PREMIO SUSANA HUERTA DE DERECHO PENAL

¿Jueces legisladores? El papel de la jurisprudencia en la creación normativa penal y los límites de su retroactividad (1)

MAR JIMÉNEZ COMPANY

Doctoranda en Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

La cuestión de la retroactividad –o irretroactividad– de los cambios jurisprudenciales desfavorables en materia penal ha sido ampliamente estudiada y abordada por la doctrina. Sin embargo, tras décadas de discusión interdisciplinar, no se ha alcanzado un criterio consensuado ni una propuesta concreta que permita considerar satisfactoriamente resuelta esta cuestión. Este trabajo tiene por objeto proponer la formulación de un principio de irretroactividad de la jurisprudencia desfavorable, que supere los principales argumentos e inconvenientes alegados por quienes niegan la posibilidad de reconocer dicha irretroactividad y que, al mismo tiempo, ofrezca una solución coherente y respetuosa con nuestro ordenamiento constitucional.

Palabras clave: *principio de legalidad; cambios jurisprudenciales desfavorables; irretroactividad; seguridad jurídica; justicia.*

---

(1) Este trabajo se basa en la propuesta presentada a la VII edición del Premio Susana Huerta de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. Quisiera expresar mi más sincero agradecimiento a la organización y dirección del premio, así como al jurado, integrado por el Dr. D. Enrique Peñaranda Ramos, la Dra. Dña. María Ángeles Rueda Martín y el Dr. D. Jon-Mirena Landa Gorostiza, cuyas aportaciones han sido esenciales tanto para la mejora de este texto como para enriquecer mi reflexión sobre el tema. Asimismo, deseo agradecer a mis directoras de tesis, las Dras. Mercedes Pérez Manzano y Marina Mínguez Rosique, por su guía, su apoyo constante y su inmensa generosidad, así como por sus valiosas observaciones, decisivas para la orientación de este trabajo y para que alcanzara su forma y conclusiones. Extiendo mi agradecimiento a todos los compañeros del Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, por conversar siempre conmigo y, en especial, al Dr. Juan Antonio Lascuraín Sánchez, por toda la ayuda y disponibilidad durante la elaboración de este trabajo.

ABSTRACT

The question of the retroactivity –or non-retroactivity– of adverse jurisprudential changes in criminal matters has been widely studied and addressed in the literature. However, after decades of interdisciplinary discussion, no consensual criterion or concrete proposal has been reached that satisfactorily resolves this issue. This paper aims to propose the formulation of a principle of non-retroactivity of unfavourable case law that overcomes the main arguments and objections raised by those who deny the possibility of recognising such non-retroactivity, while at the same time offering a solution that is coherent and consistent with our constitutional framework.

Keywords: *Rule of law; unfavourable jurisprudential changes; non-retroactivity; legal certainty; justice.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Casos problemáticos: desde la mitad del siglo XX hasta nuestros días.–III. Estado de la cuestión: la necesaria integración de dos culturas por parte del TEDH. IV. Sistematización de los argumentos. 4.1 Argumentos en contra de la irretroactividad de la jurisprudencia. 4.1.1 Argumentos basados en el concepto de norma. 4.1.2 Argumentos basados en el fundamento del principio de legalidad penal. 4.1.3 Argumentos de carácter constitucional. 4.2 Argumentos a favor de la irretroactividad de la jurisprudencia: toma de postura. 4.2.1 Argumentos basados en el concepto de norma: un enunciado normativo con significado propio. 4.2.2 Argumentos basados en el fundamento del principio de legalidad penal. 4.2.3 Argumentos de carácter constitucional. 4.3 El conflicto de fondo: ¿seguridad jurídica vs. justicia material? Un balance.–V. Una propuesta.–VI. Conclusiones.–VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la retroactividad –o irretroactividad– de los cambios jurisprudenciales desfavorables en materia penal ha sido ampliamente estudiada y abordada por la doctrina, no sólo desde el Derecho penal, sino también desde el Derecho constitucional y la Filosofía del Derecho, lo que revela el carácter interdisciplinar de la discusión. Concretamente, se ha planteado la posibilidad de que el principio de irretroactividad penal desfavorable rija no sólo ante cambios «legales», sino también «jurisprudenciales». Sin embargo, tras décadas de discusión interdisciplinar, no se ha alcanzado un criterio consensuado ni una propuesta concreta que permita considerar satisfactoriamente resuelta esta cuestión.

Resulta especialmente problemático que una controversia de estas características permanezca sin una solución definitiva en la doctrina, pues afecta directamente a un elemento tan sensible del Estado de Derecho como es el principio de legalidad penal; en este sentido, ya advertía Neumann que «el Derecho penal no puede arrastrar problemas no resueltos relativos a cuestiones fundamentales, y, tanto menos, en un ámbito del Estado de Derecho tan sensible como el del principio *nullum crimen*» (2). Así, pese a lo profusamente trabajada que ha sido esta cuestión, no solo carecemos de una solución consensuada, sino que el problema reaparece de manera recurrente en la práctica jurídica cotidiana, afectando directamente a los justiciables.

Es posible que la dificultad de alcanzar una solución ampliamente aceptada se deba a que esta cuestión nos devuelve a la clásica dicotomía que protagoniza muchos de los problemas que giran en torno al principio de legalidad: la seguridad jurídica –como expresión de la libertad del ciudadano frente a la actuación del poder estatal– enfrentada con la justicia material del caso concreto. Como a continuación se desarrollará, la seguridad jurídica ha sido siempre el fundamento indiscutido de la interdicción de retroactividad penal desfavorable (3), mientras que las necesidades de justicia material para el caso concreto constituyen un importante argumento en favor de la retroactividad de la jurisprudencia –siendo esta última la solución tradicionalmente adoptada en nuestra cultura jurídica– (4). En este sentido, el presente trabajo tiene por objetivo mostrar que la cuestión no es tan binaria como pudiere parecer –como si las opciones fuesen solo dos, excluyentes entre sí: o tenemos seguridad jurídica o tenemos justicia– y que existen soluciones que nos permiten alcanzar un equilibrio entre ambos valores enfrentados y, así, «ganar» en términos de valores constitucionales (5).

De esta manera, el presente trabajo se caracteriza por ofrecer una sistematización de los argumentos que tradicionalmente se han presentado en torno a esta discusión, con el objetivo de dilucidar cuál es la

(2) Neumann, U., «¿Pueden tener los cambios jurisprudenciales *in peius* de los tribunales penales eficacia retroactiva?», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 20, Madrid, 1999, p. 104.

(3) Lascuraín Sánchez, J. A., «Jurisprudencial penal desfavorable: *gonna walk and don't look back*», en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico,* núm. 38, 2025, p. 117.

(4) Sobre ello, *vid.* Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable y retroactividad: razones para su prohibición», en Minero Alejandre, G., y Puente Rodríguez, L. (dirs.): *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM (28). Derecho y retroactividad,* BOE, Madrid, 2024, p. 266; igualmente, cf. *infra.* n. p. 20.

(5) Lascuraín Sánchez, J. A., «Jurisprudencial penal…, *op. cit*., p. 128.

cuestión que subyace tras esta problemática y tratar así de presentar una posible solución. Con el ánimo de ofrecer un enfoque distinto, el problema se aborda no solo desde los argumentos tradicionalmente esgrimidos en este debate, sino también desde la perspectiva de la naturaleza deóntica de los distintos contenidos del principio de legalidad penal. Partiendo de la premisa de que la solución no consiste en trasladar mecánicamente el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable a la jurisprudencia (6), se propone configurar un principio propio, adaptado a las características específicas de los cambios jurisprudenciales. Concretamente, se plantea la formulación de un principio –entendido como mandato de optimización (7)– de irretroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables e imprevisibles, dotado este de rasgos propios y distinto del «principio» –en realidad, regla (8)– de irretroactividad de la ley penal desfavorable, tanto en sus implicaciones como en su alcance. En definitiva, este trabajo pretende abordar una de las cuestiones fundamentales del Derecho penal, tratando de plantear una posible solución a esta incesante discusión.

Para abordar esta cuestión, el trabajo presenta una estructura dialéctica: en primer lugar, se presentan una serie de ejemplos con el ánimo de ilustrar la relevancia práctica de esta problemática, así como un resumen del estado de la cuestión; a continuación, a través de una sistematización propia, se analizan los principales argumentos que suelen esgrimirse en contra de reconocer la irretroactividad de la jurisprudencia, con el propósito de dialogar con ellos críticamente y, así, finalmente, mostrar que la postura más adecuada es aquella que admite la irretroactividad en determinados supuestos; por último, se propone una configuración concreta del «principio de irretroactividad de la jurisprudencia» que aquí se defiende.

II. CASOS PROBLEMÁTICOS: DESDE LA MITAD DEL SIGLO XX HASTA NUESTROS DÍAS

En la jurisprudencia nacional e internacional de las últimas décadas podemos encontrar una pluralidad de casos en los que los tribuna-

(6) Ferreres Comella, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional),* Civitas, Madrid, 2002, pp. 192-193.

(7) Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 87.

(8) Silva Sánchez, J. M., *Derecho penal. Parte General,* Civitas, Madrid, 2025, p. 335, 4/38.

les han modificado su interpretación sobre una ley penal, sustituyéndola por otra, nueva, menos favorable para el reo. Estos cambios interpretativos, desfavorables, han llevado a que conductas antes consideradas penalmente lícitas pasaran a ser típicas sin que existiera un cambio legal, únicamente a través de un cambio en la interpretación jurisprudencial de una misma disposición. A continuación, y con el objetivo de aproximarnos a la hipótesis que aquí se quiere plantear, se expondrán diversos ejemplos de la jurisprudencia penal, pasada y reciente, en los que se han producido cambios interpretativos, y que han resultado en una sanción sorpresiva para los justiciables implicados.

En primer lugar, la discusión sobre la irretroactividad de la jurisprudencia comenzó a tener cierto alcance a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH) de 9 de diciembre de 1966 (9), en la que este Tribunal rebajó de 1,5 gr/l a 1,3 gr/l el mínimo de alcohol en sangre requerido para estimar la absoluta incapacidad de conducción de un vehículo a motor –y, en consecuencia, para considerar típica dicha conducta– (10). Así, conducir con un nivel de alcohol en sangre de 1,4 gr/l comenzó a ser considerada una conducta típica en virtud de un cambio jurisprudencial, no legal, que se aplicó retroactivamente. Esta situación se reprodujo en idénticos términos en Alemania en la década de 1990 (11), reviviendo muy animadamente la referida discusión, sólo que en esta ocasión se rebajó la cantidad requerida de 1,3 gr/l a 1,1 gr/l (12).

También en España, durante los años noventa, se sucedieron varios casos en los que la retroactividad de la jurisprudencia jugó un papel fundamental. Así, en materia de delitos contra la salud pública, aunque el Código Penal distinguía entre sustancias «duras» y «blandas», no especificaba cuáles integraban cada categoría, lo que exigió una intensa labor interpretativa por parte de los tribunales (13). En este contexto, algunas sustancias inicialmente consideradas «blandas», como la buprenorfina (14) o el éxtasis, pasaron a ser clasificadas como

(9) BGH, 09.12.1966, 4 StR 119/66.

(10) Madrid Conesa, F., *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo,* UV, Valencia, 1982, p. 9.

(11) Roxin, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,* Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1997, p. 165.

(12) BGH, 28.06.1990, 4 StR 297/90.

(13) Herrero Álvarez, S., «Tratamiento legal de la MDMA y otras drogas psicoestimulantes en el nuevo Código Penal español de 1995», en Bobes García, J., y Lorenzo Fernández, P. (aa.): *Éxtasis (MDMA): un abordaje comprehensivo,* Masson, 1997, p. 8.

