

¿IRRETROACTIVIDAD DE LAS VARIACIONES JURISPRUDENCIALES DESFAVORABLES EN MATERIA PENAL?*

GUILLERMO OLIVER CALDERÓN
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

Se discute en la doctrina la posibilidad de extender la prohibición de retroactividad de la ley penal a las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo, que conduzcan a sancionar hechos que, al momento de su realización, no eran castigados por los tribunales o no lo eran con la severidad con que se pretende hacerlo al tiempo de su juzgamiento. A favor de dicha posibilidad se han esgrimido argumentos de carácter metodológico jurídico, sociológico-jurídico, histórico-político y razonamientos que apuntan al fundamento de la existencia del principio de irretroactividad de las leyes penales. En con-

ABSTRACT

In the doctrinal writings, the possibility of extending the ban on retroactivity of the penal law to judicial practice variations —that are unfavorable to the criminal and that lead to punishing incidents which, at the moment of their occurrence, were not severely penalized or were not penalized at all by the courts the way it was intended at the time of their trial— is discussed. In favor of such a possibility, some arguments of a methodological-juridical, sociological-juridical, historical-political nature have been put forward, as well as claims that aim at grounds for the existence of the irretroactivity principle in the penal laws.

* El presente trabajo fue realizado con ocasión de una de las asignaturas del Programa de Doctorado en Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, bienio 2000-2002, que cursamos, por lo que las citas legales y constitucionales en él contenidas se refieren al ordenamiento jurídico español y la jurisprudencia analizada corresponde también a tribunales españoles. No obstante, pensamos que el tema, escasamente desarrollado por la doctrina penal chilena y, hasta el momento, no planteado en la jurisprudencia de los tribunales nacionales, justifica su difusión, atendida su relevancia y la posibilidad de su discusión en el país. Sin perjuicio de ello y para facilitar la tarea al lector, hemos transcrito a pie de página las disposiciones legales y constitucionales españolas a que se hace alusión. Asimismo, cuando lo hemos estimado pertinente, hemos agregado, también a pie de página, un breve comentario referido a la situación chilena.

tra, se han invocado, entre otras razones, la literalidad del Derecho positivo, aspectos de metodología jurídica, inconvenientes procesales y el abandono del principio de taxatividad y la paralización de la jurisprudencia que ello supondría. El autor se hace cargo de cada uno de estos argumentos, para concluir que no sólo resulta posible, sino también necesario aplicar la prohibición de retroactividad a los cambios jurisprudenciales desfavorables, pudiendo para ello utilizarse la analogía *in bonam partem*. Asimismo, analiza el alcance que debe darse a esta extensión del principio de irretroactividad y constata la negativa de la jurisprudencia para aceptarla.

PALABRAS CLAVES: Irretroactividad, Retroactividad, Efecto retroactivo, Jurisprudencia, Legalidad, Ley penal desfavorable, Ley penal favorable, Variación jurisprudencial, Cambio jurisprudencial, Metodología jurídica, Mandato de determinación, Principio de taxatividad, Error de prohibición, Seguridad jurídica, Analogía, Analogía *in bonam partem*.

Against it, literality of the substantive law, some aspects of juridical methods, drawbacks pertaining to lawsuits, the abandonment of the restrictivity principle, and the stay of proceedings that the above would mean, have been cited among other reasons. The article discusses each of these arguments and concludes that it is not only possible, but also necessary, to enforce the retroactivity ban upon unfavorable judicial practices, whereby the *in bonam partem* analogy can be employed. Likewise, an analysis of the scope that should be given to the extension of this irretroactivity principle and a reference to the refusal of the judicial practice to accept it are presented.

