

# JURISPRUDENCIA PENAL Y LIBERTAD: CRÍTICA DE ALGUNAS DISFUNCIONES RECIENTES\*

Caty Vidales Rodríguez

Profesora de Derecho penal  
Universidad Jaime Primer

**Sumario:** 1. Planteamiento. 2. El mandato de taxatividad o de determinación de la ley penal. 3. El valor de la jurisprudencia. 4. Vulneraciones jurisprudenciales al principio de legalidad. A) Interpretaciones extensivas en contra del reo. B) Abandono de un precedente consolidado. 5. A modo de recapitulación: libertad, principio de legalidad y Tribunal Constitucional.

## 1. PLANTEAMIENTO

Recientemente, Vives Antón ha hecho una exacta descripción de la situación jurídica de España que, con todo acierto, califica de laberíntica. En ese trabajo pone de manifiesto que lo que se halla en tela de juicio es la totalidad del sistema jurídico porque no sólo desconfiamos de las normas creadas, sino también del modo en que éstas se aplican<sup>1</sup> y, como veremos, en algunos casos hay fundadas razones para la suspicacia.

Poco contribuye a paliar este descrédito lo que se ha dado en llamar Derecho penal de la seguridad; es decir, reformas legislativas que, amparadas en la alarma social que producen, ponen en serio compromiso determinados postulados garantistas y, más que perseguir la

reducción de la realización de comportamientos delictivos, tienen como principal objetivo calmar a la población y conformar la creencia social de que el Estado actúa y resuelve<sup>2</sup>, o disminuir las generalizadas inquietudes sociales sobre la delincuencia<sup>3</sup>.

La concepción del Derecho penal que desde esta perspectiva se propicia olvida, a mi juicio, que el Derecho penal no es ni el único, ni el más efectivo mecanismo para devolver la confianza y la seguridad perdidas. Y, además, conviene tener presente que relegar la vigencia de derechos y garantías constitucionalmente reconocidos en aras de la consecución de una siempre pretendida y no menos quimérica paz social, engendra mayores peligros que los que trata de conjurar<sup>4</sup>. Esta política criminal de marcado sesgo securitario y la permanente

\* Nota del editor: este artículo ha superado la revisión por pares

reivindicación de un mayor intervencionismo penal contrasta, y de ahí lo insólito de la situación, con el permanente cuestionamiento de la labor de la Administración de Justicia<sup>5</sup>. Como he tenido ocasión de ocuparme en relación con una problemática distinta, ni el incremento del número de conductas delictivas, ni el endurecimiento de las consecuencias jurídicas de las existentes contribuye a superar la ya endémica saturación del sistema de justicia penal<sup>6</sup>. Antes al contrario, la desconfianza en el mismo y su atribuida incapacidad para dar una respuesta eficaz y rápida al fenómeno de la delincuencia genera más inseguridad<sup>7</sup> lo que, a su vez, se traduce generalmente en el reclamo de mayor rigor punitivo. Se establece, de este modo, un círculo vicioso difícil de romper o, en el peor de los casos, interesadamente mantenido por quienes persiguen la obtención de rendimientos políticos, e incluso económicos, a corto plazo<sup>8</sup>.

En efecto, una de las características de la sociedad actual es el auge del sentimiento de inseguridad. Entre los factores que favorecen esta situación, pueden citarse los medios de comunicación que con el constante relato, en ocasiones sesgado, parcial y distorsionado, de hechos constitutivos de delitos contribuyen de manera decisiva a incrementar esta percepción<sup>9</sup>. Se genera así una alarma social —eso sí, selectiva respecto de determinadas manifestaciones de la delincuencia— que, a menudo, es atendida por quienes tienen competencias legislativas. Fiel reflejo de ello es la sucesión de reformas y contrarreformas que ha experimentado el Código penal de 1995 desde su entrada en vigor<sup>10</sup>. Ni que decir tiene que esta hiperactividad legislativa entorpece la consecución de la seguridad jurídica ínsita en el principio de legalidad; además, transmite, en el mejor de los casos, la inexistencia de una política criminal definida y, asimismo, refleja cierta precipitación en la adopción de unas decisiones que, por las importantes consecuencias jurídicas que de ellas derivan, requerirían, en todo caso, de una reflexión más profunda.