(14) STS 2788/1992, de 24 de diciembre, FD 4.

«duras» (15), aumentando significativamente las penas aplicables. Este cambio jurisprudencial, que fue aplicado retroactivamente, dio lugar a que conductas que, en el momento de su comisión, encajaban en la categoría menos grave, finalmente quedasen sometidas a un marco punitivo mucho más severo que aquel que se encontraba vigente en el momento de su comisión.

Más recientemente, especialmente problemática fue en nuestro país, por todos conocida, la doctrina Parot (16), que supuso un giro jurisprudencial desfavorable aplicado retroactivamente por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo –y confirmado posteriormente por el Tribunal Constitucional–, y que conllevó la condena a España por parte del TEDH, al entender que se había vulnerado el principio de legalidad penal europeo (art. 7 CEDH) por aplicar retroactivamente el «Derecho» penal desfavorable (17). También, en el año 2015, a través del Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 20 de enero, la Sala Segunda del Tribunal Supremo modificó su jurisprudencia anterior en materia de concursos, estableciendo que los ataques dolosos dirigidos contra la vida de varias personas, se haya o no producido el resultado, no deben ser tratados como un concurso ideal de delitos, como hasta el momento venía entendiendo, sino como un concurso real, dando lugar, en la mayoría de los casos, a la imposición de una pena más elevada que la que hasta entonces se venía aplicando (18).

---

(15) Por todas, STS 1817/1993, de 14 de julio, en el caso de la buprenorfina y STS de 24 de julio de 1991, (rec. 4672/1989), en el caso del éxtasis.

(16) La doctrina Parot consistió en un cambio jurisprudencial del Tribunal Supremo (STS 197/2006, de 28 de febrero) que modificó el modo de aplicación de los beneficios penitenciarios, ordenando su cómputo sobre cada una de las penas impuestas y no sobre el límite máximo de cumplimiento (de condena), tal y como venía haciendo la jurisprudencia de manera uniforme hasta ese momento.

(17) STEDH Del Río Prada c. España, de 21 de octubre de 2013, par. 116.

(18) En el concurso ideal (art. 77 CP), cuando una sola conducta constituye dos o más delitos, se impone la pena del delito más grave en su mitad superior, pudiendo aumentar hasta la superior en grado. En el concurso real (art. 73 CP), cuando se cometen varios delitos mediante conductas distintas, se suman las penas de cada uno de ellos, respetando los límites máximos de cumplimiento establecidos en el artículo 76 CP. En consecuencia, de tratarse de dos delitos de homicidio del tipo básico del artículo 138 CP, consumado y doloso, la pena de prisión pasaría de un marco de entre doce años y medio y quince años, a una pena de veinte años, un cambio nada desdeñable. Sobre esta cuestión, *vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Jurisprudencial penal…, *op. cit*., p. 118; PEÑARANDA RAMOS, E., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones» en El mismo, y Pozuelo Pérez, L. (dirs.): *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, AEBOE, Madrid, 2024, p. 290.

Finalmente, a nivel internacional, la Stedh C. R. c. Reino Unido analizó un caso en el que los tribunales ingleses incorporaron un cambio jurisprudencial desfavorable, aplicado retroactivamente, relativo a unos hechos constitutivos del delito de violación que tuvieron lugar en el seno del matrimonio (19). En el momento de la comisión de los hechos, la jurisprudencia inglesa venía entendiendo que el matrimonio ya suponía la prestación de consentimiento sexual y, en consecuencia, que no podía darse un delito de violación entre los cónyuges. No obstante, es cierto que, pese a que aquella era la doctrina dominante, ya existían contados precedentes que constituían una excepción a esta premisa de impunidad, sobre todo cuando se daba una separación de hecho o de derecho entre los cónyuges (20). En este contexto, los tribunales ingleses, con el ánimo de adaptar su jurisprudencia a la realidad social (21), modificaron su criterio interpretativo en materia de agresiones sexuales en el matrimonio, entendiendo que tal conducta sí podía ser constitutiva de un delito, condenando así al acusado mediante la aplicación de esta nueva jurisprudencia desfavorable. En este caso, el TEDH no consideró vulnerado el principio de legalidad y avaló este cambio jurisprudencial, pese a ser desfavorable y retroactivo, al no considerarlo imprevisible, pues existían excepciones anteriores que venían anticipando este giro interpretativo (22).

En definitiva, todos estos ejemplos ponen de manifiesto, al menos, tres ideas relevantes para la postura que aquí se va a sostener: en primer lugar, que la problemática relativa a la irretroactividad de la jurisprudencia no es una cuestión del pasado ni está resuelta, sino que, por el contrario, se trata de un debate plenamente vigente que periódicamente vuelve a plantearse, y se torna esencial tratar de configurar un tratamiento adecuado para esta cuestión; en segundo lugar, que para cada ley existen, al menos, dos interpretaciones constitucionalmente posibles; y, por último, en tercer lugar, que la jurisprudencia desem-

(19) Stedh C. R. c. Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995.

(20) *Ibidem*, par. 41.

(21) *Ibidem*, par. 38: «Dado el reconocimiento de la igualdad de las mujeres con los hombres tanto dentro como fuera del matrimonio, así como de su autonomía sobre sus propios cuerpos, la adaptación de los elementos constitutivos del delito de violación era razonablemente previsible para el demandante, con el asesoramiento jurídico adecuado. No fue condenado por una conducta que no constituyera una infracción penal en el momento en que se cometió» (trad.). En idénticos términos (aunque ante un supuesto de hecho ligeramente distinto) se pronuncia el Tribunal en la Stedh S. W. c. Reino Unido, también de 22 de noviembre de 1995.

(22) Algunos autores consideran que esta decisión puede verse influida por tratarse de un delito *mala in se* (*vid.* Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…», *op. cit.,* p. 266; Silva Sánchez, J. M., *Derecho penal*…, *op. cit.,* p. 215 2/87).

peña un papel esencial en la determinación última tanto de la conducta punible como de la pena aplicable.

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA NECESARIA INTEGRACIÓN DE DOS CULTURAS POR PARTE DEL TEDH

Ante la problemática aquí planteada, pueden identificarse dos posiciones claramente diferenciadas: por un lado, quienes entienden que la jurisprudencia puede ser irretroactiva en determinados supuestos; y, por otro, quienes niegan esta posibilidad. Aunque el debate ha sido intenso y, durante años, ambas posturas se han visto fuertemente enfrentadas, puede afirmarse que, en la última década, una parte significativa de la doctrina se ha inclinado a favor de reconocer la irretroactividad de la jurisprudencia (23). Con todo, entre los defensores de la

(23) Expresamente a favor de la irretroactividad de la jurisprudencia: Alcácer Guirao, R., «La "Doctrina Parot" ante Estrasburgo: Del Río Prada c. España (Stedh 10.7.2012, núm. 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* núm. 43, Madrid, 2012, p. 945; Bacigalupo, E., «Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho Penal» en Montiel, J. P. (ed.): *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?,* Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 74; el constitucionalista Ferreres Comella, V., *El principio de taxatividad*…, *op. cit.*, p. 186; Huerta Tocildo, S., «El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal» en Pérez Moneo, M., y García Roca, F. J., y Santolaya Machetti, P. (coords.): *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3.ª ed., Madrid, 2014, p. 417; Kuhlen, L., «Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía» en Montiel, J. P. (ed.): *La crisis del principio de legalidad*…, *op. cit.,* p. 165, quien incluso considera que debería reconocerse un mandato de determinación de la jurisprudencia; Lascuraín Sánchez, J. A., «Jurisprudencia penal…, *op. cit.,* p. 129; Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…, *op. cit.,* p. 281; Madrid Conesa, F., *El principio de irretroactividad*…, *op. cit.,* p. 30; Oliver Calderón, G., «¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XXIV, 2003, p. 566; Ruiz Antón, L. F., «El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia», en *Servicio de publicaciones de la Universidad de Extremadura,* Cáceres, 1989, p. 166. Aunque no lo dicen expresamente, también parecen identificarse con esta posición: García Pérez, O., «El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia», en *InDret*, Barcelona, 2018, p. 37, al entender que la jurisprudencia, en cierta medida, debe ser considerada fuente de Derecho (aunque distinta de aquella creación legal de Derecho) y Montiel, J. P., «Estructuras analíticas del principio de legalidad», en *InDret*, Barcelona, 2017, p. 14, al reconocer las competencias marginales del Poder Judicial.

postura contraria –los denominados «retroactivistas» (24)– se encuentran autores de gran relevancia en el Derecho penal alemán y español (25), cuyas objeciones son de calado y entidad suficiente como para mantener viva la discusión.

A mi juicio, este creciente apoyo a las tesis de la irretroactividad se debe, en parte, a las características actuales de la técnica legislativa y de la política criminal, marcadas por una crisis del principio de legalidad penal (26) y por la expansión del Derecho penal económico (27), cuya técnica legislativa –caracterizada por un mayor uso de conceptos vagos y abstractos (28), leyes penales en blanco y numerosos elementos normativos (29)– reduce el grado de concreción de las disposiciones penales y otorga al intérprete un margen de discrecionalidad

(24) Lascuraín Sánchez, J. A., «Jurisprudencia penal…, *op. cit.*, p. 120.

(25) Expresamente en contra de la irretroactividad de la jurisprudencia se posicionan, en la doctrina alemana, entre otros, Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación,* Marcial Pons, 2.ª ed., 1997, p. 127; Roxin, C., *Derecho penal…, op. cit.,* p. 166; Schünemann, B., *Nulla poena sine lege?: Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, De Gruyter, 1978, p. 28. Por otro lado, en la doctrina española, entre otros, Serrano González de Murillo, J. L., «Prohibición de retroactividad y cambios de orientación en la jurisprudencia», en *Servicio de publicaciones de la Universidad de Extremadura*, Cáceres, 1993, p. 225; Cuello Contreras, J., *El Derecho Penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del Delito,* Dykinson, 3.ª ed., Madrid, 2002, p. 184; más recientemente, García Amado, J. A., «Sobre el principio de legalidad penal y su alcance. De la previsibilidad como componente de la legalidad», en Pérez Manzano, M., y Lascuráin Sánchez, J. A. (dirs.): *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 324, sosteniendo que no hay nada «en la naturaleza de las cosas» que mande la irretroactividad de la jurisprudencia.

(26) Montiel, J. P., «Introducción» en El Mismo (ed.): *La crisis del principio de legalidad…*, *op. cit.*, p. 27: «[L]a legalidad es puesta en tela de juicio [ante] el abusivo recurso a la ley penal, en la búsqueda de soluciones a los más variopintos problemas sociales. La ley penal pasa a ser la primera herramienta a la que acude el estado para garantizar la seguridad ciudadana, la sustentabilidad del medio ambiente y hasta para prevenir riesgos financieros, abusando así de la alta carga simbólica que tiene el Derecho penal. En este sentido, brilla por su ausencia un debate político profundo sobre los medios de lucha contra la criminalidad y su concreta eficiencia, y se acaba haciendo frente a los flagelos sociales a punta de tipificación de nuevas conductas o degradaciones de pena».

(27) Silva Sánchez, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales,* BdeF, 3.ª ed., Madrid, 2011, pp. 83 y ss.

(28) Bacigalupo, E., «Sobre la justicia y la seguridad jurídica…», *op. cit.*, p. 69.

