

**PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD Y CAMBIOS DE ORIENTACIÓN
EN LA JURISPRUDENCIA**

Por el Dr. JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO
Profesor Titular de Derecho Penal.
Universidad de Extremadura

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA VIGENCIA TEMPORAL DE LAS NORMAS PENALES
- II. ¿IRRETROACTIVIDAD DE LAS MODIFICACIONES JURISPRUDENCIALES DESFAVORABLES Y RETROACTIVIDAD DE LAS FAVORABLES?
- III. DIFERENCIAS ENTRE LAS REGLAS DE VIGENCIA DE LA NORMA JURÍDICA Y DE LA POSTURA JURISPRUDENCIAL
- IV. CONCLUSIÓN

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA VIGENCIA TEMPORAL DE LAS NORMAS PENALES

En relación con la vigencia de la ley penal en el tiempo supone una aseveración trivial recordar que la ley penal es un producto histórico-cultural de una determinada época, sin pretensión de validez indefinida¹; por el contrario, su vigencia viene delimitada por los momentos de entrada en vigor² y de derogación³. Ahora bien, al desarrollar el principio enunciado surgen problemas en los supuestos en que se suceden distintas leyes penales en el tiempo, cuando dicha sucesión se produce entre el momento de comisión del hecho y el de su enjuiciamiento (o, en general, antes de agotarse las consecuencias penales de la conducta), ya que el intérprete debe decidir cuándo se considera aplicable la antigua ya derogada y cuándo la nueva ley distinta. La regla general se enuncia mediante el principio *tempus regit actum*, a tenor del cual los hechos deben enjuiciarse, con las excepciones que después se verán, de acuerdo con la ley vigente en el momento de comisión del hecho. Y no podía ser de otro modo, según se desprende del principio de seguridad jurídica, ya que el destinatario de la norma tiene derecho a conocer las consecuencias jurídicas de sus actos en el momento de llevarlos a cabo, lo que resultaría imposible si dichas consecuencias se fueran a derivar de una norma aún no vigente en dicho momento. La exigencias de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, consagrados a nivel constitucional (arts. 9.3, 17.1 y 25 C.E.), se traducen, pues, en la prohibición de aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras. Exigencia fundamental del Estado de Derecho es que los ciudadanos puedan confiar en que las leyes penales no vayan a modificarse en sentido perjudicial para ellos con posterioridad a su actuación. Recuérdese, además, que, si se parte de que la norma penal desempeña primordialmente una función motivadora, su promulgación debe ser lógicamente previa al momento en que el sujeto adopta la decisión de actuar (en suma: sólo cabe ordenar de cara al futuro, no al pasado, por definición inmodificable), así como al despliegue de efectos de sus consecuencias jurídicas en caso de desobediencia. Dado, pues, que la norma penal está orientada a condicionar la adopción de decisiones individuales futuras (posteriores a su entrada en vigor), la prohibición de retroactividad de la ley impide caer en la tentación de promulgar leyes bajo la impresión de los hechos ocurridos, y a la medida de éstos exclusivamente (normas *ad hoc*). Expre-

¹ Cfr. J. M. Zugaldia Espinar, *Fundamentos de Derecho Penal (Parte General). Las teorías de la pena y de la ley penal*, Granada, 1990, pág. 253.

² El art. 2 del Código Civil establece que las leyes entran en vigor a los veinte días de su publicación en el B.O.E. si en ellas no se dispone otra cosa.

³ El art. 2 del Código Civil dispone que las leyes sólo se derogan por otras posteriores.

sando la misma idea desde la finalidad preventiva del Derecho penal con respecto a la comisión de futuros delitos, dicha función resulta difícil de concebir sin que se exprese previamente, mediante la promulgación de la ley, en qué consiste la conminación penal.

De este modo la ley derogada prolonga sus efectos a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque en el momento de aplicarla ya haya entrado en vigor la ley que la modifica⁴.

La única excepción a la regla general *tempus regit actum* viene representada por la de retroactividad de las leyes posteriores no vigentes aún en el momento del hecho cuando éstas resultan más favorables para su destinatario que las vigentes en el momento del hecho, según establece expresamente el art. 24 C.P.: «Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviese cumpliendo la condena». En estos casos, la ley penal retrotrae sus efectos a hechos cometidos antes de su entrada en vigor, pero en relación con los cuales aún no se han aplicado en su totalidad las consecuencias penales. La retroactividad se fundamenta en estos casos en que, dado que la valoración jurídica del legislador ha cambiado, resultaría injusto castigar (o castigar más duramente) imponiendo una pena con cuya procedencia se está en desacuerdo, esto es, que ya no convence en el momento en que debe imponerse⁵.

II. ¿IRRETROACTIVIDAD DE LAS MODIFICACIONES JURISPRUDENCIALES DESFAVORABLES Y RETROACTIVIDAD DE LAS FAVORABLES?

Ahora bien, si resulta evidente, e impuesto por exigencias del principio de legalidad, que la norma penal no puede aplicarse retroactivamente, se plantea, sin embargo, el problema de si las variaciones jurisprudenciales agravatorias (no mediando modificación legal alguna), posteriores a la comisión del hecho delictivo, están sometidas al régimen general que impide la retroactividad de las disposiciones sancionatorias desfavorables. Asimismo cabe cuestionar la aplicación retroactiva de las modificaciones de línea jurisprudencial favorables al reo⁶.