El recurso prácticamente exclusivo al Derecho penal, bien sea mediante la incriminación de conductas cuya inclusión en el texto punitivo contradice el carácter de *ultima ratio* de éste, bien a través del progresivo aumento en la severidad de las penas —o las condiciones de su cumplimiento— previstas para comportamientos más tradicionales colapsa la Administración de Justicia y explica que nuestro país ostente el dudoso record de ser el país europeo con mayor tasa de población reclusa (146 presos por cada 100.000 habitantes), pese a que el índice de delincuencia no justifique esta situación<sup>11</sup>.

La importancia de los temas mínimamente esbozados precisa, desde luego, de un análisis mucho más detenido que el que aquí se está en condiciones de hacer. No obstante, esta referencia sirve para contextualizar la labor de los jueces que, en el panorama brevemente descrito, es digna de encomio. La escasez de medios personales y recursos materiales, la siempre cuestionada independencia e imparcialidad judicial y la constante exposición a exacerbadas críticas que generan algunas de sus decisiones no constituye el mejor de los escenarios donde desarrollar su no siempre bien entendida tarea.

Tarea ésta que, como es obvio, adquiere mayor importancia cuanto menor haya sido el grado de cumplimiento del mandato de determinación de la ley penal dirigido al legislador. La jurisprudencia, se convierte de este modo, en un complemento de la ley y, en consecuencia debería, servir a idénticos propósitos que el principio de legalidad; esto es, a garantizar tanto la libertad individual como la certeza jurídica<sup>12</sup>. Y así es en la mayor parte de los casos; sin embargo, en algunas ocasiones el llamado “principio de principios”<sup>13</sup> no sale bien parado ni desde una ni desde otra perspectiva. Basta para comprobarlo con examinar los dos supuestos que, a modo de ejemplo, aquí se proponen; si bien, antes de ocuparme de ellos, se impone hacer una referencia, necesariamente escueta, al mandato de determinación de la ley penal.

## 2. EL MANDATO DE TAXATIVIDAD O DE DETERMINACIÓN DE LA LEY PENAL

Como, entre tantos otros, pusiera de manifiesto recientemente Ferrajoli, no basta para dar cumplimiento a las exigencias ínsitas en el principio de legalidad con la existencia de una ley previa (mera legalidad), sino que se requiere de la estricta legalidad, lo que condiciona al legislador acerca de la formación válida de las leyes penales<sup>14</sup>. El Tribunal Constitucional explicita estas pretensiones en numerosas ocasiones en las que exige la existencia de una ley (*lex scripta*), anterior al hecho sancionado (*lex praevia*) y que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*)<sup>15</sup>. En palabras del propio Tribunal, “no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tienen el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas, puesto que una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y, además, de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia”<sup>16</sup>.

Y no puede ser de otro modo porque, como es fácil de comprender, en caso contrario se estaría vulnerando lo que Beling denominara el “significado esencial” del principio de legalidad<sup>17</sup>. En efecto, como garantía del ciudadano frente al Estado y como freno a la arbitrariedad judicial a través de su sometimiento a la ley, obliga a que ésta venga formulada con un grado suficiente de determinación de modo que permita saber en todo momento qué conducta es la prohibida —o, en su caso, ordenada— y cuáles son las posibles consecuencias de su inobservancia.

Este deber de formular con precisión los tipos penales, evitando en la medida de lo posible una redacción que permita o propicie interpretaciones diversas, ha de partir de la aceptación de que la certeza absoluta es imposible y, en contra de lo que pudiera pensarse, la solución no pasa por una formulación casuística, exhaustiva y pormenorizada que, además

de farragosa, produciría inevitables lagunas punitivas; sino, la generalidad jurídica es un fundamento y un límite a toda regulación<sup>18</sup>.