KEY WORDS: Irretroactivity, retroactivity, retroactive effect, judicial practice, legality, unfavorable penal law, favorable penal law, variation on judicial practice, change in judicial practices, juridical methods, mandate of determination, restrictivity principle, error in banning, juridical security, analogy, *in bonam partem* analogy.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de legalidad penal, tradicionalmente expresado a través de la conocida máxima latina *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, atribuida a Feuerbach, da lugar a las denominadas garantías del principio de legalidad, criminal (el delito debe estar señalado por la ley), penal (la pena también debe estar indicada en la ley), jurisdiccional (la existencia del delito y la imposición de la pena deben determinarse por sentencia judicial, previa tramitación de un procedimiento legal) y de ejecución (la pena debe ejecutarse en la forma señalada por la ley). Para cumplir tales garantías, la ley que las ofrezca debe, además de reunir ciertas características –como ser escrita, lo que excluye la costumbre como fuente directa de Derecho penal (*lex scripta*) y redactada con precisión, lo que excluye la aplicación de la analogía e impone el respeto del principio de taxatividad o mandato de determinación (*lex stricta*)¹ –, ser anterior al delito (*lex praevia*). En esto último consis-

¹ Así, en lo que respecta a la *lex stricta* y su contenido: RODRÍGUEZ MOURULLO, *Principio de legalidad*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Barcelona, 1971), XIV, p. 888; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General* (6ª edición, Barcelona, 2002), pp. 112 y s.; EL MISMO, *Introducción a las bases del Derecho Penal* (Barcelona, 1976), p. 145. Sin embargo, algunos autores derivan el mandato de determinación de la exigencia de una *lex*

te el llamado principio de irretroactividad de la ley penal. Ningún delito puede ser castigado si no está previsto como tal en una ley anterior a su comisión ni puede sancionarse con una pena que no se encuentre señalada en una ley anterior a su perpetración. Sin embargo, puede aplicarse retroactivamente la ley penal cuando ello resulte beneficioso para el reo².

En relación con el tema de la irretroactividad de la ley penal desfavorable, se ha planteado el interesante problema de determinar si las variaciones jurisprudenciales perjudiciales al reo, posteriores a la comisión del delito, están o no sujetas al régimen general de la irretroactividad. El objetivo de este trabajo es hacer un análisis más bien descriptivo de tal problema, señalando las distintas posturas que en la doctrina y en la jurisprudencia se han propuesto para solucionarlo, sin perjuicio de entregar nuestra opinión en algunos aspectos que nos merezcan comentario o crítica.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Puede suceder que una persona realice una conducta que hasta ese momento no es considerada delictiva por la jurisprudencia, y que con posterioridad

certa (hecha por JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición, trad. Manzanares Samaniego, Granada, 1993, p. 122), reservando la noción de *lex stricta* para la prohibición de aplicación de la analogía. Vid. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal* (trad. Muñoz Conde - Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984), pp. 314 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal* (3ª edición, Valencia, 1993), p. 281.

² Cfr. arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución española, 1 y 2 del Código penal español. Asimismo, cfr. arts. 19 N° 3 inc. 7° de la Constitución chilena y 18 del Código penal chileno. En la doctrina, por todos, COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General* (5ª edición, Valencia, 1999), pp. 193 y ss. Art. 9.3 de la Constitución española: “*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”. Art. 25.1 de la Constitución española: “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”. Art. 1 del Código penal español: “*1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración. 2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley*”. Art. 2 del Código penal español: “*1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad. 2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario*”.

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 penal³, por estimárselo un atentado contra la libertad sexual. O bien, imaginemos como ejemplo del segundo caso, que la jurisprudencia considera que la introducción de un dedo, con violencia o intimidación, en la vagina de una mujer, realiza el tipo básico de agresión sexual del art. 178 del Código penal⁴, y que después de que alguien cometa tal delito, cambie el parecer de los tribunales, para considerar ahora dicha conducta como constitutiva del tipo agravado de agresión sexual del art. 179 del mismo Código⁵, disposición que emplea la expresión “introducción de objetos”⁶. Pueden darse más ejemplos de uno y otro caso⁷. 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.

Este problema fue planteado por primera vez en la doctrina alemana en

³ Art. 181.1 del Código penal español: “*El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses*”.

⁴ Art. 178 del Código Penal español: “*El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años*”.

⁵ Art. 179 del Código penal español: “*Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años*”.

⁶ En todo caso, en nuestra opinión, un cambio jurisprudencial de esta clase incurriría en analogía *in malam partem*, pues excedería el sentido literal posible de las palabras “introducción de objetos”.

⁷ Pueden consultarse en ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, cit., p. 324 y s.