Tradicionalmente se han venido solucionando estos casos acudiendo a la figura del error de prohibición, entendiendo que en el momento decisivo *ante actum*, el autor erró sobre la trascendencia jurídica de su decisión de actuar, creyendo conforme a Derecho el comportamiento que con arreglo a la nueva jurisprudencia es antijurídico, al haberse orientado por la jurisprudencia que se aplicaba enton-

⁴ J. Cuello Contreras, *El Derecho Penal Español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones introductorias*, Madrid, 1993, pág. 199.

⁵ En tal sentido, entre otros, Cuello Contreras, *op. cit.*, pág. 201.

⁶ En ambos casos, lo que se afirme a partir de aquí no se entiende referido a las sentencias del Tribunal Constitucional en que se dilucida la conformidad a la Constitución de preceptos penales, sino exclusivamente a la jurisprudencia dictada en la aplicación e interpretación de la ley penal.

ces. La cuestión se planteó hace años en la doctrina alemana, como consecuencia del cambio de parecer jurisprudencial acerca del contenido mínimo de alcohol en sangre suficiente para estimar la incapacidad para conducir que determinaba la aplicación de los tipos penales de «puesta en peligro de la circulación» o de «conducción bajo los efectos de la embriaguez», ya que a partir de la Sentencia de 9 de diciembre de 1966 del Tribunal Supremo (B.G.H.) se aumentó el rigor en la interpretación de la norma, sustituyendo el contenido mínimo del 1,5⁰/₀₀ por el del 1,3⁰/₀₀⁷.

En cambio, otra corriente doctrinal⁸ ha sostenido que, al menos en lo que se refiere a la jurisprudencia clara y afianzada de los tribunales superiores⁹, los principios que orientan sus decisiones pueden llegar a hacer las veces de regulaciones legales (p. ej., en el establecimiento de las normas de cuidado cuya observancia excluye el comportamiento imprudente, en el ámbito de la circulación rodada). La aproximación de la actividad interpretativa de los tribunales a las fuentes del Derecho clásicas, debido a la igualdad de los problemas de teoría jurídica que plantean, debe ocasionar la ampliación de la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia¹⁰. Se considera, así, que aplicar retroactivamente una postura jurisprudencial más severa (bien sea la mantenida por el propio órgano judicial anteriormente, bien la establecida por un órgano judicial de superior rango) vulnera el principio de seguridad jurídica, del mismo modo que si se aplicara retroactivamente una norma, en la medida en que se estimaría delictivo (o bien constitutivo de un tipo agravado) un comportamiento que en el momento de su comisión no era considerado como tal por los tribunales¹¹. Así, sobre todo

⁷ Vid. al respecto B. Haffke, «Zur Problematik der 1,3-Promille-Grenze -BGHSt 21, 157», en *JuS*, 1972, págs. 448 y ss.

⁸ Cfr. F. Mattil, «Zeit und materielles Recht», en *Goldammer's Archiv* (en lo sucesivo, G.A.), 1965, págs. 139 y ss.; N. J. Gross, «Über das "Rückwirkungsverbot" in der strafrechtlichen Rechtsprechung», en G.A., 1971, págs. 13 y ss.; W. Strassburg, «Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (en lo sucesivo, Z.St.W.), 82, 1970, págs. 948 y ss.; A. Eser, en Schönke-Schröder *et al.*, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 18.^a ed., Munich, 1976, § 2, números marginales 9 y ss. Vid. amplia bibliografía en H. Tröndle, «Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel? Eine Betrachtung zu einem Scheinproblem der Strafrechtswissenschaft», en *Festschrift für Eduard Dreher*, Berlin-Nueva York, 1977, nota 3.

En España, L. F. Ruiz Antón, «El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la Jurisprudencia», en *Poder Judicial*, núm. especial VI, 1989, págs. 95 y ss.

⁹ En estos casos se produciría una defraudación de la confianza en el sentido futuro de las resoluciones judiciales, que daría lugar a lo que algún sector doctrinal ha denominado «error de confianza» (*Vertrauensirrtum*), que habría que diferenciar de los supuestos de riesgo jurídico (*Risikofälle*) en que existe jurisprudencia contradictoria de la que depende la tipicidad o atipicidad de la conducta, y en los que se trata de distribuir el riesgo derivado de la inseguridad jurídica. Cfr. al respecto, Gross, *op. cit.*, pág. 15. En el presente artículo sólo se abordará el primer grupo de supuestos.

¹⁰ Así, Gross, *op. cit.*, pág. 14.