Vemos, por tanto, que es ahí donde radica la mayor dificultad que debe arrostrar el legislador al verse obligado a conciliar los requerimientos inherentes al principio de determinación con la generalidad y abstracción que debe presidir todo enunciado normativo<sup>19</sup>. Y este conflicto se vuelve prácticamente irresoluble en relación con el llamado Derecho penal de nuevo cuño en el que la protección de intereses muy alejados de los que tradicionalmente han sido preservados, unido a la necesidad de evitar una rápida obsolescencia de los tipos penales, provoca un abuso de formulaciones caracterizadas por la vaguedad y la imprecisión. Es más, en ocasiones, como reconoce Hassemer, la indeterminación es buscada de propósito a fin de que el legislador no tenga que pronunciarse prematura y precisamente con anterioridad a que pueda valorar en su conjunto las consecuencias de esta toma de posición<sup>20</sup>.

Ni que decir tiene que el empleo de una técnica legislativa así, aunque pudiera ser inevitable e, incluso, en determinados supuestos aconsejable, en la medida en que obedece, como señala Naucke<sup>21</sup>, al deseo de dotar a la descripción legal de mayor flexibilidad, de posibilitar una mejor adaptación a las necesidades político-criminales o, incluso, de lograr una mayor justicia en el caso concreto, no deja de tener importantes consecuencias negativas para el principio de legalidad y, por ello, ofrece serias dudas de su compatibilidad con el texto constitucional. Y no sólo por su clara afección al mandato de taxatividad, sino también porque subvierte la separación de poderes y deja al juzgador convertido en el legislador del caso concreto encomendándole la tarea de fijar los límites de la intervención penal, además de amenazar seriamente el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley<sup>22</sup>.

Consecuentemente, se hace necesario aceptar que la labor exegética es absolutamente imprescindible debido a la generalidad y abstracción con la que se formulan las proposiciones normativas y a la versatilidad del lenguaje. Y,

como de momento, no es posible recurrir en los textos jurídicos a un lenguaje simbolizado de signos, único modo, en opinión de Larenz, de evitar la interpretación<sup>23</sup>, habrá que reconocer que asiste la razón a Jescheck cuando mantiene que “prohibir la interpretación significa tanto como querer impedir a la vida que cree problemas jurídicos, en los que el legislador no ha pensado, y prescribir al juez que no se acuerde de sus anteriores sentencias”<sup>24</sup>.

Cuestión distinta es determinar si el aplicador del Derecho debe gozar de una libertad absoluta para interpretar la ley penal y pocos recelos pueden albergarse respecto de que, si así fuera, las consecuencias serían similares a las que derivan de una formulación legal indeterminada. Como puso de manifiesto De Otto, supondría la lesión de importantes derechos, como la seguridad jurídica o el principio de igualdad y, además, hace peligrar la unidad del Derecho<sup>25</sup>. Razones que, por su importancia, hacen ineludible la sujeción del juez a la ley. De ahí que constituyen una abrumadora mayoría quienes sostienen que del principio de determinación se extrae un segundo mandato cuyo destinatario es, esta vez, el juez<sup>26</sup>.

En conclusión, como puede leerse en la STC 34/1996, de 11 de marzo<sup>27</sup>, “la garantía de tipicidad, que impide que los órganos judiciales puedan sancionar fuera de los supuestos y de los límites que determinan las normas, no es más que el reverso, el complemento y el presupuesto de la garantía de determinación que ha de preservar el legislador” (F. J. 5º)<sup>28</sup>. De modo que, como expresa gráficamente García Rivas, “reserva de ley, determinación y vinculación del juez a la ley forman una especie de triángulo cuyos lados no tienen verdadera consistencia por sí mismos, sino en virtud de su comprensión conjunta: no se concibe la reserva de ley sin una ley determinada y el sometimiento del juez a la ley en exclusiva expresa la decisión sobre la conducta a castigar y el juez se somete estrictamente a ella y, en fin, la vinculación del juez a la ley sólo puede ponerse en práctica realmente si el legislador cumple el mandato de reserva redactando taxativamente los tipos penales”<sup>29</sup>.