1966, a raíz de la sentencia del Bundesgerichtshof de 9 de diciembre de ese año⁸. 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”⁹. Durante mucho tiempo la jurisprudencia germana entendía, 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 bastaba 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)¹⁰. Más tarde, volvió a discutirse el problema, con ocasión de 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 1990¹¹. En ambas ocasiones se analizó la posibilidad de extender a los cambios jurisprudenciales desfavorables al reo la prohibición de retroactividad de la ley penal, esgrimiéndose una serie de argumentos, tanto a favor, como en contra.

III. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS VARIACIONES JURISPRUDENCIALES DESFAVORABLES

Para justificar la prohibición de retroactividad de los cambios de la jurisprudencia

⁸ 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. RADBRUCH, *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.

⁹ Traducción extraída de EIRANOVA ENCINAS (coord.), *Código Penal Alemán StGB. Código Procesal Penal Alemán StPO* (Madrid, 2000), p. 172.

¹⁰ Cfr. la exposición del caso en MADRID CONESA, *El principio*, cit., pp. 9 y ss.; EL MISMO, *La legalidad del delito* (Valencia, 1983), p. 92; HASSEMER, *Fundamentos*, cit., pp. 325 y s.; VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales* (Valencia, 2001), p. 113; ESER - BURKHARDT, *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias* (trad. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, supervisada por Enrique Bacigalupo, Madrid, 1995), pp. 65 y ss..

¹¹ Vid. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General* (2ª edición alemana, trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Madrid, 1997), I, p. 166.

dencia perjudiciales al reo, se suele plantear los siguientes argumentos, entre otros¹²:

a) Aspectos de metodología jurídica. Se afirma que la antigua visión de las funciones de los poderes legislativo y judicial, que las concebía como absolutamente separadas 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. 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 judicial¹³. 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 jurisprudencia¹⁴.

b) Argumento de carácter sociológico jurídico. 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...”¹⁵ Y ello, naturalmente, produce

¹² Estos argumentos se han extraído de MADRID CONESA, *El principio*, cit., pp. 12 y ss. Cfr. también, en pp. 24 y ss., otros planteamientos minoritarios, como el principio de igualdad ante la ley y la exigencia de determinación dirigida a los jueces, de la que se derivaría, según sus defensores, la prohibición de retroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables.

¹³ Cfr. la contraposición entre elementos descriptivos y valorativos en ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico* (trad. Garzón Valdés, Granada, 2001), pp. 131 y ss.

¹⁴ 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* (2ª edición, Santiago, 1996), I, pp. 150 y s. Sin embargo, en pp. 215 y s. este autor se declara contrario a dicha aplicación.

¹⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal. Parte General* (3ª edición, Bogotá, 1997), p. 88, negando que pueda atribuirse a la jurisprudencia el carácter de fuente de Derecho penal. Vid. también 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

en las personas expectativas de que se mantendrá una determinada interpretación de la ley¹⁶. Por lo tanto, si para saber cuál es el contenido efectivo de la ley ha de estudiarse la jurisprudencia¹⁷, parece no sólo aceptable, sino también exigible, que se aplique también a ésta la prohibición de retroactividad.

c) Argumento de carácter histórico-político. Se suele afirmar también que la idea de separación de poderes, que estaba –y aún hoy se encuentra– en la raíz del principio 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. 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 sujeta a ella–, no existen obstáculos desde este punto de vista para defender dicha extensión.

d) Fundamento de la prohibición de retroactividad de la ley penal. Finalmente, se ha señalado que el argumento de mayor peso es el que toma en cuenta el fundamento mismo del principio de irretroactividad de la ley penal. Distintas posturas acerca de cuál es este fundamento se han planteado en la doctrina¹⁸, pero la que cuenta con mayor aceptación es la que ve en la seguridad jurídica tal basamento¹⁹. En palabras de Silva Sánchez, este prin-

precedente jurisprudencial; SERRANO ALBERCA, *Comentario al art. 25 de la Constitución*, en *Comentarios a la Constitución*, VV. AA. (2ª edición, Madrid, 1985), p. 504, reconociendo que, a pesar de que la jurisprudencia no es fuente del Derecho penal, porque las sentencias obligan sólo en el caso concreto y no vinculan a los tribunales, la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo es lo que verdaderamente se aplica.

¹⁶ Cfr. POLITOFF LIFSCHITZ, *Derecho Penal* (Santiago, 1997), I, p. 117.