¹¹ L. F. Ruiz Antón, *op. cit.*, pág. 105. Sin embargo, repárese en la inaplicabilidad práctica del planteamiento, al menos en lo que se refiere a los supuestos que dieron origen al debate, los de conducción con mayor o menor contenido de alcohol en sangre. La doctrina mencionada presupone a un conductor que, conociendo el límite de alcoholemia establecido por la jurisprudencia anterior, sabe también que el suyo se mantiene por debajo. Sin embargo, si el autor puede conocer hasta cierto

en los casos de jurisprudencia afianzada de nuestro alto tribunal, puede darse lugar a que los principios jurisprudenciales de decisión hagan las veces de normas legales, que deberían dotarse de la garantía de generalidad y objetividad que dimana de la prohibición de retroactividad. En otros términos: la seguridad jurídica no se reduce a la taxatividad y cognoscibilidad de la ley, sino que también requiere la certeza de su aplicación uniforme por parte de la jurisprudencia. Al afirmar lo se parte de que un loable concepto de la garantía de seguridad jurídica que conlleva la idea de que el ciudadano debe poder realizar un cálculo previo del contenido de las decisiones judiciales —en conexión con el comportamiento que se piensa llevar a cabo— conforme al criterio reiterado y constante que se haya venido manteniendo. (No obstante conviene matizar que resulta muy difícil precisar el concepto de jurisprudencia afianzada, en cuanto al número de sentencias necesarias, al grado de coincidencia entre éstas, así como a la mayor o menor proximidad temporal de las últimas adoptadas).

Además, se propugna que la jurisprudencia —singularmente la superior— debe juzgar cada caso en aplicación de criterios sistemáticos, generales, no ceñidos al caso concreto, sino de modo axiológicamente adecuado a todos los casos posibles, incluyendo a aquellos que puedan producirse en el futuro. Es decir, que si el criterio anterior fue válido en su momento para determinado grupo de casos, debe seguirlo siendo para los supuestos venideros encuadrables en ese grupo. No obstante, al afirmar lo que antecede no se tiene en cuenta lo que distingue a jurisprudencia de ley, esto es, su carácter necesariamente retrospectivo, ya que versa sobre conflictos sociales ya acaecidos, y se refiere directamente sólo a casos concretos.

Asimismo se invoca que a veces un giro radical en el sentido de la jurisprudencia tiene mayor trascendencia que una leve modificación legal¹², así como que actualmente al «Derecho judicial» corresponde una significación propia en la concreción del Derecho contenido en la ley¹³.

De igual modo se plantea la cuestión acerca de las consecuencias jurídicas de los cambios judiciales en sentido favorable al reo sobre los supuestos ya enjuiciados en aplicación de la postura jurisprudencial anterior, más estricta, y en concreto si debe reconocerse el derecho a solicitar la revisión de la sentencia condenatoria.

punto si persiste o ha cesado su capacidad de conducir, mientras sigue bebiendo, desde luego resulta imposible —al menos en los momentos críticos— que sea consciente del contenido de alcohol en sangre en términos exactos. En tal sentido, H. Tröndle, *Festschrift für E. Dreher*, págs. 117 y ss., especialmente págs. 121 y ss.; *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar* (en lo sucesivo, *L.K.*), 10.^a ed., t. I, 1985, § 2, núm. marginal 23. Además, se trata de unos supuestos en que cabe entender que la modificación jurisprudencial se refiere a normas procesales probatorias (en concreto, al margen de seguridad que la jurisprudencia añadía al límite de alcoholemia establecido por la normativa de carácter administrativo), no afectadas por la prohibición de retroactividad; por eso Tröndle habla a este respecto de «problema aparente».

¹² Strassburg, *op. cit.*, pág. 953.

¹³ H. L. Schreiber, «Rückwirkungsverbot bei einer Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht», en *Juristen Zeitung* (en lo sucesivo, *J.Z.*), 1973, págs. 715 y ss.

En aplicación de la corriente doctrinal acabada de exponer, sí cabría la revisión de la sentencia en solicitud de aplicación retroactiva de la postura posterior más favorable, puesto que la jurisprudencia vendría a complementar la norma en lo que se refiere al alcance de la materia de prohibición o de la penalidad.

III. DIFERENCIAS ENTRE LA REGLAS DE VIGENCIA DE LA NORMA JURÍDICA Y DE LA POSTURA JURISPRUDENCIAL

Sin embargo, frente a la doctrina que pretende equiparar el tratamiento de la sucesión de normas y de la sucesión de posturas jurisprudenciales, cabe aducir diversos argumentos, relativos al distinto cometido que desempeñan una y otra en la articulación del ordenamiento jurídico y al diverso modo de funcionamiento de ambas.

En primer lugar, la prohibición constitucional de la irretroactividad se refiere exclusivamente a las «*disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*» (art. 9.3 C.E.), no al Derecho, como conjunto de la norma y su interpretación¹⁴.

Como señala Jakobs, «a la igualdad de efectos (de la ley y de la jurisprudencia) no corresponde igualdad de funciones»¹⁵; expresión con la que se pone de manifiesto que las pautas obligatorias básicas del modo de proceder de la jurisprudencia (sujeción a ley de las decisiones y obligación de fundamentarlas a partir de aquélla) resultan incompatibles con el establecimiento respecto de ellas de la prohibición de retroactividad.