Que el mandato de determinación se dirige tanto al legislador como al juzgador, es algo que no ofrece duda alguna para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En reiteradas ocasiones ha reconocido que el principio de legalidad no se limita a prohibir la aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio del acusado, sino que también prohíbe la aplicación extensiva<sup>30</sup>. Ahondando en esa línea, a decir del referido Tribunal, el requisito de certeza de la ley se cumple cuando el justiciable puede saber qué actos y omisiones desencadenan la responsabilidad penal y la pena que le será impuesta pariendo, para ello de la redacción de la disposición pertinente y, en caso de ser necesario, con la ayuda de la interpretación que sea objeto por parte de los tribunales; sin descartar que, en determinadas ocasiones, haya de recabarse asesoramiento legal para evaluar, atendidas las circunstancias del caso, las consecuencias de una acción determinada<sup>31</sup>.

Además, considera que todo precepto penal, por muy precisa que haya sido la fórmula legislativa empleada, siempre va a requerir de un complemento interpretativo, tanto para despejar los interrogantes que su redacción pudiera suscitar, como para ir adaptándolo a la realidad en la que la norma va a ser aplicada. Pues bien, esto sentado, el control del rigor de la interpretación judicial se efectúa a través de dos criterios específicos: la accesibilidad y la previsibilidad. Únicamente en caso de concurrir ambos caracteres se cumplen los requisitos cualitativos exigidos a la ley, sólo entonces puede hablarse de ley en sentido material<sup>32</sup>.

### 3. EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA

De cuanto ha sido expuesto puede concluirse que la consecución de una precisión absoluta en la formulación de las leyes es imposible y, en consecuencia, resulta obligado sustituir la certeza por la previsibilidad; objetivo éste que no puede alcanzarse si para determinar el significado del texto de la ley no se atiende a usos

estables y en contextos de uso determinados<sup>33</sup> que, a su vez, gocen de cierta permanencia en su aplicación. Si se dan estas circunstancias, la importancia que adquiere la labor judicial no admite réplica dado que viene a contribuir de modo decisivo a garantizar la certeza jurídica. En otros términos, no puede conocerse la ley prescindiendo de su aplicación y, de esta forma, asume el papel de complemento del ordenamiento que le asigna el apartado sexto del artículo primero del Código civil<sup>34</sup>. Como ya afirmara Kelsen, la sentencia judicial vendría a ser la continuación del proceso de producción del Derecho<sup>35</sup>.

A esta inescindibilidad entre ley e interpretación judicial hace referencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando considera que el término “ley” empleado en el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>36</sup>, comprende tanto el derecho de origen legislativo, como el de origen consuetudinario y jurisprudencial<sup>37</sup>. Ciertamente es que esta alusión resulta obligada de tenerse en cuenta que hay ordenamientos que siguen el sistema de *common law* a los que también les es de aplicación el citado convenio; pero, a similar conclusión habría de llegarse atendidas las exigencias de accesibilidad y previsibilidad que se requieren como estándares para evaluar la calidad de la ley y enjuiciar su conformidad con lo dispuesto en el mencionado precepto.

Con independencia de la posición que se mantenga acerca de si la jurisprudencia es o no fuente del Derecho<sup>38</sup>, no puede dejar de reconocerse que ésta ostenta una gran importancia práctica. Relevancia que, por otra parte, no ha pasado inadvertida al Tribunal Constitucional ya que a la hora de determinar el grado de cumplimiento del mandato de taxatividad, apela al contexto legal y jurisprudencial en el que el precepto cuestionado se inscribe utilizando como parámetro para medir su concreción el entendimiento de que sea objeto por parte del intérprete<sup>39</sup>.

Precisamente, el destacado papel de co-productor de seguridad jurídica que le corresponde, unido al hecho de que como ha destacado Vives Antón<sup>40</sup>, en la correcta aplicación de la

ley penal está en juego el núcleo más duro de los derechos fundamentales del ciudadano, hace que, lejos de lo que se ha afirmado en alguna ocasión<sup>41</sup>, la libertad interpretativa se vea considerablemente limitada. No sólo, como hemos visto, por la barrera infranqueable del enunciado de la proposición normativa, sino también por el significado que le haya otorgado a la misma en ocasiones anteriores siempre que, claro está, no se haya producido modificación alguna en el contexto en el que la norma ha de ser aplicada. En este sentido, asiste la razón a Alexy cuando afirma que “el uso del precedente supone también una contribución a la seguridad jurídica y a la protección de la confianza en la aplicación del Derecho”<sup>42</sup>. Es más, en mi opinión, el respeto al precedente contribuye a legitimar la actuación del órgano jurisdiccional.