¹⁷ MADRID CONESA, *El principio*, cit., pp. 13 y s.

¹⁸ Cfr. OLIVER CALDERÓN, *El fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXI (Valparaíso, 2000), pp. 95 y ss., analizando las siguientes propuestas doctrinales: naturaleza de las normas, principio de culpabilidad, teoría de la coacción psicológica, teorías de la prevención general, teoría de los derechos adquiridos, función de motivación de las normas, justicia, dignidad de las personas, principio de legalidad y seguridad jurídica.

¹⁹ Ven en la seguridad jurídica un fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, *Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las "leyes en blanco"*, en AA.VV., *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* (Madrid, BOE, 1995), pp. 697 y s., mencionando junto con la seguridad jurídica, la culpabilidad, entendiéndola como posibilidad de motivación del sujeto en el momento del hecho; CUERDA RIEZU, *La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional*, en *La Declaración Universal de los derechos humanos en su 50 aniversario* (dir. Balado - García Regueiro,

cipio "...responde a innegables exigencias de seguridad jurídica y, por tanto, de garantía de las libertades individuales, que se verían afectadas si el sujeto pudiera ser sancionado por una ley que no pudo tener en cuenta en el momento de realización del hecho..."²⁰ Pues bien, 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 absolutamente 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"²¹.

Barcelona, 1998), p. 289; RUIZ ANTÓN, *El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y en la jurisprudencia*, en *Poder Judicial* número especial VI: *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas* (1989), pp. 96 y s.; GALLEGÓ DÍAZ, *Prescripción penal y prohibición de retroactividad*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (enero, 1986), pp. 27 y s.; HUERTA TOCILDO, *Principio de legalidad y normas sancionadoras*, en *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Cuadernos y debates*, 103 (Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000), pp. 31 y s.; LA MISMA, *El derecho fundamental a la legalidad penal*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 39 (1993), p. 97; LACHARIAL, *Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze* (Göttinga, 1834), citado por FIORE, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada* (trad. Aguilera De Paz, 3ª edición, Madrid, 1927), p. 435, sin mencionar expresamente la seguridad jurídica, pero aludiendo a la necesidad de proteger a los ciudadanos contra el arbitrio del legislador; MADRID CONESA, *La legalidad*, cit., pp. 86 y ss., también sin mencionar la seguridad jurídica, pero aludiendo a la protección de la libertad de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de los poderes estatales; COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, *Comentario al art. 2 del Código Penal*, en *Comentarios al Código Penal*, tomo I (dir. Cobo del Rosal, Madrid, 1999), p. 72; CEREZO MÍR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General* (5ª edición, Madrid, 1996), I, p. 177; ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 144, 145 y 161.

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Legislación penal socio-económica*, cit., pp. 697 y s.

²¹ 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: concepto y principios constitucionales* (Valencia, 1999), 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.

IV. ARGUMENTOS EN CONTRA DE EXTENDER LA PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL A LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES PERJUDICIALES AL REO

Oponiéndose a la posibilidad de proclamar la irretroactividad de las variaciones desfavorables de la jurisprudencia, autores han planteado, entre otros, los siguientes argumentos²² :

a) Literalidad de la Constitución. 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. Ello, porque el primer precepto sólo garantiza “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”²³ y en el segundo no se habla de jurisprudencia, sino de la “legislación vigente”²⁴ .

b) Interpretación sistemática de la Constitución. También 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 contrapone las funciones legislativa y judicial, al aludir a las Cortes Generales en su título III y al Poder Judicial en su título VI²⁵ .

c) Evolución del principio de legalidad. 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.

d) Punto de vista de la metodología jurídica. Se sostiene que los nuevos conocimientos alcanzados por la metodología jurídica no obligan a replantear el principio de legalidad. Ello, 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 que dice relación con los denominados elementos normativos de los tipos, no impli-

²² 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.

²³ Cfr. RUIZ ANTÓN, *El principio de irretroactividad*, cit., p. 106.

²⁴ Para el caso de Chile, puede sostenerse el mismo argumento. El art. 19 número 3 inciso séptimo de la Constitución establece la irretroactividad de las leyes que establecen penas, sin aludir a la jurisprudencia.