(29) Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Tirant lo Blanch, 6.ª ed., Valencia, 2022, pp. 312 y ss.

especialmente amplio (30). Debe recordarse que la seguridad jurídica es el fundamento indiscutido de la irretroactividad desfavorable y, en este sentido, cuanto menor es el cumplimiento del mandato de determinación por parte del legislador, más difícil es el cumplimiento del deber de sujeción del juez penal a la ley, y más tensiones y obstáculos se le presentan a la seguridad jurídica. Así, tal vez, en la actualidad, resulte cada vez más difícil negar el papel que la jurisprudencia juega en la determinación última de la conducta sancionada y de la pena impuesta, debiendo reconocerse su función cuasilegislativa, lo que ha podido llevar a muchos autores, por imperativas razones de seguridad jurídica, a inclinarse por la irretroactividad de la jurisprudencia.

Para comprender el estado de la cuestión, desde un punto de vista interdisciplinar, especialmente relevante se muestra la STS 1648/2024 de 18 de octubre, de la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo que, en materia de derecho sancionador, rechaza expresamente la posibilidad de aplicar criterios jurisprudenciales sobrevenidos que resulten imprevisibles y desfavorables para los interesados (31). Más aún, en esta materia resulta imprescindible acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, muy especialmente, a su Stedh del Río Prada c. España de 21 de octubre de 2013 (Gran Sala), en la que se expresa de manera inequívoca que lo irretroactivo

(30) No es menos cierto que la denuncia de una cierta crisis del principio de legalidad y, en particular, de una falta de determinación y precisión en la ley penal, se viene anunciando ya desde finales del siglo pasado. En este sentido, Welzel, H., *Derecho penal alemán. Parte General,* Jurídica de Chile, 11.ª ed., 1970, p. 40, § 5 II 3: «¡El verdadero peligro que amenaza al principio *nullum poena sine lege* no es de parte de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas!»; Roxin, C., *Derecho penal…*, *op. cit.*, p. 170. No obstante, es innegable que la problemática se ha incrementado y que, especialmente en el ámbito del Derecho penal económico, la jurisprudencia desarrolla una labor interpretativa que resulta determinante en la aplicación de la ley penal. Por poner solo un ejemplo, en relación con las falsedades ideológicas cometidas por particulares, el Tribunal Supremo ha mantenido prácticamente hasta la actualidad dos líneas interpretativas contradictorias. En la primera de ellas, la jurisprudencia mayoritaria entiende que la emisión de facturas falsas es constitutiva de un delito del artículo 392 CP en relación con el artículo 390.1 CP (STS de 28 de octubre de 1997 (Rec. 880/1991), denominada «doctrina Filesa»); por otro lado, una lectura más bien minoritaria, pero que viene abriéndose paso sobre todo durante los últimos años, entiende que tal conducta sería atípica (STS de 26 de febrero de 1998 (Rec. 1348/1997), caso «Argentia Trust»). Este ejemplo ilustra que, efectivamente, son los tribunales quienes van a decidir, sobre un mismo enunciado legal, si una misma conducta es o no típica. Para el ciudadano, esto se traduce en que no sabe cómo actuará el Tribunal en su caso concreto. Sobre ello, *vid.* Peñaranda Ramos, E., «Falsedades documentales», en Molina Fernández, F. (coord.): *Memento penal,* Francis Lefebvre, 2025, par. 16169.

(31) STS 1648/2024, de 18 de octubre, FD 4. Sobre ello, *vid.* Lascuraín Sánchez, J. A., «Jurisprudencia penal…», *op. cit.*, p. 114.

debe ser no solo la «ley», sino el «Derecho» penal desfavorable e imprevisible. En este sentido, debe señalarse que el principio de legalidad penal en el ámbito del Consejo de Europa se configura de manera sustancialmente distinta a la que es tradicional en los países continentales, entre otras razones, probablemente debido a su necesidad de integrar países de muy distinta tradición jurídica (*civil law* y *common law*) (32). Así, la jurisprudencia del TEDH ha sido constante a la hora de entender que «Al hablar de "ley", el artículo 7 alude al mismo concepto que utiliza el Convenio en otros contextos al emplear ese término: un concepto que abarca tanto el derecho legislado como la jurisprudencia. […] En este sentido, el Tribunal ha entendido siempre el término "ley" en su sentido material, no en el formal […] *En definitiva, la "ley" es la norma vigente tal y como ha sido interpretada por los tribunales competentes*» (33). De esta manera, para el Tribunal, lo irretroactivo no es la ley en sentido estricto –esto es, la norma escrita, publicada y promulgada por el Poder Legislativo–, sino el Derecho, entendido no solo como el texto legal, sino como el resultado de la ley una vez esta es interpretada y aplicada. Concretamente, en el caso del Río Prada c. España, el Tribunal fue claro: «[El] "Derecho", en el sentido material que tiene este término en el Convenio y que incluye también el derecho no escrito o jurisprudencial, había sido aplicado de manera constante por las autoridades penitenciarias o judiciales a lo largo de numerosos años, hasta el giro jurisprudencial efectuado por la "doctrina Parot". […] A este respecto, si el Tribunal admite que los Gobiernos tienen libertad para modificar su política criminal […] no es menos cierto que deben respetar al hacerlo las reglas establecidas en el artículo 7 […]. Sobre este punto, el Tribunal recuerda que el artículo 7 del Convenio prohíbe de forma absoluta la aplicación retroactiva del *Derecho penal* cuando resulte desfavorable para el interesado» (34). En definitiva, el Tribunal considera que lo irretroactivo no es la «ley» penal desfavorable, sino el «Derecho».

En este contexto, debe recordarse que el artículo 10.2 CE exige que la interpretación de los derechos fundamentales se lleve a cabo de conformidad con lo dispuesto en el CEDH y por la doctrina del TEDH, lo cual comporta que, para respetar las decisiones del Consejo de Europa sobre legalidad penal, los tribunales españoles deben admitir que la irretroactividad desfavorable no se limita sólo a la ley escrita.

(32) Huerta Tocildo, «El contenido debilitado…», *op. cit*., p. 403.

(33) Por todas, Stedh (Gran Sala) Kafkaris c. Chipre, de 12 de febrero de 2008, par. 139. Cursiva añadida.

(34) Stedh Del Río Prada c. España de 21 de octubre de 2013, par. 115 y 116. Cursiva añadida.

La cuestión es, entonces, cómo integrar esta garantía respecto de la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico, sin vulnerar nuestro sistema constitucional y nuestra tradicional configuración del principio de legalidad penal (35).

IV. SISTEMATIZACIÓN DE LOS ARGUMENTOS

A continuación, en primer lugar, se van a mostrar los argumentos contrarios a reconocer la irretroactividad de la jurisprudencia; en segundo lugar, se van a presentar los argumentos partidarios de reconocer dicha irretroactividad, con el objetivo de exponer así la postura que aquí se adopta, dialogando con los argumentos contrarios y mostrando que existen buenas y suficientes razones para admitir la irretroactividad jurisprudencial en determinados supuestos. Para facilitar la compleja labor argumentativa que caracteriza esta problemática, se ha elaborado una sistematización de los argumentos habitualmente

(35) Aunque el concepto autónomo de ley que elabora el TEDH –integrando legislación y jurisprudencia– podría parecer más garantista que el principio de legalidad continental, lo cierto es que el modelo europeo presenta una deficiencia fundamental: el Tribunal no fija criterios o parámetros uniformes para determinar cuándo se entiende que un cambio jurisprudencial es imprevisible, sino que lleva a cabo un análisis casuístico, apreciando la previsibilidad caso por caso, y, por ende, generando resultados inciertos en función de las circunstancias concretas de cada escenario, lo que podría llamarse la «previsibilidad de Schrödinger»: el Derecho es a la vez previsible e imprevisible hasta que el Tribunal se pronuncia al respecto. El tribunal, con esta flexibilidad, busca evitar que prácticas gravemente atentatorias contra la dignidad humana queden amparadas por el Convenio (así, por ejemplo, en la ya mencionada STEDH C. R. c. Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995, el Tribunal refrendó la aplicación retroactiva de un cambio jurisprudencial desfavorable pese a que este pudiere parecer imprevisible, pues la opción contraria habría implicado reconocer la licitud de las agresiones sexuales en el matrimonio). No obstante, en ese ánimo de hacer justicia, el Tribunal también asume un coste, pues termina sacrificando la seguridad jurídica, olvidando que un sistema de justicia, si no cumple debidamente con las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, es un sistema injusto. Así, guiarse «exclusivamente» por las nociones de justicia material, sin tener en cuenta la importancia de otro tipo de valores, como el de la seguridad jurídica, es un riesgo para el ordenamiento y para el cumplimiento de todos los derechos fundamentales. Por ello, resulta preciso dar una respuesta concreta, segura y estable acerca de cuándo la interpretación es imprevisible y, por tanto, queda amparada por la prohibición de retroactividad. En consecuencia, trasladar exactamente el modelo europeo a nuestro ordenamiento no es la solución óptima, sino que es preciso configurar un sistema más seguro y estable que el del Consejo de Europa (en sentido similar, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal» en Pérez Manzano, M., y Lascuráin Sánchez, J. A. (dirs.): *La tutela multinivel*…, *op. cit.*, p. 143).

esgrimidos en favor de una y otra postura, de tal manera que se permita su agrupación en tres grandes categorías: en primer lugar, argumentos relativos al concepto de «norma»; en segundo lugar, argumentos basados en el fundamento del principio de legalidad penal y de la garantía de irretroactividad; y, por último, argumentos de carácter constitucional (36).

4.1 **Argumentos en contra de la irretroactividad de la jurisprudencia**

4.1.1 Argumentos basados en el concepto de norma

El concepto de «norma» no cuenta con una definición pacífica en la doctrina, sino que viene precedido por una larga y compleja discusión jurídico-filosófica; a este respecto, un sector de la doctrina, desde la filosofía analítica (37), distingue entre enunciado normativo y norma: el primero alude a la expresión lingüística contenida en el texto legal, mientras que la segunda se identifica con el significado atribuido a ese enunciado mediante la interpretación judicial. Así, la norma recoge el contenido significativo fijado por el intérprete –el juez–, mientras que el enunciado es únicamente la formulación lingüística elaborada por el legislador, cuyo sentido todavía debe ser determinado (38). En cambio, otro sector de la doctrina entiende que no cabe apreciar ninguna distinción entre enunciado normativo y norma, sosteniendo que la «norma penal» viene configurada únicamente por la ley, esto es, por el texto o enunciado promulgado por el legislador, el cual contiene ya todos los significados posibles que la ley puede albergar. En este sentido se ha pronunciado Roxin al señalar que «[s]i el tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable

(36) Dentro de esta categorización, cabría diferenciar, a su vez, aquellos argumentos basados, fundamentalmente, en razones de «deber ser», esto es, si la jurisprudencia debería o no ser irretroactiva atendiendo a razones jurídico-filosóficas; y aquellos que aducen razones de «poder ser», esto es, si, dado nuestro ordenamiento jurídico y, sobre todo, considerando nuestras normas constitucionales, es posible reconocer la irretroactividad de la jurisprudencia, es decir, si la Constitución permitiría una configuración de tales características o no. En este sentido, las dos primeras categorías de argumentos responden a razones de deber ser, mientras que la última responde a la cuestión del poder ser. *Vid.* Lascuraín Sánchez, J. A., «Jurisprudencia penal…», *op. cit.,* p. 129.

(37) Cid Moline, J., y Moreso Mateos, J. J., «Derecho Penal y filosofía analítica», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Tomo 44, fasc./mes 1, 1992, pp. 149 y ss.