A modo de conclusión, podría decirse que una interpretación respetuosa con el tenor literal de cualquier precepto y una práctica estable en su aplicación forman parte del contenido esencial del principio de legalidad en la medida en que permiten al ciudadano identificar tanto los presupuestos de aplicación de una pena, como el alcance de ésta; en definitiva, porque proporcionan una mayor seguridad al hacer previsible, cierta e igualitaria la respuesta jurídica. Si estas consideraciones no son equivocadas, razones de coherencia obligan a concluir que, a *sensu contrario*, las interpretaciones extensivas o el abandono de un precedente consolidado, al margen de otros efectos, restringen considerablemente la vigencia del referido principio. De lo uno y de lo otro, paso a ocuparme.

#### 4. VULNERACIONES JURISPRUDENCIALES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

##### A) INTERPRETACIONES EXTENSIVAS EN CONTRA DEL REO

Siendo cierto que en la mayor parte de los casos la interpretación de los tipos penales se

hace de forma rigurosa, no lo es menos que, a veces, se han observado ciertas “tendencias liberticidas” que ensombrecen la labor judicial. A los ejemplos propuestos por Antón Oneca<sup>43</sup>, que permiten constatar que no se trata de un fenómeno nuevo, pueden sumársele, más recientemente, el cuestionado tratamiento jurisprudencial de la continuidad delictiva antes de ser validado por el legislador de 1983 o el entendimiento de “título oficial” a efectos del delito de intrusismo que se venía manteniendo hasta que la STC 111/1993, de 25 de marzo<sup>44</sup>, acotara el alcance de dicha expresión.

Precisamente, la citada sentencia constituye una excepción a la práctica habitual de eludir entrar a valorar la interpretación judicial de los preceptos debatidos por considerar que se trata de cuestiones de mera legalidad ajenas a su cometido<sup>45</sup>. En aquella ocasión, el Alto Tribunal reconoció que cuando la aplicación defectuosa de la ley penal vulnera un derecho fundamental constitucionalmente reconocido, debe analizarse la interpretación y aplicación que el juez ordinario ha hecho de ese precepto penal. Sin embargo, a pesar de la solidez de esos argumentos, no suele ser frecuente que lo haga. Ello obedece a que se entremezcla el respeto a la independencia judicial con el temor del propio Tribunal a quedar convertido en una tercera instancia pero, fundamentalmente, a la extraordinaria complejidad de discernir las cuestiones de mera legalidad de aquellas otras que tienen una clara relevancia constitucional. Un caso paradigmático que refleja estas dificultades es el que se refiere a la interrupción del plazo de prescripción de los delitos.

Como es sabido, la redacción dada al artículo 132.2 en el Código penal de 1995 —idéntica en este extremo a la recogida en el artículo 114.2 del Código penal de 1973— establecía que la prescripción se interrumpe “cuando el procedimiento se dirige contra el culpable”, sin que se señalara cuál es el acto procesal concreto que interrumpe el plazo prescriptivo; si bien, el tenor literal del precepto exigía la iniciación del procedimiento. Y así venía siendo entendido hasta que el Tribunal Supremo consideró que bastaba a efectos de paralización del cóm-

puto del tiempo con la mera presentación de la denuncia o la interposición de la querrela.

Respecto de esta interpretación se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su sentencia 63/2005, de 14 de marzo<sup>46</sup>. En ella, restableciendo el entendimiento tradicional —y el único que se ajusta a la dicción literal del precepto— concluye que el plazo de prescripción únicamente puede ser detenido en el supuesto de que exista un acto de interposición judicial; pues, de no ser así, se estaría ante una interpretación irracional que, además de ser contraria al reo, deviene incompatible con el fundamento y fines de esta institución. Razones que le llevan a conceder el amparo estimando que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente por “no satisfacer el canon de motivación reforzada exigible a toda decisión judicial acerca de si los hechos están o no prescritos, al oponerse al fundamento material de dicho instituto, ignorar la ratio que lo inspira y no resultar, por todo ello, coherente con el logro de los fines que con él se persiguen” (F. J. 8º).

