciales, que se acepta mayoritariamente, consistente en acudir al error de prohibición], con el fin de hallarle la solución más acorde con la seguridad jurídica”.³⁵⁰ Sin embargo, no debe cundir el pesimismo. Creemos que, tarde o temprano, se llegará a aceptar la irretroactividad de las modificaciones jurisprudenciales perjudiciales. Un indicio de que esto ocurrirá se encuentra en el Corpus Juris para la protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea, en su versión del año 2000 acordada en Florencia. Dentro de sus principios rectores, al regularse lo relativo al principio de legalidad, se ha dispuesto que “los cambios interpretativos no serán admisibles cuando no hubieran sido razonablemente previsibles”.³⁵¹ Esto es distinto del criterio tradicional de la jurisprudencia española, que pone el acento en la exigencia de razonabilidad del cambio interpretativo. El Corpus Juris va más allá y exige previsibilidad –también razonable– de dicho cambio. Esta exigencia no significa la irretroactividad de la variación jurisprudencial, pero se acerca bastante a ella, porque la idea de previsibilidad apunta, precisamente, al fundamento del principio de irretroactividad penal, es decir, a la seguridad jurídica.³⁵² Si no fuera previsible la calificación jurídica de sus actuaciones, las personas no podrían saber a qué atenerse en el mundo del derecho. Nos parece que es éste un paso adelante en la dirección correcta.

³⁵⁰ COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 203, nota 9.

³⁵¹ Cf. DELMAS-MARTY / VERVAELE (eds.), *Un derecho penal para Europa. Corpus Juris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios* (edición a cargo de Enrique Bacigalupo y María Luisa Silva Castaño, Madrid, 2004), p. 21.

³⁵² Lo reconoce RIONATO, “Legalità penale versus prevedibilità delle nuove interpretazioni. Novità dal Corpus Juris 2000”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, N° 40, 2000-4, p. 972.