(38) Sobre ello, Llobet Anglí, «Jurisprudencia penal desfavorable…», *op. cit*., p. 262.

para el acusado que como lo había hecho la jurisprudencia anterior, éste tiene que soportarlo, pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, *que ya existía desde siempre, pero que solo ahora ha sido correctamente reconocida*» (39). Así, desde esta postura, la interpretación judicial en ningún caso «crea» Derecho, sino que, por el contrario, es la ley la que ofrece y muestra todos sus significados posibles y, de esta manera, siempre que la decisión judicial se limite a elegir, de entre todos ellos, el más ajustado a Derecho, no habrá ningún problema de previsibilidad de la sanción, pues la interpretación seleccionada «ya» se encontraba en la propia norma, siendo reconocible por todos los ciudadanos. Por todo ello, la decisión del juez a la hora de optar por una u otra interpretación es de carácter meramente declarativo, y no constitutivo. Con base en este último razonamiento, cabría entender que toda interpretación razonable es previsible, al encontrarse ya recogida en el texto legal. De aceptarse esta configuración, no existiría razón alguna para negar la retroactividad de la jurisprudencia desfavorable, pues esta no dirá nunca nada que no se encontrase ya en la ley, de modo que, por lo que respecta a la previsibilidad de la sanción, es suficiente con que la garantía de irretroactividad rija sobre la ley penal.

Debe señalarse que quienes parten de este concepto de norma y asumen este planteamiento reconocen la posibilidad de que, en ocasiones, se produzcan giros jurisprudenciales desfavorables que resulten inesperados y, con ello, se den ciertos problemas de previsibilidad en la sanción; sin embargo, estos autores consideran que, en estos casos, la solución no pasa por extender la garantía de irretroactividad a la jurisprudencia desfavorable, sino por la aplicación del error de prohibición (40).

En definitiva, desde esta concepción de norma, dos son las consecuencias que se siguen. En primer lugar, los cambios jurisprudenciales desfavorables no plantean especiales problemas de imprevisibilidad, pues la ley ya incluye todos los posibles significados (razonables), y el intérprete –el juez– lo único que hace es seleccionar uno que «ya» se encontraba en ella, de manera que, siempre que la interpretación sea razonable, será previsible. En segundo lugar, en aquellos –pocos–

(39) Roxin, C., *Derecho penal*…, *op. cit.,* pp. 165-166, cursiva añadida. De esta opinión, en la doctrina española, Serrano González de Murillo, J. L., «Prohibición de retroactividad…», *op. cit.,* p. 8.

(40) Jakobs, G., *Derecho Penal*…, *op. cit.,* p. 93; Roxin, C., *Derecho penal*…, *op. cit*., p. 163; Serrano González de Murillo, J. L., «Prohibición de retroactividad…», *op. cit*., p. 251.

casos en los que se dé un verdadero problema de previsibilidad, la figura adecuada para su solución será el error de prohibición.

4.1.2 Argumentos basados en el fundamento del principio de legalidad penal

La garantía de irretroactividad es uno de los contenidos esenciales del principio de legalidad penal (41), el cual posee un doble fundamento: la seguridad jurídica y el valor democrático, comprendido este último desde el principio de separación de poderes (42). Si bien se ha sostenido que la seguridad jurídica es el fundamento indiscutido de la irretroactividad desfavorable en el Derecho penal (43), el valor democrático plantea especiales tensiones en materia de irretroactividad de la jurisprudencia, siendo este uno de los principales argumentos de los «retroactivistas» (44). Concretamente, estos autores entienden que extender la garantía de irretroactividad de la ley penal desfavorable a la jurisprudencia supondría una vulneración del principio de separación de poderes, puesto que este planteamiento implicaría reconocer que la jurisprudencia cumple una función cuasilegislativa y supondría, en cierta medida, equiparar ley y jurisprudencia. Es decir, toda vez que la necesidad de reconocer la irretroactividad de la jurisprudencia parte de la idea de que esta contribuye a codeterminar el ámbito de lo prohibido, reconociendo la existencia de una cierta «creación judi-

(41) Es más, en tanto que su formulación original se atribuye a Feuerbach y el mismo seguía una teoría de la pena esencialmente preventiva, consideraba que el primero de los contenidos fundamentales del principio de legalidad penal era la exigencia de *lex praevia*, tanto así que el principio de legalidad, en su formulación original, era entendido como *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* y solo posteriormente se configuró como *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa* (*vid.* Bacigalupo, E., «Sobre la justicia y la seguridad… *op. cit.,* p. 58). La garantía de irretroactividad es, además, la expresión a través de la cual se describe el principio de legalidad en el Derecho positivo nacional e internacional (arts. 9.3 y 25.1 CE y 7.1 CEDH), lo que ha llevado a algunos autores a considerarlo el contenido más representativo e indiscutido del principio de legalidad penal (*Vid.* Lascuraín Sánchez, J. A., «¿Debe ser irretroactiva la jurisprudencia penal desfavorable? Un dilema», en *Almacén de Derecho*, 2023; Huerta Tocildo, S., «El derecho fundamental a la legalidad penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 39, 1993, pp. 83-84).

(42) Así lo reconoce la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2) y la doctrina (por todos, Lascuraín Sánchez, J. A., *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional,* Aranzadi, 2009, pp. 36-37 y Huerta Tocildo, S., «El contenido debilitado del principio…», *op. cit.,* p. 401).

(43) Huerta Tocildo, S., «El derecho fundamental…», *op. cit*., p. 97.

(44) Lascuraín Sánchez, J. A., «Jurisprudencia penal…», *op. cit*., pp. 128-129.

cial» del Derecho, aceptar este enfoque supondría concederle al juzgador potestades propias del legislador –como es, precisamente, la de configurar los delitos y sus penas–, siendo solo este último el que goza de la soberanía popular requerida para ello (45), vulnerando así el valor democrático fundamentador del principio de legalidad penal.

4.1.3 Argumentos de carácter constitucional

Para negar la irretroactividad de la jurisprudencia también se han aducido razones de Derecho positivo, concretamente, se acude al artículo 117.1 CE, el cual dispone que los jueces, en el ejercicio de sus funciones, deben ser independientes, quedando sometidos únicamente al «imperio de la ley». En este sentido, el reconocimiento de la irretroactividad de la jurisprudencia desfavorable implicaría que, en el caso de que un juez quisiera apartarse de la interpretación hasta ahora mantenida sobre un precepto penal –adoptando una nueva interpretación más perjudicial para el reo–, no podría aplicar «su» nuevo criterio para el caso concreto, sino que se vería limitado y sujeto a la interpretación –más favorable– que hasta ahora venían sosteniendo «otros» jueces (46). En otras palabras, si los jueces están sometidos únicamente al imperio de la ley, no pueden quedar sometidos también al «imperio de la jurisprudencia». En el mismo sentido, se sostiene que el reconocimiento de la irretroactividad de la jurisprudencia alteraría el sistema jerárquico de los órganos jurisdiccionales, puesto que, si un tribunal inferior viene siguiendo de manera estable y consolidada un criterio interpretativo, el superior jerárquico no podrá cambiar de criterio desfavorablemente de manera retroactiva, sino que se verá limitado por el tribunal inferior (47).

Además, quienes rechazan la irretroactividad de la jurisprudencia nos recuerdan que la misma es esencialmente retrospectiva, esto es, se caracteriza precisamente por el enjuiciamiento de hechos ya acaecidos (48). Por definición, la jurisprudencia aplica la ley a casos ya

(45) En palabras de Jakobs, G., *Derecho Penal…*, *op. cit.,* p. 127: «un poder judicial que estuviera sujeto [a la prohibición de retroactividad], como el poder legislativo, también juzgaría como si promulgase leyes».

(46) Así, Madrid Conesa, *El principio de irretroactividad…*, *op. cit*., p. 18. Exponen este argumento también, aunque no lo comparten, Vidales Rodríguez, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 71; Oliver Calderón, G., «¿Irretroactividad de…», *op. cit.,* p. 370.

(47) Sobre ello, García Amado, «Sobre el principio de legalidad penal…», *op. cit*., p. 325.

(48) García Pérez, O., «El principio de legalidad y el valor…», *op. cit.*, p. 16; Oliver Calderón, G., «¿Irretroactividad de…», *op. cit.*, p. 370; Serrano González de Murillo, J. L., «Prohibición de retroactividad…», *op. cit.*, p. 248.

acontecidos, seleccionando la mejor interpretación posible para el caso concreto una vez este ya ha tenido lugar. De este modo, considerarla irretroactiva implicaría negar una de sus cualidades esenciales, desnaturalizándola, de lo cual se derivarían tres consecuencias insoportables. En primer lugar, supondría una paralización o «fosilización» de su evolución: dado que los jueces no podrían incorporar cambios jurisprudenciales desfavorables, la jurisprudencia quedaría estancada, y solo podría evolucionar en una dirección –hacia interpretaciones más favorables–, lo que le impediría cumplir correctamente con una de sus funciones principales, a saber, permitir que el texto legal se adapte a la realidad social (49). En segundo lugar, también daría lugar a que los jueces pudieran verse «tentados» a adoptar inicialmente interpretaciones más duras o restrictivas de derechos fundamentales, pues el cambio en sentido favorable siempre sería posible en un momento posterior (50). En tercer y último lugar, estos entienden que identificar al juez como una suerte de «normador sucesivo» supondría un cierto abandono por parte del legislador de sus funciones, que terminaría delegando en los jueces la tarea de concretar el contenido de las normas penales (51).

4.2 **Argumentos a favor de la irretroactividad de la jurisprudencia: toma de postura**

A continuación, se van a exponer los argumentos en los que se apoya la postura aquí defendida, esto es, la posibilidad de formular un principio de irretroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables, tratando de enfrentar y solventar todos aquellos problemas que se le presentan a esta postura, derivados de los argumentos hasta ahora expuestos, propios de las teorías retroactivistas.

4.2.1 Argumentos basados en el concepto de norma: un enunciado normativo con significado propio

En materia de interpretación, frente a la postura antes expuesta, en este trabajo se comparte la necesidad de distinguir norma y enunciado

(49) Sobre ello, Vidales Rodríguez, C., *La eficacia retroactiva*…, *op. cit*., p. 92; Correcher Mira, J., *Principio de legalidad penal*…, *op. cit*., p. 151; García Pérez, O., «El principio de legalidad y el valor…, *op. cit*., p. 16; Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…, *op. cit.,* p. 258.

(50) Sobre ello, Lascuraín Sánchez, J. A., «¿Debe ser irretroactiva…», *op. cit.*

(51) *Ibidem.*; Oliver Calderón, G., «¿Irretroactividad de…», *op. cit.*, p. 356.

normativo (52), pues considero innegable la diferencia sustancial que se da entre el texto legal promulgado por el legislador y el Derecho que finalmente resulta de aplicación. Así, durante el proceso de adjudicación del Derecho, el texto legal promulgado por el legislador se transforma y adquiere una nueva dimensión –un nuevo significado, si se quiere–, dado que su alcance y significado se concretan a través de la interpretación judicial (53). A este respecto, considero cierto que el enunciado normativo (la ley) y la norma (esto es, la ley una vez interpretada) son (o, al menos, pueden ser) sustancialmente distintos. Un claro ejemplo para comprender mejor esta postura la ofrece el concepto de «notoria importancia» empleado en el artículo 369.1.5.ª CP: la utilización de una expresión tan abierta o indeterminada requiere de una ulterior precisión por parte del intérprete judicial, que será quien finalmente concrete el alcance y significado de la ley. Precisamente por ello, en lo que al ciudadano respecta, lo que le será relevante para determinar la previsibilidad de la sanción finalmente impuesta es el resultado final del proceso de adjudicación judicial de Derecho (54), esto es, la norma penal en su conjunto (el enunciado normativo una vez dotado de contenido significativo concretado) (55). En consecuencia, por razones de previsibilidad y seguridad jurídica, lo irretroactivo debe ser la norma penal en su conjunto, y no sólo la expresión lingüística plasmada en el texto legal.