Sin estar en mi ánimo detenerme a comentar este pronunciamiento<sup>47</sup>, se hace preciso señalar que se establece una diferencia entre la regulación de la prescripción, que es una cuestión de mera legalidad, y la concreta aplicación que realicen los órganos jurisdiccionales que en determinados casos, como el enjuiciado, puede tener relevancia constitucional. Se acoge, de este modo, la tesis del Pleno expuesta, entre otras, en las SSTC 65/2001, 66/2001, 68/2001 y 69/2001, todas ellas de 17 de marzo de 2001<sup>48</sup>, lo que no fue óbice para que se formularan dos votos particulares que, sin discrepar de la decisión adoptada, disienten respecto de que entre las competencias del Alto Tribunal esté la de establecer una “doctrina interpretativa general” que, por sugestiva y acertada que pueda ser, invada el ámbito propio de la jurisprudencia ordinaria.

En parecidos términos se pronuncia el Tribunal Supremo y por medio del Acuerdo de 12 de mayo de 2005, la Sala Penal denuncia que el Tribunal Constitucional ha hecho una interpretación del derecho a la tutela judicial

efectiva que vacía de contenido el artículo 123 de la Constitución que, como es sabido, establece que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de las normas penales, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. Este Acuerdo ha sido reiterado en dos ocasiones posteriores: en los Plenos de 25 de abril de 2006 y de 26 de febrero de 2008, este último también en relación con un caso de prescripción examinado en la STC 29/2008, de 20 de febrero<sup>49</sup>. En ellos se insiste en que la interpretación de la legalidad ordinaria le corresponde en exclusiva al Tribunal Supremo pero, como tendré ocasión de referirme posteriormente, es la salvedad contenida en el referido precepto lo que permite cuestionar el acierto de la decisión adoptada. Y no sólo porque puede transmitir la falsa idea de que la interpretación fijada no es vinculante puesto que es realizada por quien no tiene competencia para ello; sino también porque olvida —lo que denota cierta soberbia— que los jueces y tribunales deben aplicar los preceptos constitucionales “conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”, según dispone el apartado primero del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se confunde, de este modo, como ha señalado Vives Antón, “la legalidad con el principio de legalidad, la interpretación y aplicación de la ley con las exigencias que la Constitución proyecta a la ley misma y a la aplicación judicial de la ley”<sup>50</sup>.

Al respecto, conviene tener presente que la aplicación de normas penales, en cuanto que, en todo caso, cercenan derechos fundamentales, son susceptibles de enjuiciamiento constitucional; otra cosa es, como señala González Cussac, que existan quejas que no puedan ser atendidas en sede constitucional<sup>51</sup>. De asistir la razón al Tribunal Supremo, la posición monopolística que parece defender, conduciría a resultados inasumibles en un Estado de Derecho al permitir que la interpretación y aplicación de la leyes penales soslaye el control constitucional.

Dejando a un lado la paradoja que supone que una institución que tiene como principal objetivo garantizar la certeza jurídica, provoque tantas y tan serias divergencias interpretativas no existiendo acuerdo, ni tan siquiera, respecto de la naturaleza procesal o sustantiva de este instituto, el legislador alude a estas discrepancias y en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2012, de 22 de junio, de reforma del Código penal, se justifica la modificación operada en el deseo de aumentar la seguridad jurídica. A tal fin, “se ha optado por una regulación detallada del instituto que ponga fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos” y, en consecuencia, se establece de manera más precisa el momento de inicio de interrupción del plazo prescriptivo. Falta por ver si en este manifiesto intento de contentar a todos al final, lo que suele ser frecuente, no se satisface a nadie.