De lo contrario, el órgano judicial que, sobre la base de argumentos racionales, ha llegado a la conclusión –y a la convicción– de que la delimitación del alcance de un precepto penal debe ser distinto, no podría aplicar la interpretación que considera más adecuada a Derecho sólo porque en el pasado la opinión que mantenía haya sido distinta, y ésta haya servido de orientación a la conducta del ciudadano en el momento en que se decidió a actuar, bien conforme a Derecho, bien antijurídicamente; en definitiva, debería decidir de modo contrario a su convicción jurídica. Como gráficamente advierte Jakobs¹⁶, de este modo se impediría a la Administración de Justicia aprender de sus propios errores. Es decir, que la propia experiencia de interpretaciones anteriores después estimadas inadecuadas debe poder servir de base –y no de impedimento– para que la jurisprudencia alcance soluciones consideradas más justas, esto es, más ajustadas a la ley. De otro

¹⁴ En el mismo sentido, el art. 25.1 C.E. establece que «nadie podrá ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». En relación con la disposición constitucional correspondiente en el ordenamiento alemán, cfr. Tröndle, *Festschrift für E. Dreher*, págs. 124 y ss.

¹⁵ G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín-Nueva York, 1991, págs. 104 y ss.

¹⁶ *Op. cit.*, pág. 104.

modo, si a la jurisprudencia se le impide modificar una postura que ha dejado de considerar pertinente, se la condena, por una parte, a la imposibilidad de fundamentar adecuadamente sus decisiones, ya que los argumentos que condujeron a la línea seguida anteriormente han dejado de tener fuerza de convicción para el órgano judicial, y, por otra, se le libera de la sujeción a ley, pues la antigua línea ya no se entiende como la más conforme a Derecho.

Téngase en cuenta que cuando una nueva línea jurisprudencial difiere de otra anterior no está creando nuevo Derecho positivo, sino simplemente encontrando, dentro del Derecho positivo existente, la interpretación considerada correcta¹⁷; en este modo de proceder reside la mutabilidad y adaptabilidad del Derecho, su capacidad de acomodarse paulatinamente a la cambiante realidad social, en un sistema jurídico como el nuestro, que no basa la creación del Derecho *–stricto sensu–* en el precedente judicial vinculante, sino sólo en la modificación legislativa. Cuando una línea jurisprudencial innovadora se aplica a hechos cometidos con anterioridad (y no de otro modo, sino sólo retroactivamente, es posible iniciar una nueva línea), la retroactividad no se deriva de un mandato contenido en una norma, sino de la superior fuerza de convicción de la resolución considerada ahora como justa.

Por otra parte, la prohibición de retroactividad, en relación con la labor legislativa, ha de entenderse como condición indispensable para que sean tolerables los actos soberanos del legislador, en cuanto que mediante la orientación de la norma hacia los casos futuros, y no hacia los pasados, se garantiza su objetividad y generalidad, despejando los recelos que suscitaría el hecho de que estuviera pensada para supuestos singulares ya ocurridos. Pues bien, al extender la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia se estarían confundiendo las funciones de legislador y tribunales, equiparando la labor de éstos a la promulgación de leyes.

La confianza de los ciudadanos en el sentido de las decisiones judiciales efectivamente existe en la práctica, pero cuestión distinta es que ésta sea jurídicamente protegible hasta el punto de establecer la prohibición de retroactividad con respecto a ellas, ya que de este modo se coartaría la libertad de la Administración de Justicia. Hay que recordar que el órgano judicial está obligado a resolver de conformidad con la ley vigente en el momento del hecho, lo que convierte en impredecible, hasta cierto punto, el sentido de su decisión¹⁸.

Ahora bien, cabría contraargumentar que de este modo se corre el riesgo de que las consecuencias jurídicas que se deriven para el ciudadano estén sometidas al albur de resoluciones arbitrarias. Sin embargo, a tenor de los principios de taxatividad de la ley penal y de prohibición de la analogía en la interpretación, que imposibilita sobrepasar el tenor literal de la norma, al juez sólo le queda un

¹⁷ En tal sentido, Tröndle, *L.K.*, § 2, núm. marginal 18.

¹⁸ En tal sentido, H. J. Rudolphi, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch», t. I, *Allgemeiner Teil* (en lo sucesivo, *S.K.*), 5.^a ed., § 1, núm. marginal 8.

ámbito muy reducido de libertad interpretativa, a diferencia de lo que ocurre con el legislador, que posee un margen de libertad muchísimo más amplio, de donde resulta que la capacidad de maniobra de los órganos judiciales es infinitamente inferior a la del legislador, estando reducida al desarrollo y concreción del contenido de la ley vigente en el momento del hecho. Consiguientemente, mientras que el legislador siempre puede aportar regulaciones radicalmente nuevas, la labor jurisprudencial difícilmente puede hacerlo, al deberse mantener dentro de los estrictos límites de la norma taxativa aplicable al caso. Por expresarlo gráficamente, las eventuales modificaciones en la jurisprudencia ya están prefiguradas, preesbozadas, en la norma. Así pues, si se toman en serio los principios de taxatividad y de prohibición de analogía, mediante ellos cabe satisfacer suficientemente las exigencias de seguridad y predecibilidad en la aplicación del Derecho, sin necesidad de sacrificar el ya de por sí exiguo margen de libertad judicial aún disponible.