²⁵ A partir de la Constitución chilena, puede defenderse el mismo planteamiento. Su texto también contrapone las funciones legislativa y judicial, al aludir al Congreso Nacional en su capítulo V y al Poder Judicial en su capítulo VI.

ca 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 jurisprudencial 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.

f) Inconvenientes procesales. 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)”²⁶. 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 español, pues no habría forma de lograr la implementación de sentencias con cláusulas “Von nun an”. Los jueces no se encuentran sujetos a sus propias interpretaciones, ni menos a las de los tribunales superiores, sino que, como lo señala el art. 117.1 de la Constitución española²⁷, se hallan “sometidos únicamente al imperio de la ley”²⁸.

g) Abandono del mandato de determinación. 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

²⁶ 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.

²⁷ Art. 117.1 de la Constitución española: “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

²⁸ Cfr. las dificultades para el Derecho procesal penal alemán en JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2ª edición, Madrid, 1997), p. 127; ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 166, nota 90. Vid. también las dificultades para el Derecho procesal penal chileno en CURY URZÚA, *Derecho Penal. Parte General*, cit., 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, la reciente creación en Chile del Ministerio Público, dentro del marco de la denominada reforma procesal penal, solucionaría el segundo problema planteado por este autor.

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 sentiría 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.

h) Paralización de la jurisprudencia. Se ha afirmado también que extender la prohibición de retroactividad de la ley penal a los cambios jurisprudenciales desfavorables significaría, necesariamente, una cementación de la jurisprudencia²⁹. Ello, porque los tribunales se encontrarían impedidos de realizar cualquier modificación en la interpretación y aplicación de la ley, paralizándose así la evolución jurisprudencial.

i) Error de prohibición. 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 derechamente 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. 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 desfavorables³⁰. Esta solución

²⁹ HASSEMER, *Fundamentos*, cit., p. 324; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General* (4ª edición, Barcelona, 1994), p. 180; CURY URZÚA, *Derecho Penal. Parte General*, cit., I, p. 216, previendo el “peligro de que la jurisprudencia tienda a rigidizarse de manera inconveniente”; POLITOFF LIFSCHITZ, *Derecho Penal*, cit., I, p. 117, señalando que “la actividad creadora del juez quedaría paralizada si éste se limitara a seguir los precedentes”.

³⁰ Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., I, p. 166; JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 128; ESER - BURKHARDT, *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*, cit., p. 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.

del problema se presenta como dominante en la doctrina³¹.

V. OPINIÓN PERSONAL

A nuestro juicio, no sólo es posible, sino también necesario aplicar la prohibición de retroactividad a los cambios jurisprudenciales desfavorables, por las razones siguientes:

a) Creemos que tienen razón quienes señalan que el fundamento de la existencia del principio de irretroactividad de la ley penal –la seguridad jurídica– obliga, necesariamente, a prohibir la retroactividad de la jurisprudencia cuando ésta sea más gravosa. Si lo que se quiere al garantizar la irretroactividad de la ley penal es evitar que las personas se vean sorprendidas por reacciones imprevistas e imprevisibles 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 protegida³². La prohibición de dictar leyes retroactivas sería respetada sólo formalmente, pero no en su significado material. 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.

b) 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 jurídica³³. Y ya hemos

³¹ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, cit., p. 325; BACIGALUPO ZAPATER, *Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos años. El principio de legalidad como tarea inconclusa*, mecanografiado inédito, pp. 16 y ss., citado por ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, cit., p. 325.

³² 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...”

³³ A diferencia de la Constitución española, la Carta Fundamental de Chile no

señalado cómo ésta quedaría burlada si no se extendiera la prohibición de retroactividad a los cambios desfavorables de la jurisprudencia.

c) 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 taxatividad³⁴. 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 tipos³⁵, labor parecida a la integración de las leyes penales en blanco propiamente tales mediante normas de rango inferior³⁶. 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. 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.

d) 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. 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 lagunas necesitadas de integración, elementos normativos, cláusulas generales y otros términos legales necesitados de concreción..."³⁷ –lo que implica el reconocimiento de que los jueces

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 número 3 inciso séptimo de la Constitución.

³⁴ Cfr. dicha constatación en MIR PUIG, *Introducción*, cit., p. 145; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (Barcelona, 1992), p. 254; HASSEMER - MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal* (Valencia, 1989), p. 175; HASSEMER, *Fundamentos*, cit., pp. 314 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., I, p. 170.