Ahora bien, considero oportuno distanciarme parcialmente de lo sostenido por la filosofía analítica, pues, si bien estos autores reconocen que la ley no tiene un único, claro e inequívoco significado (sino que un enunciado normativo puede contener muchos sentidos posibles), no comparto la idea de que el texto carezca de significado hasta su interpretación. En este sentido, considero que «interpretar es siempre interpretar algo que preexiste a la interpretación, que está ahí, es

(52) Hay autores que utilizan una terminología distinta, si bien en referencia a la misma idea: Donini, M., «Jueces y democracia. El papel de la magistratura y la democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios», en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional,* núm. 19, 2007, p. 170, distingue entre disposición y norma, al igual que Guastini, R., «Interpretación y construcción jurídica», en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho,* núm. 43, 2015, p. 13; por su parte, Laporta san Miguel, F. J., *El imperio de la ley. Una visión actual,* Trotta, 2007, p. 178 habla de formulación normativa y norma.

(53) Laporta san Miguel,, F. J., «La doctrina Parot y la teoría del Derecho», en Pérez Manzano, M., y Lascuraín Sánchez, J. A. (dirs): *La tutela multinivel*…, *op. cit*., pp. 336-337; García Amado, J. A., «Sobre el principio de legalidad penal…, *op. cit*., pp. 323-324; Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…, *op. cit*., p. 275; Vidales Rodríguez, C., *La eficacia retroactiva*…, *op. cit*., p. 68.

(54) Laporta san Miguel, F. J., *El imperio de la ley*…, *op. cit.,* p. 169.

(55) Madrid Conesa, F., *El principio de irretroactividad*…, *op. cit*., p. 13.

captado y a lo que la interpretación ha de ser fiel» (56). Así, el tenor literal de la ley es a la vez el punto de partida y el límite a la interpretación judicial. Las palabras tienen un significado comúnmente reconocido por un número considerable de miembros dentro de una comunidad de hablantes, y ese significado, que existe antes de cualquier interpretación (57), es el que establece los límites interpretativos y al que la interpretación debe ser fiel, si es que se quiere salvaguardar el imperio de la ley (pues de producirse un hiato insalvable entre el enunciado normativo y el enunciado interpretado, todo el edificio conceptual que mantiene la noción de «imperio de la ley» se desmoronaría) (58). Así, aunque comparto la premisa de que existe una diferencia entre norma y enunciado normativo, no considero que este último sea sólo una expresión lingüística vacía de contenido, sino que el enunciado, desde su promulgación, ya encierra un significado propio que debe ser tenido en cuenta y que constituye un límite infranqueable en la interpretación de los tipos penales (59).

En definitiva, considero que sí existe una creación judicial de Derecho, pues entre todos los significados posibles, el intérprete, al seleccionar uno, no lleva a cabo una decisión meramente declarativa de Derecho, sino constitutiva: dota al texto legal de una nueva dimensión, de un nuevo significado concretado y explicitado. Es decir, en un sentido débil, «crea» una «nueva» norma (60), la cual, por imperiosas razones de seguridad jurídica, debe quedar cubierta por la garantía de irretroactividad desfavorable.

Por último, en relación con la posibilidad de acudir al error de prohibición frente a cambios jurisprudenciales desfavorables, considero que esta solución parte de un error conceptual, pues no se trata de un caso en el que el ciudadano «no pudiese saber» que su conducta estaba prohibida, sino que su conducta «no estaba prohibida» (61); en otras palabras, se trata de un problema de previsibilidad de la sanción,

---

(56) Laporta san Miguel, F. J., *El imperio de la ley*…, *op. cit*., p. 175.

(57) *Ibidem*, p. 185.

(58) *Ibidem*, p. 179.

(59) En consecuencia, no debe ser posible desligarse del tenor literal de la ley, ni friccionar la literalidad del enunciado, aunque ello se lleve a cabo con el objetivo de lograr una interpretación «más justa» para el caso concreto. Defendiendo la posibilidad de una cierta fricción de la literalidad penal, en aras de obtener ganancias en términos de justicia material, Correcher Mira, J., *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 158; Silva Sánchez, J. M., «Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho Penal» en Díaz y García Conlledo, M., y García Amado, J. A. (eds.): *Estudios de filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 368.

(60) Laporta san Miguel, F. J., «La doctrina Parot…», *op. cit*., p. 336.

(61) Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…», *op. cit.,* p. 271.

y no de culpabilidad del sujeto (62). En cualquier caso, aun admitiendo que esta fuera una solución válida, el problema persistiría cuando el cambio jurisprudencial desfavorable no recayera sobre la conducta prohibida, sino sobre la sanción finalmente impuesta, pues el error de prohibición, tal y como es entendido por la doctrina dominante (63), no resulta de aplicación en aquellos casos en los que el ciudadano sabe (o puede saber) que su conducta está prohibida, pero no sabe «cómo» de prohibida está. Por tanto, cuando el cambio jurisprudencial desfavorable afecta no a la conducta delictiva, sino a la pena aplicable, el error de prohibición no puede ser una opción viable, pues no soluciona el problema de la imprevisibilidad de la sanción finalmente impuesta (64).

4.2.2 Argumentos basados en el fundamento del principio de legalidad penal

Una vez que se ha reconocido la existencia de una cierta creación judicial de Derecho, se torna esencial argumentar por qué ello no supone una vulneración del principio de separación de poderes. En primer lugar, el reconocimiento de la creación judicial de Derecho no implica, en ningún caso, la afirmación de que creación legal y creación judicial de Derecho sean la misma operación; por el contrario, existen diferencias ontológicas (cualitativas) entre una y otra forma de crear Derecho (65). En este sentido, la legitimidad de la creación judicial de Derecho termina donde acaba la ley: la jurisprudencia, a través de la interpretación judicial, no puede crear Derecho *ex novo* o *contra legem*, pues su límite se encuentra precisamente en el tenor literal de la ley (66). Muy acertadamente apunta Correcher Mira que tal vez sea un error utilizar la palabra «crear» cuando nos referimos al papel

(62) *Ibidem*.

(63) Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General,* 9.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, p. 551 y ss.

(64) Vidales Rodríguez, C., *La eficacia retroactiva*…, *op. cit.,* pp. 117-119.

(65) Montiel, J. P., «Estructuras analíticas…, *op. cit*., pp. 13-16.

(66) Así lo entiende el TC, por todas, en su STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7: el juez habrá de respetar «el tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, pues […] el mensaje normativo se expresa con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios». En la doctrina, Huerta Tocildo, S., «El contenido debilitado del principio…, *op. cit.*, p. 416, quien, además, sobre los límites a esta «creación judicial» de Derecho, deja muy claro que «Lo difuso es enemigo de lo cierto, y ello no se soluciona con interpretaciones judiciales creativas que pretenden aportar certeza allí donde no la hay […] ninguna interpretación pueda ir más allá de los límites que marca el tenor literal de las mismas [de las normas]».

de la interpretación, pues genera confusión y parece que se equiparan creación legal y judicial de Derecho (67) cuando, en realidad, lo que sucede es que la jurisprudencia, en cierta medida, crea Derecho, pero, desde luego, no elabora leyes (68).

En este sentido, el Tribunal Constitucional reconoce que «los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absoluta» (69) y que «el déficit de la ley sólo es compatible con las exigencias del principio de legalidad si el Juez lo colma» (70), de manera que las leyes, para cumplir adecuadamente con el principio constitucional de taxatividad, requieren de un complemento jurisprudencial (71). En consecuencia, si la jurisprudencia, a través de la interpretación judicial, constituye un elemento esencial para conocer el alcance normativo de la disposición legal, difícilmente puede negarse que la misma deba ser irretroactiva cuando crea –en sentido débil– una nueva conducta prohibida, o cuando agrava una sanción. Dicho de otro modo, si la jurisprudencia es necesaria para cumplir con el mandato constitucional de *lex certa*, de manera que precisa qué conductas quedan subsumidas en el tipo, entonces también debe integrarse en la garantía de *lex praevia*, pues sólo así puede garantizarse que el ciudadano conozca (con anterioridad) el verdadero sentido normativo de la ley que habilita la imposición de una pena (72). Aceptar lo contrario –esto es, que el complemento jurisprudencial sea imprescindible para satisfacer la taxatividad, pero prescindible en términos de irretroactividad– implicaría permitirle al juez aquello que expresamente se le prohíbe al legislador: castigar retroactivamente conductas que, en el momento de su comisión, no estaban castigadas (73). Si el Tribunal Constitucional ha reconocido que la jurisprudencia completa el significado de la ley penal, dotándola de la precisión que el propio lenguaje natural no es capaz de ofrecer, entonces es coherente concluir que ese complemento

(67) Correcher Mira, J., *Principio de legalidad penal*…, *op. cit.,* p. 152.

(68) Donini, M., «Jueces y democracia…», *op. cit.*, p. 72.

(69) STC 69/1989, de 20 de abril, FJ 1.

(70) STC 89/1993, de 12 de marzo, FJ 2.

(71) Ferreres Comella, V., *El principio de taxatividad*…, *op. cit.*, p. 153.

(72) Alcacer Guirao, «La "Doctrina Parot"…», *op. cit*., p. 945; Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…», *op. cit*., p. 275: «si el TC la considera colmada [la *lex certa*] gracias a la labor jurisprudencial, la prohibición de irretroactividad desfavorable ha de alcanzar a ambos: delegante y delegado».

(73) García Albero, R. M., «¿Nullum crimen sine lex certa? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad», *Jueces para la democracia*, núm. 62, 2008, pp. 57-91; Ferreres Comellas, V., *El principio de taxatividad*…, *op. cit.,* p. 196; Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…, *op. cit*., p. 263.

hermenéutico debe quedar también sometido a la garantía de irretroactividad, pues solo de este modo se preserva la seguridad jurídica y la libertad del ciudadano frente a interpretaciones sobrevenidas que redefinan, con efectos *ex post facto*, el alcance de lo prohibido.

El reconocimiento de un cierto carácter vinculante de la jurisprudencia nos acerca al estudio de una figura protagonista en los países del *common law*: el precedente judicial, el cual supone que las decisiones judiciales previas deben ser respetadas y aplicadas a casos futuros con hechos similares, garantizando así racionalidad, seguridad jurídica e igualdad en la aplicación del Derecho (74). En virtud de este principio, en los sistemas angloamericanos, el precedente es fuente de Derecho tanto como lo es la propia ley escrita, y los tribunales están obligados a seguir las decisiones anteriores (*stare decisis*), tanto verticalmente (los tribunales inferiores deben atenerse a lo decidido por los superiores) como horizontalmente (los tribunales deben mantenerse en lo dispuesto en sus propias decisiones previas) (75). El precedente representa así la necesidad de ofrecer la misma solución a situaciones similares o idénticas (76) y se articula a través de una doble eficacia: vertical y horizontal. En este sentido, la figura del precedente, en cierta medida, también está presente en los países del *civil law* (77), toda vez que nuestros jueces aplican constantemente y de forma habitual tanto su propio precedente como el de los órganos superiores (78). Especialmente, en lo que respecta a la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, resulta innegable que ésta cumple una función normativa, pues no se limita exclusivamente a resolver el caso concreto, sino que su decisión sobre cómo se ha de interpretar una ley

(74) Correcher Mira, J., *Principio de legalidad penal*…, *op. cit*., pp. 141-142.