No obstante, a las consideraciones que anteceden cabría replicar que existen normas que sólo se llenan de contenido mediante la labor judicial de interpretación, en aquellos supuestos en que el propio legislador, por exigencias de la materia a regular, ha confiado amplio margen de libertad al juzgador, sobre todo en la configuración de algunos tipos (recuérdese la cuestión del grado de alcoholemia necesario para considerar que en el conductor se da la incapacidad absoluta de conducir). Así pues, en la medida en que conceptos jurídicos relativamente indeterminados otorgan al juez un ámbito de maniobra, se ve frustrado el fin (de garantizar la objetividad en el tratamiento de todos los supuestos) que justifica la prohibición de retroactividad¹⁹. Evidentemente, aun en esos casos en que el legislador, no tomándose en serio el principio de taxatividad de las descripciones típicas, ha hecho dejación parcialmente de sus funciones en favor del juzgador, no cabe plantear que las tendencias jurisprudenciales –por constantes y reiteradas que sean– reciban un tratamiento similar al de la ley. Y ello es así porque ni siquiera el propio legislador puede ordenar la asunción de sus funciones por los órganos judiciales.

Por otra parte, es cierto que la decisión jurisprudencial que interpreta el Derecho supone una complementación del contenido y alcance de la norma, pero presenta una particularidad esencial, en el modo de darse a conocer al ciudadano, en comparación con las normas legislativas: el fallo judicial no se dicta con carácter general, desvinculado de todos los casos singulares, sino en relación con uno concreto. De seguir el argumento que atiende ante todo a la seguridad jurídica (valor también protegido constitucionalmente en el art. 9.3), a la confianza en el sentido de las decisiones jurisprudenciales ya adoptadas, se llegaría a la conclusión de que el primer asunto al que se aplica la nueva corriente jurisprudencial (esto es, aquel con el que se inicia) sería el primero en que se aplicaría éste «retroactivamente», y, si cabe expresarlo así, *más retroactivamente aún* que en los casos

¹⁹ Cfr. Gross, *op. cit.*, pág. 16.

ulteriores ya cometidos pero pendientes de enjuiciamiento. Los ciudadanos implicados en el asunto en cuestión sobre los que se aplica, iniciándola, la interpretación más gravosa tenían la expectativa legítima de que, al enjuiciar su caso, iba a continuar la línea jurisprudencial anterior, expectativa que se ve defraudada por la modificación gravosa.

Con respecto a la que antecede, cabría redargüir que es posible distinguir la aplicación a este primer supuesto de la aplicación a supuestos ulteriores, pero tal distinción carecería de sentido, ya que en ambos casos existen expectativas legítimas a que «la situación jurídica siga como está», a que la regulación jurídico-penal (como conjunto formado por la norma escrita y la jurisprudencia que la complementa) no cambie en el sentido de tornarse más gravosa. En ambos casos –tanto cuando se inicia la línea jurisprudencial como cuando se continúa aplicándola a supuestos cometidos con anterioridad al cambio– en el instante decisivo en que el sujeto toma la decisión de infringir u obedecer la norma, «estaba en vigor» una corriente jurisprudencial menos gravosa, de acuerdo con la cual –siempre según la teoría criticada– orientar la decisión. Y, sin embargo, no se llega a dar el paso de extraer consecuencia tan evidente.

Existe, pues, una evidente diferencia fundamental entre la potestad de promulgar leyes y la de dictar sentencias en aplicación y complemento de las leyes. El poder legislativo puede *promulgar* con vistas al futuro una ley penal más drástica, que se aplicará, si bien no a los casos cometidos *antes* de su entrada en vigor y aún no juzgados –o en que aún no se han desplegado todas las consecuencias penales–, sí a los casos cometidos *después* de su entrada en vigor. En cambio, la enunciación de una sentencia en la que se da comienzo a una corriente jurisprudencial más gravosa resultaría de todo punto imposible, porque nunca podría aplicarse *por primera vez* sin vulnerar *ipso facto* la confianza de los destinatarios de las normas en el contenido y alcance de éstas. Y sin primera vez, huelga advertirlo, no serían posibles tampoco ulteriores ocasiones.