³⁵ MUÑOZ CONDE, en HASSEMER, *Fundamentos*, cit., pp. 326 y s.

³⁶ VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva*, cit., p. 106.

³⁷ BALDÓ LAVILLA, *Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito*, en *Política criminal y nuevo Derecho penal* (ed. Silva Sánchez, Barcelona, 1997), p. 359, quien recoge la denominada teoría del desarrollo continuador del Derecho.

crean Derecho—, sino 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 Judicial³⁸. 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 tribunales³⁹. Y no dar a un cambio jurisprudencial agravatorio efecto retroactivo, es hacer aplicación del mencionado precepto constitucional, es cautelar la seguridad jurídica.

e) La denominada solución subjetiva del problema no es satisfactoria, porque recurrir a la figura dogmática del error de prohibición 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 y poder prever el cambio jurisprudencial⁴⁰. 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 penalidad⁴¹. Y en tercer

³⁸ Art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “*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, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.*”

³⁹ 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 1°). “*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 3°).

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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.

lugar, de llevar a sus últimas consecuencias este planteamiento, se podría llegar, *contrario sensu*, a que sólo podrían delinquir quienes conozcan 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 jurisprudencia⁴², lo cual excede con mucho las exigencias que la doctrina plantea para el conocimiento de la antijuridicidad⁴³.

f) No compartimos la opinión de quienes creen que extender la prohibición de retroactividad de la ley penal a las variaciones jurisprudenciales desfavorables implique, 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 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..."⁴⁴ 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 aún 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, las personas revisan la jurisprudencia para saber cómo interpretan los tribunales los preceptos legales.

g) Tampoco compartimos la afirmación que sostiene que extender la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia importaría una cementación

⁴² VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva*, cit., pp. 117 y s.

⁴³ Cfr. FELIP I SABORIT, *Error Juris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código penal* (Barcelona, 2000), pp. 108 y ss.

⁴⁴ STC 34/1996, de 11 de marzo, f. j. 5°. En el caso de Chile, la Constitución consagra, explícitamente, la obligación de respetar el denominado principio de taxatividad o mandato de determinación, al establecer el inciso final del número 3 de su art. 19, que la conducta punible debe estar "expresamente descrita" en la ley.

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. Sin embargo, esta constatación no impide que pueda aplicarse la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia. 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–. En palabras de Jakobs, “...cuando en contra (de la aplicación de la 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...”⁴⁵ 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. 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...”⁴⁶

h) 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 Criminal⁴⁷ mencionan,

⁴⁵ JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 126 y s., para quien, sin embargo, a la jurisprudencia no le afecta ninguna prohibición de retroactividad.

⁴⁶ RUIZ ANTÓN, *El principio de irretroactividad*, cit., p. 107.

⁴⁷ Art. 142 regla 4ª párrafo 5º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “*Las sentencias se redactarán con sujeción a las reglas siguientes: [...] 4ª. Se consignarán también en párrafos numerados, que empezarán con la palabra Considerando: [...] Quinto. La cita de las disposiciones legales que se consideren aplicables, pronunciándose por último el fallo, en*

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 juzgado⁴⁸. Sin embargo, a nuestro juicio, eso no 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 futuros. 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 con-

el que se condenará o absolverá no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas incidentales de que se hubiere conocido en la causa, reputándose faltas incidentales las que los procesados hubiesen cometido antes, al tiempo o después del delito como medio de perpetrarlo o encubrirlo. También se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hubieren sido objeto del juicio, y se declarará calumniosa la querrela cuando procediere”. Art. 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “En la sentencia se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando o absolviendo a los procesados, no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas incidentales de que se haya conocido en la causa, sin que pueda el Tribunal emplear en este estado la fórmula del sobreseimiento respecto de los acusados a quienes crea que no debe condenar. También se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio. Lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 635 sobre el destino de las piezas de convicción que entrañen, por su naturaleza, algún peligro grave para los intereses que en el mismo se expresan, será aplicable a las sentencias absolutorias”.