(75) Ahumada Ruiz, M. A., «*Stare decisis* y creación de derecho (constitucional)», en *Revista española de Derecho Constitucional,* núm. 67, 2003, p. 356.

(76) *Vid.* Cross, R., *Precedent in English Law*, 4.ª ed., Clarendon Press, Oxford, 2004, p. 3. El precedente encuentra su fundamento en los valores de racionalidad, seguridad jurídica, imparcialidad e igualdad, de manera que lo que se garantiza con el precedente judicial es, por un lado, la igualdad en la aplicación de la ley (tatar igual aquellos supuestos que son iguales) y, por otro lado, la racionalidad y coherencia interna del sistema (respetar las decisiones de los órganos jerárquicamente superiores). A nadie se le escapa que estos dos valores (igualdad y racionalidad del sistema) son igualmente la base de nuestro sistema judicial, de manera que una y otra cultura jurídica no son tan distintas como superficialmente pueda parecer.

(77) Laporta san Miguel, F. J., «La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente» en Ferreres Comella, V., y Xiol Ríos, J. A.: *El carácter vinculante de la jurisprudencia,* Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, p. 38.

(78) *Ibidem*. En contra, con matices, Vives Antón, T., *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, 1995, p. 238.

tiene efectos prospectivos, es decir, no sólo para el caso enjuiciado, sino especialmente para el futuro, vinculando al resto de jueces de órganos inferiores, más aún cuando se trata de doctrina consolidada (79).

En definitiva, debemos admitir que la jurisprudencia cumple una cierta función normativa (aunque, a diferencia de la ley, no tenga tal naturaleza), toda vez que la interpretación judicial completa el significado de la ley y, en este sentido, adquiere una naturaleza constitutiva respecto del contenido de las normas jurídicas. Ahora bien, ello no quiere decir que creación judicial y creación legal de Derecho sean procesos idénticos, al contrario, constituyen mecanismos ontológicamente distintos, y la única fuente de Derecho en sentido estricto es la ley, y no la jurisprudencia (80). En este contexto, además, es preciso reconocer que, en la práctica, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo «ya» opera como si fuera vinculante; de esta manera, admitir formalmente su función normativa simplemente abriría la puerta a la posibilidad de construir un sistema más coherente, que nos permita superar esa «doble personalidad» (81) que caracteriza los sistemas de *civil law*, y todos los problemas que de ello se derivan. En cuanto a si esto supone o no una vulneración del principio de separación de poderes, conviene plantearse, siguiendo a Ferreres Comella, si reconocer la fuerza vinculante de la jurisprudencia «no es democrático», ¿cuál sería entonces la alternativa? (82).

4.2.3 Argumentos de carácter constitucional

(79) Es más, reconoce Silva Sánchez, *Parte General*…, *op. cit.*, p. 327 que «La función de la legalidad es producir una interacción entre el poder legislativo y el judicial que redunde en interpretaciones judiciales legítimas, previsibles y estables». En este contexto, Laporta san Miguel, F. J, «La doctrina Parot…, *op. cit*., p. 342 habla de la «doble personalidad» que caracteriza a los sistemas del *civil law* respecto del valor de la jurisprudencia: «por un lado, afirmamos cotidianamente como principio que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es fuente del derecho y, por tanto, no genera precedentes vinculantes; y, por otro lado, la aplicamos mecánicamente a todos aquellos casos a los que pueda concernir». De esta manera, en la práctica, entonces, pese a que no reconocemos formalmente la idea del precedente judicial, la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo actúa como tal en numerosas ocasiones.

(80) Ferreres Comella, V., «Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia» en Ferreres Comella, V., y Xiol Ríos, J. A. (aa.): *El carácter vinculante*…, *op. cit.,* p. 74.

(81) Laporta san Miguel, F. J, «La doctrina Parot…, *op. cit*., p. 342.

(82) Ferreres Comella, V., «Sobre la posible fuerza vinculante…», *op. cit*., p. 74.

En cuanto al artículo 117 CE, se ha dicho que mientras los jueces queden sometidos únicamente al «imperio de la ley», serán independientes los unos de los otros, mientras que, de quedar vinculados por las decisiones de otros órganos jurisdiccionales, perderían independencia (83). Este planteamiento resulta sorprendente en un ordenamiento como el nuestro, caracterizado por un sistema de recursos formal y jerárquico, en el que los tribunales superiores son quienes hacen prevalecer su opinión sobre la de los tribunales inferiores, en ocasiones, incluso, obligando a retrotraer las actuaciones para que estos últimos fallen de conformidad con lo indicado por el órgano superior (84). Igualmente, resulta exagerado considerar que, si se sigue esta premisa, ninguno de los jueces que operan en sistemas de *common law* es independiente; no puede decirse que todos los jueces del mundo angloamericano, por seguir el precedente judicial, presenten una independencia judicial atrofiada (85).

Además, no debemos confundir la autonomía judicial, por un lado, y la independencia judicial, entendida desde el principio de separación de poderes, por otro. Si bien es cierto que los jueces deben ser independientes unos de otros (en el sentido de que las decisiones que tomen no deben verse influenciadas por las indebidas injerencias de otros (86)), debe precisarse que esto no es tanto independencia judicial, sino «autonomía» de cada órgano jurisdiccional (87). Así, cuando el artículo 117.1 CE hace referencia a la independencia judicial, realmente lo hace prescribiendo su independencia con respecto al resto de poderes públicos y, en particular, se exige que sea independiente respecto del Poder Ejecutivo (88). Mientras que la relación entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo no es, ni debe ser, de absoluta indepen-

(83) *Vid. supra*. 4.1.3.

(84) Ferreres Comella, V., «Sobre la posible fuerza vinculante…», *op. cit.,* p. 61.

(85) *Ibidem*.

(86) Es decir, una correcta administración de justicia no puede sustentarse en criterios motivados por el deseo de agradar o impresionar a los superiores jerárquicos, ni en la adopción de interpretaciones sugeridas por otros miembros del Poder Judicial sin una valoración crítica e independiente.

(87) De hecho, cuando Llobet Anglí expone el problema de la irretroactividad de la jurisprudencia y, concretamente, de la independencia judicial, habla precisamente de la «autonomía» de los jueces (Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…, *op. cit.,* pp. 257-258).

(88) En este sentido, sobre la necesidad de independencia del Poder Judicial respecto del Poder Ejecutivo, *Vid.* Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia,* Trotta, 2011, p. 203; Taruffo, M. «Consideraciones generales sobre la independencia de los jueces» en Nieva Fenoll, J., y Oteiza, E. (dirs): *La independencia judicial: un constante asedio*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 14.

dencia (pues el primero está sometido siempre al imperio de la ley), en un Estado de Derecho resulta imprescindible que el Poder Judicial sea independiente del poder político, de manera que pueda controlar la actuación de este último en términos de estricta legalidad (89). Por ello, cuando se establece que los jueces quedan sometidos únicamente al imperio de la ley, a lo que se hace referencia, en sentido fuerte, es a que los mismos no deben quedar sometidos a las órdenes del Poder Ejecutivo. En este sentido, la exigencia de independencia judicial a la que alude el artículo 117 CE, que responde a la idea de separación de poderes, exige que los jueces sean independientes, en particular, respecto del Poder Ejecutivo, de manera que este artículo no constituye necesariamente un inconveniente para el reconocimiento de la irretroactividad jurisprudencial.

En segundo lugar, en cuanto a la esencia retrospectiva de la jurisprudencia y al riesgo de fosilización, encontramos la solución en una institución propia de los países del *common law*, el *prospective overruling,* que pretende garantizar el desarrollo jurisprudencial sin sacrificar seguridad jurídica (90). Esta figura consiste en que, en la sentencia, los jueces deben pronunciarse respecto de la condena o absolución del acusado aplicando la interpretación consolidada hasta la fecha, pero, si lo estiman oportuno, pueden expresar que, para el caso enjuiciado, habría sido mejor una interpretación distinta, de manera que se anuncie la llegada de un cambio jurisprudencial (desfavorable), que solo tendrá efectos prospectivos (91). De esta manera, a través del *prospective overruling*, se mantiene el efecto comunicativo de la jurisprudencia, pues se expresa la idea de que existe otra solución, precisamente anunciada en la sentencia, que se considera más correcta o «más justa», permitiendo así la evolución de la jurisprudencia (92). En todo caso, no puede olvidarse que esta solución implica una renuncia importante, pues supone reconocer que existe otra

(89) Díaz García, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática,* Taurus, 9.ª ed., Madrid, 1998, p. 45: «El sentido histórico e ideológico del principio de separación de poderes es, así, evitar la concentración de poder en manos, sobre todo, del titular del ejecutivo».

(90) Con esta misma finalidad, en otras tradiciones, las denominadas cláusulas *Von nun an* o «de ahora en adelante» (*vid.* Scoletta, M., «El principio de legalidad penal europeo» en Díez Picazo, L. M., y Nieto, A. (coords.): *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Aranzadi, 2010, pp. 275-276; Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…, *op. cit*., p. 279. En contra de esta posibilidad, Madrid Conesa, F., *El principio de irretroactividad*…, *op. cit*., p. 23).

(91) Efectos prospectivos respecto de los «hechos»: la nueva interpretación desfavorable sólo se aplicará a aquellos hechos cometidos después de que la sentencia anunciase tal cambio.

(92) Silva Sánchez, J. M., *Derecho Penal*…, *op. cit*., p. 353.

opción, más justa, más acertada o más correcta para resolver el asunto, pero que no se va a aplicar en este momento, renunciado así a la justicia del caso concreto (93).

4.3 **El conflicto de fondo: ¿seguridad jurídica *vs.* justicia material? Un balance**

En definitiva, ante la problemática aquí expuesta, y tomando en consideración todos los argumentos propios de una y otra postura, parece que se trata de una cuestión enmarcada en el clásico enfrentamiento entre seguridad jurídica y justicia material: mientras que la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables se presenta como la mejor opción en términos de seguridad jurídica, la retroactividad de la misma parece ser la solución más respetuosa con los ideales de justicia material (94). Sin embargo, lo cierto es que la cuestión no es tan dicotómica como pudiera parecer: no se trata tanto de elegir entre uno u otro valor del ordenamiento jurídico, sino de alcanzar un cierto equilibrio. En ocasiones, en nuestro ordenamiento, renunciamos a cierta seguridad jurídica a cambio de obtener una respuesta «más justa» para el caso concreto. Así, por ejemplo, tal vez sería más seguro jurídicamente que los preceptos penales prescribieran una pena concreta o determinada, y no un marco penal (que, por cierto, en ocasiones, es especialmente amplio), pero se permite que existan marcos penales porque se considera que, de esta manera, el juez podrá ajustar mejor el reproche penal al caso concreto y, así, proporcionar una respuesta «más justa» (95). Se trata, entonces, de encontrar un equilibrio entre los valores enfrentados. En este sentido, a

(93) Sobre los problemas derivados del prospective overruling y las críticas al respecto, Ghatan, G. J., «The incentive problem with prospective overruling: a critique of the practice», en *Real Property, Trust and Estate Law Journal,* vol. 45, núm. 1, 2010, pp. 179-211.