En suma, la línea jurisprudencial nueva, más gravosa, carece de la posibilidad de promulgarse en abstracto, esto es, sin relación con un caso en concreto, como tampoco podría, utilizando como ocasión el primer supuesto, dictarse sólo para los casos futuros (si así fuera posible, cabría, entonces sí, plantear la posibilidad de «entrada en vigor» de la línea jurisprudencial únicamente para los hechos aún no cometidos, *prospectivamente*) sin ser aplicable ya a ese primer supuesto de referencia. Como acertadamente señala Rudolphi, extender la prohibición de retroactividad a las modificaciones de la jurisprudencia forzaría a introducir un nuevo estilo de resolver judicialmente (por ejemplo, cabría limitar ese nuevo estilo a un *ob iter dictum* y reservarlo para casos futuros, aplicando aún la línea antigua en el caso en cuestión²⁰: cláusula de «en lo sucesivo»), incompatible con nuestro sistema

²⁰ Así, entre otros, Strassburg, *op. cit.*, pág. 967; Knittel, *Zum Problem der Rückwirkung bei Änderung der Rechtsprechung*, Juristische Studiengesellschaft, Karlsruhe, 1970, pág. 59; Kohlmann, *Der Begriff der*

procesal²¹, como reconocen incluso quienes propugnan la solución apuntada²². Y lo que procesalmente no es factible tampoco es ajustado a Derecho *de lege lata*.

Si, como se indicaba más arriba, la prohibición de retroactividad de la norma penal se fundamenta en evitar la tentación de promulgar disposiciones *ad hoc* para casos concretos, la resolución judicial está dirigida, por su propia naturaleza, al caso concreto, aplicando a éste la ley ya vigente en el momento de producirse²³. Los partidarios de introducir las innovaciones mediante la cláusula de «en lo sucesivo», obviamente, no pueden modificar los modos de ser característicos de norma y jurisprudencia, sino que simplemente se proponen atribuir a determinadas resoluciones judiciales anteriores (la jurisprudencia afianzada) efectos equiparables a los de normas. De este modo el órgano judicial ya no puede resolver propiamente para el caso concreto, sino para los futuros, comportándose como un legislador. Y, lo que es más importante, los órganos judiciales que decidieran en el futuro se verían vinculados por decisiones anteriores, en lugar de por la propia convicción judicial. En definitiva, la resolución judicial no puede pasar de serlo, elevándose a la categoría de ley, por mucho que se haya decantado en jurisprudencia afianzada.

Así pues, el precio, desproporcionadamente alto, que habría que pagar por asegurar la confianza en el sentido de las decisiones jurisprudenciales futuras sería el del inmovilismo absoluto de la jurisprudencia. En efecto, la teoría que pretende ampliar la prohibición de retroactividad a las modificaciones jurisprudenciales conduciría, según su planteamiento de partida, a impedir cualquier innovación

Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften, Colonia, 1969, pág. 290. Más bibliografía en Tröndle, *L.K.*, § 2, nota 46. O bien, como ha señalado Schreiber (*J.Z.*, 1973, pág. 718), habría que introducir un procedimiento objetivo, iniciado por la Fiscalía General ante el Tribunal Supremo con la finalidad de introducir la línea jurisprudencial deseada, con independencia del caso concreto, y con eficacia exclusiva para supuestos futuros (aun no ocurridos). Sin embargo, como señala Tröndle (*Festschrift für Dreher*, págs. 127 y ss.; *L.K.*, § 2, núm. marginal 24), ni aun introduciendo tal procedimiento cabría evitar que los órganos judiciales, aplicando simplemente la ley vigente en el momento del hecho, pusieran en práctica la nueva línea jurisprudencial a hechos ocurridos antes de darse a conocer ésta, en razón de considerarla más correcta y apropiada al resultado del estado más avanzado de desarrollo doctrinal.

²¹ La llamada —en Derecho anglosajón— *prospective overruling*, «cláusula de a partir de ahora» o «advertencia de modificación». Cfr. J. Rudolphi, *S.K.*, § 81, núm. marginal 8. Una crítica concienzuda de este sistema se encuentra en Tröndle, *Festschrift für E. Dreher*, págs. 124 y ss. En efecto, los problemas, así como las incoherencias, que generaría la implantación del mencionado sistema serían innumerables; por citar algún ejemplo, piénsese en la necesidad de que el tribunal decida en contra de su convicción, puesta ya de manifiesto en la advertencia de modificación (y que así deban hacerlo asimismo los demás tribunales en relación con hechos previos al cambio de línea), o en la forma en que habría que llevar a cabo la «publicación» del cambio (¿qué órganos judiciales tendrían la potestad de hacerlo?, ¿dónde?, etc.) (*Festschrift für E. Dreher*, págs. 130 y ss.).

²² Así, Schreiber, *J.Z.*, 1973, pág. 717; Gross, *op. cit.*, pág. 19.

²³ La inmanencia de la retroactividad a la actividad judicial ha permitido a Tröndle (*Festschrift für E. Dreher*, pág. 134) advertir gráficamente que la resolución judicial, como aplicación judicial de la ley al caso concreto, es «en sí retroactividad». Y si la retroactividad es esencial en la actividad judicial, difícilmente puede verse vedada (pág. 136), ya que ni siquiera el legislador puede alterar la naturaleza de las cosas (pág. 135).

jurisprudencial en sentido desfavorable, reduciendo a cero en este aspecto, por tanto, el margen de libertad de la jurisprudencia en su función de complementar la regulación legal, condenándola al inmovilismo.