⁴⁸ Lo mismo sucede en el caso de Chile. En efecto, los arts. 500 n° 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.

siderado 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 futuros de la misma naturaleza. 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.

i) 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 penal⁴⁹. Se trata de acudir a la denominada analogía *in bonam partem* para aplicar la prohibición de castigar un delito con pena que no se halle prevista en una ley anterior a su perpetración, contenida en el art. 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. Es éste un mecanismo del que se ha valido el Tribunal Supremo para aplicar retroactivamente variaciones jurisprudenciales favorables al reo⁵⁰, por lo que no existirían inconvenientes para utilizarlo también en esta materia⁵¹.⁵²

⁴⁹ Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva*, cit., p. 127.

⁵⁰ VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva*, cit., p. 127.

⁵¹ Algunos autores sostienen la improcedencia de la analogía, aún la *in bonam partem*, por infringir el art. 4 del Código penal. Sobre el tema, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 121.

⁵² La doctrina chilena se encuentra dividida en torno a la admisibilidad de la analogía *in bonam partem*. A favor se encuentran CURY URZÚA, *Derecho Penal. Parte General*, cit., I, pp. 181 y ss.; POLITOFF LIFSCHITZ, *Derecho Penal*, cit., pp. 116 y s.; y GARRIDO MONTT, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, 2001), I, p. 38). En contra, ETCHEBERRY, *Derecho Penal. Parte General* (3ª edición, Santiago, 1999), I, p. 114. Novoa Monreal, quien afirma que no es totalmente contrario, después de analizar caso por caso, concluye casi negándole toda aplicación práctica (NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno* (2ª edición, Santiago, 1985), I, pp. 152 y ss.). La jurisprudencia nacional, por su parte, tradicionalmente, se ha opuesto a darle cabida. Sin embargo, la Excma. Corte Suprema, en una interesante sentencia de fecha 15 de abril de 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 sentenciado en el caso de que se trataba (puede consultarse la sentencia en el sitio web www.diarioficial.cl/actualidad/relacion/jurcomentada/fichasuah.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 inciso 1° 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.

j) 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 Judicial⁵³. 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.

k) Finalmente, 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 civil⁵⁴, 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 Trías, “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 Derecho”⁵⁵. Esta for-

⁵³ Art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “*En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional*”.

⁵⁴ Art. 1.6 del Código civil español: “*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*”.

⁵⁵ ROCA TRÍAS, *Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad*, en *Revista Jurídica de Cataluña* 1986, n° 4, pp. 30 y s. Parecido, GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático* (Cuenca, 1996), p. 74, quien señala que “hoy casi nadie duda de que la norma realmente no existe (al menos funcionalmente, es decir, como célula del

ma 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. 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 protección⁵⁶.

VI. ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD DE LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES DESFAVORABLES

En este lugar queremos intentar responder a las siguientes interrogantes, que surgen cuando se proclama –como lo hacemos nosotros– la extensión de la prohibición de retroactividad de la ley penal a las variaciones jurisprudenciales perjudiciales al reo⁵⁷: a) ¿Es procedente la prohibición sólo cuando ha habido jurisprudencia constante o también frente a jurisprudencia contradictoria? b) ¿La extensión alcanza a cualquier tribunal o sólo a la jurisprudencia sentada por tribunales superiores? c) ¿Debe exigirse alguna importancia a la variación jurisprudencial o basta cualquier cambio, por insignificante que sea?

a) En nuestra opinión, para responder a la primera 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 una jurisprudencia de esta clase permite a los ciudadanos tener confianza en una determinada interpretación del texto legal y conocer cuál es la conducta que se sanciona. Sólo frente a una jurisprudencia uniforme puede existir seguridad jurídica. En todo caso, no creemos que pueda sostenerse que haya una jurisprudencia constante y uniforme cuando se ha dictado sólo una senten-

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". Cfr. STC 109/1988.

⁵⁶ La misma argumentación podría utilizarse en Chile para afirmar que cuando la Constitución, en su art. 19 n° 3 inciso séptimo y el Código Penal, en su art. 18 inciso primero, aluden a una ley promulgada con anterioridad a la perpetración del hecho, se quiere significar una ley promulgada interpretada.

⁵⁷ Cfr. estas interrogantes en MADRID CONESA, *El principio*, cit., pp. 16 y ss.

cia⁵⁸. 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 que después se aplique retroactivamente uno de los criterios jurisprudenciales que estaban en debate al momento 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 ha 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.