(94) Así, por ejemplo, en la Stedh C. R. c. Reino Unido, la condena al acusado por haber violado a su esposa, aunque se pudiere considerar imprevisible, parece coincidir con algunos de nuestros ideales básicos en términos de justicia material: nos parece bien que sea condenado aquel que comete un delito contra la integridad sexual de la que es su esposa, aunque ello implique una condena imprevisible y suponga una pérdida en términos de seguridad jurídica, pues los bienes jurídicos afectados en este caso guardan una estrecha relación con la dignidad de la persona, que constituye la base de los derechos fundamentales y de la las relaciones entre los ciudadanos y el poder público en un Estado Social y Democrático de Derecho. *Vid.* Silva Sánchez, *Parte General*…, *op. cit.,* pp. 214-219.

(95) *Vid*. Mínguez Rosique, M., «La garantía olvidada del principio de legalidad: el mandato de determinación de la pena», en *Revista General de Derecho Penal,* núm. 31, 2019.

continuación, con el objetivo de lograr una respuesta que articule correctamente un equilibrio entre ellos, se propone la configuración de un «principio» de irretroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables.

V. UNA PROPUESTA

El análisis hasta aquí desarrollado permite afirmar que el reconocimiento de un cierto carácter vinculante de la jurisprudencia no implica una equiparación entre creación legal y creación judicial de Derecho; precisamente por ello, reconocer el carácter vinculante de la jurisprudencia no permite trasladar a esta, de forma automática, todas las garantías y prerrogativas que se predican respecto de la ley (96). En cambio, resulta necesario configurar un nuevo principio de irretroactividad de la jurisprudencia, en términos distintos del que ya existe respecto de la ley, que se adapte a las necesidades de aquella y al papel que la misma cumple en nuestro ordenamiento. Para ello, es necesario precisar qué debe entenderse por jurisprudencia irretroactiva: delimitar, primero, la configuración concreta de este «principio de irretroactividad de la jurisprudencia»; y, después, concretar de qué órganos ha de proceder para considerarse irretroactiva, y en qué circunstancias.

En primer lugar, es imprescindible precisar la naturaleza deóntica del principio que aquí se pretende configurar (97), para lo cual resulta necesario distinguir entre reglas y principios. En este sentido, la irretroactividad de la ley penal desfavorable, aunque habitualmente se denomine principio es, en el fondo, una regla (98), pues sigue un sistema binario, esto es, o se cumple o se incumple, sin posibilidad de excepciones y sin término medio, «sólo puede ser cumplida o no» (99), «razón por la cual no podrá entrar en ponderaciones o valoraciones de ningún tipo, pues se trata de una prohibición categórica» (100). Esto

(96) Ferreres Comella, V., *El principio de taxatividad*…, *op. cit.*, pp. 192-193.

(97) Explicando la naturaleza deóntica de los contenidos del principio de legalidad, Silva Sánchez, J. M., *Parte General*…, *op. cit.*, p. 326.

(98) Lascuraín Sánchez, J. A., *Principios penales democráticos*, Jurídica Continental, Madrid, 2021, p. 45; Rodríguez de Santiago, J. M., «Sobre la retroactividad de las normas a los cuarenta años de la Constitución Española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 202, 2019, p. 58.

(99) Alexy, R., *Teoría de los derechos*…, *op. cit*., p. 87.

(100) Minguez Rosique, M., «Retroactividad favorable… ma non troppo?» en Minero Alejandre, G., y Puente Rodríguez, L. (dirs.): *Anuario de la Facultad de*…, *op. cit.*, p. 293.

implica que la ley penal desfavorable será siempre irretroactiva, con independencia de que existan buenas razones de justicia material que justifiquen su aplicación, o de que pueda entenderse que el cambio legislativo era previsible para los ciudadanos. En cambio, otros contenidos del principio de legalidad penal se han configurado como mandatos de optimización, en el sentido Alexyano del término, que permiten una ponderación de los distintos valores superiores del ordenamiento cuando entran en conflicto; así, las exigencias de *lex stricta* y *lex certa* se configuran como principios (101), entendidos como mandatos de optimización (102): se trata de que las leyes sean «lo más precisas posibles», o que el juez se atenga «lo máximo posible» al tenor literal; es, pues, una cuestión de grado (103). A este respecto, la configuración de la irretroactividad de la jurisprudencia debe verse como un principio, derrotable cuando entra en contradicción con otros valores en juego, y no como una regla estricta, a diferencia de la irretroactividad de la ley penal. En este sentido, en el caso de la irretroactividad de la jurisprudencia, los dos valores superiores del ordenamiento que aparecen enfrentados son la seguridad jurídica –que, en el fondo, trata de garantizar la libertad de los ciudadanos (104)– y la justicia material (art. 1.1 CE) (105). En este contexto, considero que, ante una jurisprudencia consolidada y estable, existen imperiosas razones de seguridad jurídica que justifican la primacía de esta sobre la justicia material (106), y que los cambios jurisprudenciales desfavorables que modifiquen aquella jurisprudencia consolidada y estable deben quedar cubiertos por este principio de irretroactividad de la jurisprudencia.

Concretamente, en cuanto a qué jurisprudencia y en qué casos debe considerarse irretroactiva, entiendo que debe seguirse la misma lógica que es empleada en el *common law* para configurar el prece-

(101) Silva Sánchez, J. M., *Parte General*…, *op. cit*., p. 335, 4/38.

(102) Alexy, R., *Teoría de los derechos*…, *op. cit.*, p. 87.

(103) Moreso, J. J., «Principio de legalidad y causas de justificación» en Díaz y García Conlledo, M., y García Amado, J. A. (eds.): *Estudios de filosofía*…, *op. cit.,* pp. 402-403.

(104) Lascuraín Sánchez, J. A., «Cinco tesis sobre los límites de la libertad de expresión» en Querat Jiménez, J. J., y Cardenal Montraveta, S. (eds.): *Derecho Penal y Libertad de Expresión*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 22.

(105) Lascuraín Sánchez, J. A., «¿Debe ser irretroactiva…», *op. cit*.

(106) En términos similares, indica Llobet Anglí, M., «Jurisprudencia penal desfavorable…, *op. cit*., pp. 273-276 que, en caso de reconocer la irretroactividad de la jurisprudencia, la afectación al principio de separación de poderes no es de tal intensidad como para resultar insoportable, mientras que lo contrario (permitir la retroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables) sí supone una pérdida en términos de seguridad que resulta inadmisible en un Estado de Derecho.

dente horizontal. En este sentido, cada tribunal deberá verse vinculado por su propia jurisprudencia consolidada, de manera que quedarán comprendidos en la garantía de irretroactividad aquellos cambios jurisprudenciales desfavorables emanados de un mismo tribunal, dirigidos a modificar su propia jurisprudencia consolidada (eficacia horizontal) (107). Por supuesto, ello no implica que no sea posible desvincularse de la jurisprudencia consolidada hasta el momento, sino que, para apartarse de ella en sentido desfavorable, se deberá acudir a la técnica del *prospective overruling* (108) y emplear una especial carga argumentativa (109) que justifique ese cambio de parecer. En otras palabras, un cambio de interpretación jurisprudencial desfavorable, cuando emana de un tribunal respecto de su propia jurisprudencia consolidada, deberá quedar abarcado por el principio de irretroactividad, de manera que su criterio interpretativo ya solo podrá ser modificado con efectos prospectivos.

En segundo lugar, considero que un tribunal superior podrá ofrecer una interpretación desfavorable de un precepto que haya venido interpretándose de manera uniforme por tribunales inferiores y que esta nueva (y desfavorable) interpretación tenga efectos retroactivos. Así, por ejemplo, si una Audiencia Provincial lleva un determinado periodo de tiempo interpretando una ley en el mismo sentido, y se trata de una cuestión que nunca ha llegado al Tribunal Supremo, cuando llegue a este Tribunal, el mismo podrá interpretar dicha cuestión de manera desfavorable para el reo, si así lo considera, y este pronunciamiento podrá tener efectos retroactivos. Es cierto que, en este escenario, la solución propuesta implica un cierto sacrificio de seguridad jurídica, pero, como se ha dicho, esta materia no se presenta como un «todo» o «nada», sino como una cuestión de equilibrio. De esta manera, parece razonable y coherente con nuestro sistema judicial, que es jerárquico, que las decisiones del tribunal superior se impongan sobre las decisiones del tribunal inferior, pese a que este último hubiera asentado una cierta jurisprudencia (110). En este sentido, podría decirse que, si la cuestión no había llegado aún al máximo intérprete de la ley ordinaria, no era imprevisible que el mismo pudiera dar una solución que difiriera de lo dispuesto por los tribunales infe-

(107) Bacigalupo Zapater, E., «Jurisprudencia y seguridad jurídica», en Samper Juan, J. (dir.): *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Estudios de derecho judicial, núm. 34, Madrid, 2001, p. 134.

(108) Llobet Anglí, «Jurisprudencia penal desfavorable…», *op. cit*., p. 279.

(109) Ferreres Comella, V., *El principio de taxatividad*…, *op. cit*., p. 170.

(110) En contra, Llobet Anglí, «Jurisprudencia penal desfavorable…», *op. cit.*, p. 278.

riores (111). Ello es así porque solo la jurisprudencia del Tribunal Supremo crea un verdadero «precedente», pues su misión no es (o no es solo) resolver conforme al caso concreto (función retrospectiva de la jurisprudencia), sino también establecer criterios generales sobre cómo interpretar la ley, sentando los criterios interpretativos a seguir en el resto de supuestos de hecho similares (función prospectiva de la jurisprudencia) (112). Se resuelve así, además, aquella cuestión que preocupaba a quienes niegan la irretroactividad de la jurisprudencia por entender que los tribunales superiores quedarían vinculados por lo dispuesto en instancias inferiores.

Por todo ello, entiendo que la irretroactividad del cambio jurisprudencial desfavorable sólo procederá cuando este sea «imprevisible», es decir, la irretroactividad de un cambio jurisprudencial desfavorable no será automática, como ocurre con la ley, sino que únicamente procederá cuando exista una jurisprudencia claramente estable y consolidada respecto de la manera en que debe interpretarse una ley penal, pues solo entonces se imponen imperiosas razones de seguridad jurídica que justifican su irretroactividad, al haberse generado en el ciudadano una expectativa legítima sobre la manera de proceder de los tribunales, circunstancia que no ocurre cuando la jurisprudencia sobre la interpretación de una ley penal es vacilante, contradictoria o, directamente, inexistente (113). De esta manera, vemos una diferencia esencial entre la irretroactividad de la ley y la de la jurisprudencia, puesto que en el primer caso, la prohibición de retroactividad no se hace depender de la previsibilidad: cualquier ley penal desfavorable es siempre irretroactiva, por mucho que el ciudadano medio pudiera prever que se avecinaba un cambio legislativo, mientras que en el caso de la jurisprudencia estaríamos ante un mandato de optimización, esto es, la irretroactividad de la jurisprudencia entraría en un juego de ponderación con otros valores igualmente valiosos en el Estado de Derecho, y sólo resultaría de aplicación cuando se dieran imperiosas razones de seguridad jurídica que así lo justificasen (114).

En conclusión, la irretroactividad de la jurisprudencia debe configurarse como un principio, y no como una regla, lo que permite la ponderación entre los distintos valores esenciales del ordenamiento, como la justicia material y libertad de los ciudadanos. Este principio regirá siempre con una eficacia horizontal (un tribunal no podrá efectuar un cambio jurisprudencial desfavorable y retroactivo sobre su

(111) García Amado, «Sobre el principio de legalidad penal…», *op. cit*., p. 325.
(112) Ferreres Comella, V., *El principio de taxatividad*…, *op. cit.*, p. 160.
(113) Oliver Calderón, G., «¿Irretroactividad de…», *op. cit*., p. 374.
(114) Huerta Tocildo, S., «El contenido debilitado…», *op. cit*., p. 117.

propia jurisprudencia), pero no vertical (un tribunal superior, cumpliendo la debida carga argumentativa que justifique su cambio de parecer, podrá modificar la jurisprudencia consolidada por las instancias inferiores, aplicando un cambio jurisprudencial desfavorable y retroactivo). En otras palabras, el Tribunal Supremo no podrá alterar de manera desfavorable y retroactiva su propia jurisprudencia, que quedaría comprendida por el principio de irretroactividad, pero nada le impide modificar la jurisprudencia hasta ahora emanada de los tribunales inferiores, aunque ello suponga la aplicación retroactiva de un cambio jurisprudencial desfavorable.