Para evitarlo hay que discutir el propio punto de partida de la doctrina criticada, afirmando que el ciudadano sólo debe orientar primariamente su conducta con arreglo a la norma, y no con arreglo a las disposiciones jurisprudenciales que complementan a ésta. El ciudadano debe tener en cuenta que la jurisprudencia es mudable, y que sólo en escasa medida se encuentra reconocida y garantizada su confianza (esto es, su juicio de pronóstico) en que las posturas jurisprudenciales se mantengan.

En cambio, el destinatario de la norma debe saber que en nuestro sistema jurídico los órganos judiciales no están vinculados por el precedente —esto es, ni por el sentido de sus propias decisiones anteriores ni por las de tribunales superiores—, sino únicamente por la ley, y que a partir de la necesidad de fundamentación racional de la decisión judicial, mediante una argumentación lógica —bien sea teniendo en cuenta razones antes no advertidas, bien otorgando preponderancia a otras antes preteridas— se puede llegar a mantener hoy la postura diametralmente contraria a la que se mantuvo ayer. Así queda garantizada la evolución de la jurisprudencia en su tarea de aplicar la ley, acomodándola tanto a los progresos que van sucediéndose en la ciencia jurídica como a la evolución de las propias concepciones sociales. Paradójicamente, quienes mantienen (para fundamentar la extensión de la prohibición de la retroactividad a la jurisprudencia) que ésta desempeña no sólo una mera función de *aplicación*, sino también de *creación* del Derecho²⁴, mediante la ampliación de la prohibición de retroactividad que propugnan cierran el paso a la posibilidad de *crear* Derecho por medio de la evolución innovadora (recuérdese que nuestro ordenamiento procesal carece de mecanismos como la *prospective overruling* para introducir nuevas líneas jurisprudenciales, en caso de que se vea la aplicación retroactiva), así como a la posibilidad de *aplicar* el Derecho considerado correcto en el momento de la decisión.

La postura que aquí se defiende equivale a decir: en el momento en que se enjuicie el caso concreto, el sujeto no puede descartar que el sentido de la decisión judicial vaya a ser distinto, y ello puede tanto beneficiarle como perjudicarlo, según se restrinja o amplíe el ámbito de lo prohibido. Por lo tanto, tampoco puede contar con que en el futuro la interpretación jurisprudencial vaya a seguir siendo tan estricta como lo venía siendo, y como se le ha aplicado a su caso; sino que la mutabilidad de la jurisprudencia puede dar lugar a que en un caso posterior al suyo se aplique una doctrina más favorable que la que se le aplicó en su momento, sin que ello dé lugar a un supuesto derecho a la revisión de su sentencia.

²⁴ Así, Gross, *op. cit.*, págs. 16 y ss.; Strassburg, *op. cit.*, págs. 950 y ss.

V. CONCLUSIÓN

En definitiva, el único modo de evitar que se anquilese la jurisprudencia, de garantizar que pueda modificarse en el momento oportuno para, en virtud de argumentos racionales, ajustarse con más precisión al sentido de la norma legal que las necesidades sociales demandan, es que las expectativas del ciudadano acerca del contenido de las decisiones jurisprudenciales sean *defraudables*, que la seguridad jurídica se entienda referida a las normas en sentido estricto, y no a su complemento jurisprudencial.

En tal sentido, a fin de que tal defraudación se minimice en la medida de la posible, se debería reducir, en el ámbito penal, el ámbito de decisión de la jurisprudencia, evitando la necesidad de que los tribunales hagan las veces de legislador, como por ejemplo en el caso de la descripción de las conductas contrarias a cuidado en la circulación rodada, aumentando en la medida de lo posible la precisión de las descripciones típicas legales.

Por otra parte, para resolver los casos de confianza de los ciudadanos en que la jurisprudencia no experimente variaciones desfavorables, habrá de recurrirse no a la prohibición de retroactividad de la jurisprudencia, sino a la figura del error de prohibición.

Dicho sea a modo de inciso, conviene recordar que en los casos objeto de estudio se trata de error de prohibición (y no, en algunos casos, de error de tipo o error de subsunción)²⁵, aun a pesar de que en ellos el objeto de error sean elementos del tipo, dado que el aspecto verdaderamente relevante del conocimiento deficiente es la interpretación de tales elementos, no su concurrencia en la realidad. El conocimiento o ignorancia del contenido o alcance de un elemento típico sólo puede calificarse de error de prohibición, puesto que se refiere al contenido y alcance de la materia de prohibición de una norma penal. En los casos en que el sujeto confía en determinado sentido futuro de la interpretación jurisprudencial, éste conoce suficientemente la realidad objetiva de los elementos que realiza y simplemente yerra sobre su trascendencia jurídica.