Sin embargo, a nuestro juicio, podría aplicarse la prohibición de retroactividad a los cambios jurisprudenciales, excepcionalmente, en una hipótesis de jurisprudencia que sea contradictoria al momento de realización del hecho. Ello, 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 se aplique 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 n° 1 del derogado Código penal de 1973⁵⁹, imaginando que esta figura aún existe⁶⁰. 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 homicidio⁶¹. Imaginemos que la jurisprudencia únicamente se debate entre estas dos posibles formas de sancionar

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Art. 501 n° 1 del derogado Código penal español de 1973: “*El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado: 1° Con la pena de reclusión mayor; cuando con motivo o con ocasión del robo se causare dolosamente la muerte de otro*”.

⁶⁰ 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.

⁶¹ Cfr. la evolución jurisprudencial en la forma de sancionar el desaparecido delito de robo con homicidio, en SUÁREZ COLLÍA, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas* (2ª edición, Madrid, 1994), pp. 66 y s.; VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva*, cit., pp. 144 y s.

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 consideran tantos robos con homicidio como personas a quienes se les quita la vida. En nuestra 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.

b) En cuanto a la segunda interrogante, creemos que la tarea de determinar si la irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables alcanza a cualquier tribunal o sólo a los tribunales superiores, también debe hacerse a partir del fundamento de este principio. 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 tribunales⁶². Naturalmente, es más fácil que la seguridad jurídica se vulnere cuando el cambio afecta a la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo. 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.

c) Finalmente, pensamos que el mismo camino debe seguirse al decidir si para extender la prohibición de retroactividad de la ley penal a los cambios jurisprudenciales desfavorables al reo, hay que exigir alguna importancia a la variación de criterio o si para ello basta cualquier modificación, por insignificante que sea. 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 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.

⁶² Así, MATTIL, *Zeit und materielles Strafrecht*, en *Goldammers Archiv*, 1965, p. 350; GROSS, *Rückwirkungsverbot und richterliche Tatbestandsauslegung im Strafrecht* (Freiburg i. Br., 1969), p. 137; KOHLMANN, *Der Begriff*, cit., p. 290; HAFFKE, *Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II bei Aenderung 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.

VII. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS VARIACIONES JURISPRUDENCIALES DESFAVORABLES EN LA JURISPRUDENCIA

Hemos señalado que somos partidarios de extender la prohibición de retroactividad de la ley penal a los cambios jurisprudenciales desfavorables. Sin embargo, esta tesis no ha encontrado respaldo en la jurisprudencia. El propio 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 número 883/1994, de 11 de mayo, dispuso 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 vulneran el art. 24 CE⁶³ cuando son razonados y fundamentados...” (F. J. 8°). Por otro lado, en su sentencia número 1359/1994, de 2 de julio, señaló que “...nunca cabe “aplicar”, en el riguroso sentido del término, el artículo 24 del Código Penal⁶⁴ 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 LOPJ⁶⁵, 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

⁶³ Art. 24 de la Constitución española: “1. *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.* 2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*”

⁶⁴ Art. 23 del derogado Código penal español de 1973: “*No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior a su perpetración.*” Art. 24 del derogado Código penal español de 1973: “*Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena.*”

⁶⁵ Art. 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “*El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales.*”

materia penal— fuente jurídica creativa. Si se “aplica” una norma en el momento del enjuiciamiento mediante una determinada interpretación modulada por los criterios establecidos en el artículo 3.1 del Código Civil⁶⁶ 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...” (F. J. 2°). Y en auto de 12 de noviembre de 1997 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” (F. J. único), lo que volvió a repetir en su auto número 645/1998, de 14 de octubre (F. J. único) y en sus sentencias números 395/1998, de 20 de marzo (F. J. 1°), 405/1998, de 20 de marzo (F. J. 1°) y 504/1998, de 13 de abril (F. J. 3°). Por otro lado, el Tribunal Constitucional —aludiendo a este tema, pero en su vinculación con la igualdad ante la ley— manifestó en su auto número 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 cohonestarse 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...” (F. J. 2°).

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 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 y 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”⁶⁷.

⁶⁶ Art. 3.1 del Código civil español: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

⁶⁷ COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 203, nota 9.