VI. CONCLUSIONES

1. La jurisprudencia cumple una función normativa que consiste en determinar el concreto alcance y significado del texto legal y de la pena aplicable, es decir, la interpretación judicial, materializada a través de la jurisprudencia, completa el significado de la ley, cumpliendo así con el mandato constitucional de determinación de la ley penal. De esta manera, si el complemento jurisprudencial es imprescindible para cumplir con la exigencia de *lex certa*, en consecuencia, debe entenderse igualmente incluido en la garantía de *lex praevia*: si reconocemos que, en determinados casos, la jurisprudencia configura la conducta prohibida y su pena aplicable, entonces, imperiosas razones de seguridad jurídica –en el fondo, de libertad– obligan a que la misma quede incluida, también, en la garantía de irretroactividad.

2. La irretroactividad de la jurisprudencia no debe configurarse en los mismos términos en los que se da la irretroactividad de la ley penal desfavorable. La solución no puede ser extender las garantías del principio de legalidad penal a la jurisprudencia, esto es, no se trata de copiar aquella irretroactividad prevista para la ley y aplicarla, en idénticos términos, a la jurisprudencia. Por el contrario, es preciso configurar un nuevo principio de irretroactividad de la jurisprudencia, que se adapte a las particularidades y necesidades de ésta. Este principio –entendido como mandato de optimización– se caracteriza porque sólo resultará de aplicación allí donde los cambios jurisprudenciales desfavorables resulten del todo imprevisibles. Es decir, los cambios jurisprudenciales desfavorables que modifiquen una jurisprudencia consolidada y estable que viniera aplicándose de manera clara, deberán ser irretroactivos; sólo un tribunal superior podrá modificar tal jurisprudencia, cuando ésta provenga de tribunales inferiores, y en ningún caso podrá el Tribunal Supremo aplicar retroactivamente cam-

bios interpretativos desfavorables que modifiquen su propia jurisprudencia consolidada.

3. Un principio de estas características, en primer lugar, no supone una equiparación entre ley y jurisprudencia y, en consecuencia, no vulnera el principio de separación de poderes. Es más, tal y como aquí se ha expresado, precisamente porque se reconocen diferencias esenciales entre una y otra forma de crear Derecho, no se aboga por extender las prerrogativas del principio de legalidad también a la jurisprudencia –como si ley fuera– sino que se expone la necesidad de configurar nuevos límites para la interpretación judicial del Derecho penal. En segundo lugar, en cuanto a los límites que el ordenamiento constitucional parece imponerle a la postura que aquí se mantiene, por un lado, no existen preceptos constitucionales que de manera clara impidan la configuración de un principio de las características que aquí se define y, por otro lado, los problemas de fosilización o paralización de la jurisprudencia quedan buenamente solventados a través de instituciones que encontramos en el derecho comparado como el *prospective overruling*. Por último, la propuesta aquí formulada nos permite ganar en términos de valores constitucionales, pues ganamos en seguridad jurídica sin que la renuncia a la justicia material sea insoportable; más aún, debemos recordar que el ideal de justicia no es el único ideal que el Derecho penal debe perseguir. En este sentido, un sistema de justicia sin seguridad jurídica es un sistema injusto; para que el sistema sea justo, es necesario que el ciudadano sea libre, y la libertad requiere, de manera esencial, de seguridad jurídica.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AHUMADA RUIZ, M. A., «*Stare decisis* y creación de derecho (constitucional)», en *Revista española de Derecho Constitucional,* núm. 67, 2003, p. 356.

ALCÁCER GUIRAO, R., «La "Doctrina Parot" ante Estrasburgo: Del Río Prada c. España (STEDH 10.7.2012, núm. 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* núm. 43, Madrid, 2012.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

BACIGALUPO, E., «Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho Penal» en Montiel, J. P. (ed.): *La crisis del principio de legalidad en el*

nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 55-80.

Bacigalupo Zapater, E., «Jurisprudencia y seguridad jurídica», en Samper Juan, J. (dir.): *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Estudios de derecho judicial, núm. 34, Madrid, 2001.

Cid Moline, J., y Moreso Mateos, J. J., «Derecho Penal y filosofía analítica», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Tomo 44, fasc./mes 1, 1992.

Correcher Mira, J., *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, Tirant lo Blanch, 2018.

Cross, R., *Precedent in English Law*, 4.ª ed., Clarendon Press, Oxford, 2004.

Cuello Contreras, J., *El Derecho Penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del Delito,* Dykinson, 3.ª ed., Madrid, 2002.

Díaz García, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática,* Taurus, 9.ª ed., Madrid, 1998.

Donini, M., «Jueces y democracia. El papel de la magistratura y la democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios», en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional,* núm. 19, 2007.

Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia,* Trotta, 2011.

Ferreres Comella, V., «Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia» en Ferreres Comella, V., y Xiol Ríos, J. A. (aa.): *El carácter vinculante de la jurisprudencia,* Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, pp. 43-80.

— *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002.

García Amado, J. A., «Sobre el principio de legalidad penal y su alcance. De la previsibilidad como componente de la legalidad» en Pérez Manzano, M., y Lascuraín Sánchez, J. A. (dirs.): *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 313-334.

García Albero, R. M., «¿Nullum crimen sine lex certa? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad», *Jueces para la democracia*, núm. 62, 2008.

García Pérez, O., «El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia», en *InDret*, Barcelona, 2018.

Ghatan, G. J., «The incentive problem with prospective overruling: a critique of the practice», en *Real Property, Trust and Estate Law Journal,* vol. 45, núm. 1, 2010, pp. 179-211.

Guastini, R., «Interpretación y construcción jurídica», en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho,* núm. 43, 2015.

Herrero Álvarez, S., «Tratamiento legal de la MDMA y otras drogas psicoestimulantes en el nuevo Código Penal español de 1995», en Bobes García, J., y Lorenzo Fernández, P. (aa.): *Éxtasis (MDMA): un abordaje comprehensivo,* Masson, 1997, visitado *online* https://herreroabogados.com/publicaciones/Aspectos.htm (última vez 8 de diciembre de 2025).

HUERTA TOCILDO, S., «El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal» en Pérez Moneo, M.; García Roca, F. J., y Santolaya Machetti, P. (coords.): *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3.ª ed., Madrid, 2014, pp. 399-427.

HUERTA TOCILDO, S., «El derecho fundamental a la legalidad penal», *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 39, 1993.

JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación,* Marcial Pons, 2.ª ed., 1997.

KUHLEN, L., «Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía» en Montiel, J. P. (ed.): *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?,* Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 151-172.

LAPORTA SAN MIGUEL, F. J., «La doctrina Parot y la teoría del Derecho» en Pérez Manzano, M., y Lascuraín Sánchez, J. A. (dirs): *La tutela multinivel del principio de legalidad penal,* Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 335-348.

— «La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente» en Ferreres Comella, V., y Xiol Ríos, J. A. (aa.): *El carácter vinculante de la jurisprudencia,* Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, pp. 11-42.

— *El imperio de la ley. Una visión actual,* Trotta, 2007.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Jurisprudencial penal desfavorable: *gonna walk and don't look back*», en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico,* núm. 38, 2025.

— «¿Debe ser irretroactiva la jurisprudencia penal desfavorable? Un dilema», *Almacén de Derecho*, 2023.

— «Cinco tesis sobre los límites de la libertad de expresión» en Querat Jiménez, J. J., y Cardenal Montraveta, S. (eds.): *Derecho Penal y Libertad de Expresión*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 15-28.

— *Principios penales democráticos*, Jurídica Continental, Madrid, 2021.

— «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal» en Pérez Manzano, M., y Lascuraín Sánchez, J. A. (dirs.): *La tutela multinivel del principio de legalidad penal,* Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 119-148.

— *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional,* Aranzadi*,* 2009.

LLOBET ANGLÍ, M., «Jurisprudencia penal desfavorable y retroactividad: razones para su prohibición», en Minero Alejandre, G., y Puente Rodríguez, L. (dirs.): *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM (28). Derecho y retroactividad,* BOE, Madrid, 2024, pp. 253-285.

MADRID CONESA, F., *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo,* UV, Valencia, 1982.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Tirant lo Blanch, 6.ª ed., Valencia, 2022.

MINGUEZ ROSIQUE, M., «Retroactividad favorable…*ma non troppo*?» en Minero Alejandre, G., y Puente Rodríguez, L. (dirs.): *Anuario de la*

Facultad de Derecho de la UAM (28). Derecho y retroactividad, BOE, Madrid, 2024, pp. 287-309.

— «La garantía olvidada del principio de legalidad: el mandato de determinación de la pena», *Revista General de Derecho Penal,* núm. 31, 2019.

Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General,* 9.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011.

Montiel, J. P., «Estructuras analíticas del principio de legalidad», en *InDret*, Barcelona, 2017.

— «Introducción» en El Mismo (ed.): *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?,* Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 27-29.

Moreso, J. J., «Principio de legalidad y causas de justificación» en Díaz y García Conlledo, M., y García Amado, J. A. (eds.): *Estudios de filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 399-421.

Neumann, U., «¿Pueden tener los cambios jurisprudenciales in peius de los tribunales penales eficacia retroactiva?», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 20, Madrid, 1999.

Oliver Calderón, G., «¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XXIV, 2003.

Peñaranda Ramos, E., «Falsedades documentales», en Molina Fernández, F. (coord.): *Memento penal,* Francis Lefebvre*,* 2025.

— «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones» en El mismo, y Pozuelo Pérez, L. (dirs.): *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, AEBOE, Madrid, 2024, pp. 283-407.

Rodríguez de Santiago, J. M., «Sobre la retroactividad de las normas a los cuarenta años de la Constitución Española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 202, 2019, pp. 51-82.

Roxin, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,* Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1997.

Ruiz Antón, L. F., «El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia», en *Servicio de publicaciones de la Universidad de Extremadura,* Cáceres, 1989.

Scoletta, M., «El principio de legalidad penal europeo» en Díez Picazo, L. M., y Nieto, A. (coords.): *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Aranzadi, 2010.

Serrano González de Murillo, J. L., «Prohibición de retroactividad y cambios de orientación en la jurisprudencia», en *Servicio de publicaciones de la Universidad de Extremadura*, Cáceres, 1993.

Silva Sánchez, J. M., *Derecho penal. Parte General,* Civitas, Madrid, 2025.

— *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales,* BdeF, 3.ª ed., Madrid, 2011.

— «Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho Penal» en Díaz y García Conlledo, M., y García Amado, J. A. (eds.): *Estudios de filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 367-395.

SCHÜNEMANN, B., *Nulla poena sine lege?: Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, De Gruyter, 1978.

TARUFFO, M. «Consideraciones generales sobre la independencia de los jueces» en Nieva Fenoll, J., y Oteiza, E. (dirs): *La independencia judicial: un constante asedio*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 13-22.

VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

VIVES ANTÓN, T., *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, 1995.

WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte General,* Jurídica de Chile, 11.ª ed., 1970.