Pese a lo que a primera vista pudiera parecer, la solución apuntada conduce en buena medida a resultados paralelos a los de la que propugna la irretroactividad para la jurisprudencia. En efecto, si se entiende a la jurisprudencia como último recurso al que acudir para informarse adecuadamente acerca del alcance de los tipos penales²⁶, las eventuales indagaciones del sujeto celoso de obrar

²⁵ Así, J. Baumann («Grenzen der individuellen Gerechtigkeit im Strafrecht», en *Summum jus, summa injuria*, 1963, págs. 117, 125) considera los supuestos en que el sujeto se guió al actuar por la jurisprudencia anterior, incluíbles en la figura del error de subsunción, irrelevante, entendiendo que el autor debe soportar el riesgo de que su interpretación de la ley sea incorrecta. Poco más tarde (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., 1964, pág. 105), reparando en que se trata de un error no sobre elementos del tipo, sino sobre la interpretación del alcance de la descripción típica, recurre a la figura del error de prohibición.

²⁶ En tal sentido, Gross, *op. cit.*, págs. 17 y ss. En estos casos se produce lo que Strassburg (*op. cit.*,

conforme a Derecho siempre acabarían topándose con la jurisprudencia, que en lugar de despejar su error lo reforzaría. Pero incluso aquel otro sujeto que, en la duda acerca de la antijuricidad del comportamiento, no ha realizado ulteriores indagaciones, también habrá incurrido en error de prohibición, ya que sólo cabe reprocharle no haber emprendido aquellas indagaciones que le habrían llevado a salir del error, y en estos casos, de haber investigado acerca de la jurisprudencia, se habría mantenido en su error. En ambos supuestos, pues, tanto si se conoció la jurisprudencia que consideraba el hecho atípico como si, por omisión de la indagación, no llegó a conocerse, el error de prohibición cabe conceptualarlo como inevitable, determinante de la plena exculpación.

Sólo aquel que actuó sin dudar acerca de la contrariedad a Derecho de su conducta, en la medida en que no sufrió error de prohibición, actuó con culpabilidad: en este grupo difieren las soluciones de la doctrina que propugna la irretroactividad y la del error de prohibición. Y, en aquellos grupos de supuestos en que los resultados son paralelos, la coincidencia es sólo parcial, ya que la doctrina criticada mantiene la *atipicidad* de las conductas realizadas antes de la emisión de la nueva línea jurisprudencial, y la aquí propuesta la *exclusión de la culpabilidad* por falta de conocimiento de la antijuricidad. Las consecuencias jurídicas –huelga advertirlo– divergen notablemente, aun cuando ambas soluciones conduzcan a la ausencia de imposición de penas.

La solución que se propugna, sin embargo, es objeto de críticas, invocando su insuficiencia²⁷.

En efecto, se ha advertido que no da respuesta a los casos en que la variación jurisprudencial afecta a otros presupuestos de la pena distintos al conocimiento de la antijuricidad, como cuando la jurisprudencia deja de estimar una condición objetiva de punibilidad, o innova desfavorablemente en su interpretación del sistema de determinación de la pena, o de las causas de inimputabilidad²⁸. Frente a tal argumento, hay que señalar, en primer lugar, que la objeción no es privativa de la doctrina aquí sustentada, sino que afecta del mismo modo a la contraria en cuya defensa se esgrime; en efecto, la defraudación de expectativas del mantenimiento de la corriente jurisprudencial anterior menos gravosa no sólo se produce para los casos de aplicación de la doctrina para ulteriores supuestos de hecho ya cometidos antes de la «entrada en vigor» de la nueva corriente jurisprudencial y juzgados con posterioridad a ésta, sino incluso para el primer procedimiento concreto en que se dio comienzo a dicha corriente más desfavorable. Y, en segundo lugar, la tesis aquí propugnada sí da respuesta a estos supuestos problemáticos, si bien tal respuesta entraña sostener la irrelevancia del error sufrido por el sujeto, como no podía ser menos, dada la naturaleza del objeto sobre el que

págs. 959 y ss.) ha llamado «error de prohibición (del ciudadano) basado en un error de prohibición (el sufrido por la propia jurisprudencia anterior)».

²⁷ Así, Strassburg, *op. cit.*, págs. 960 y ss.

²⁸ Ruiz Antón, *op. cit.*, págs. 105 y ss. Al respecto, cfr. también F. Madrid Conesa, *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*, Valencia, 1982, pág. 84.

versa la expectativa defraudada: el alcance de la inimputabilidad o de las causas de exclusión de la punibilidad, o bien la forma de determinación de la pena. Simplemente, se define como error a la expectativa que se ha visto defraudada, y no se establece diferencia alguna con el tratamiento genérico de la clase de error de que se trate.

No se entiende por qué el error sobre la materia referida basado en un pronóstico equivocado sobre el sentido de la decisión judicial haya de recibir un tratamiento distinto que cuando se basa en otras causas, como por ejemplo el originado por haber interpretado dicha materia sobre la base de alguna de las posiciones sustentadas en la dogmática penal, puesto que tanto ésta como la jurisprudencia operan de acuerdo con los mismos principios de sujeción a la ley y de búsqueda, mediante instrumentos racionales, de las soluciones jurídicas.