## B) ABANDONO DE UN PRECEDENTE CONSOLIDADO

Y si, como acaba de verse, la interpretación de un precepto que excede de su tenor literal afecta seriamente al principio de legalidad y, por ende, menoscaba el derecho a la libertad, no menor es la agresión sufrida cuando una determinada interpretación mantenida a lo largo del tiempo es sustituida por otra. Evidentemente, los resultados de la nueva doctrina son distintos en función del signo que tenga el cambio<sup>52</sup>. En lo que sigue, únicamente voy a referirme a las nefastas consecuencias que se derivan cuando el nuevo entendimiento perjudica al reo y, para ello, como ya se hiciera en el apartado anterior, me serviré de un ejemplo; en este caso, el conocido como doctrina Parot, no sin antes advertir que, siguiendo idéntico proceder, serán orilladas todas aquellas cuestiones que no tengan una incidencia directa en la problemática abordada.

Como es sabido, la doctrina Parot es un nuevo criterio jurisprudencial que varía el cómputo de la redención de penas por el trabajo y, aunque surge en relación con largas condenas por delitos de terrorismo, no es este

el único ámbito de la delincuencia donde ha dejado sentir sus adversos efectos<sup>53</sup>. El fallo que inaugura este nuevo entendimiento es la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero<sup>54</sup>. La interpretación anterior de los artículos 70.2 y 100 del Código penal de 1973 venía considerando que la redención de penas por el trabajo operaba respecto del límite máximo de cumplimiento de la pena privativa de libertad. Sin embargo, en el caso de autos, la Audiencia Nacional acumula las condenas estableciendo dos períodos distintos separados por el lapso de dos años y medio en los que el sujeto interrumpió su actividad delictiva.

El Tribunal Supremo entendió que la decisión adoptada carecía de anclaje en la ley y en la jurisprudencia, recordando que el único criterio para la unidad de enjuiciamiento es el de conexidad y no la vinculación temporal. Sorprende, sin embargo, que corrija la interpretación efectuada incurriendo en el mismo error que reprocha al Tribunal de instancia. Así es por cuanto que, para evitar una excarcelación que le debía parecer prematura atendido el largo y cruento historial delictivo que atesoraba el sujeto en cuestión, uno de los terroristas más sanguinarios, estimó que el beneficio penitenciario debía operar respecto a cada una de las penas impuestas en las diversas condenas que, en el caso concreto, ascendían a 26. Tampoco creo que fuera ajeno a la repercusión mediática y al “escándalo” que, a buen seguro, habría de ocasionar la procedente puesta en libertad; cuestión distinta es si debió atender tanto a lo uno como a lo otro.

No cabe duda de que la tesis defendida sugiere interesantes comentarios que, no obstante, no van a hacerse aquí<sup>55</sup>. En aras de la austerización impuesta, he de referirme únicamente al evidente cambio de criterio operado y su incidencia en el principio de legalidad aunque, ciertamente, es poco lo que se puede añadir a los contundentes argumentos que se exponen en el voto particular.

En opinión de los magistrados disidentes, la interpretación del artículo 70.2 del Código penal de 1973 no es una interpretación innovadora, sino que constituye “una altera-

ción drástica del sentido de la norma y de su contexto prescriptivo”. Siguen afirmando que la resolución controvertida no es una relectura del citado precepto sino una verdadera reescritura del mismo que equivale a aplicar de manera tácita y retroactiva el artículo 78 del Código penal vigente con la redacción dada tras la reforma que en él introdujo la Ley Orgánica 7/2003. Por ello, concluyen que no hay razones que justifiquen este cambio de criterio que, además de ser perjudicial para el reo, incorpora una filosofía de cumplimiento íntegro de las penas, ajena al Código penal de 1973 y que puede ser fuente de trato diferencial de situaciones penitenciarias equivalentes.

El Tribunal Constitucional, no obstante, no comparte esta sólida argumentación. En efecto, el pasado 29 de marzo el Alto Tribunal inadmitió tres recursos de amparo, desestimó veinticinco y en las tres sentencias en las que se otorga el amparo lo hace por considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. Se desatienden, de este modo, la alegada vulneración de los derechos a la libertad, a la legalidad, a la igualdad en la aplicación de la ley y a la resocialización.

Por lo que respecta al principio de legalidad, cabe decir, en primer lugar, que en todas ellas se rechaza que las resoluciones recurridas, en las que había sido aplicada la doctrina Parrot, incidan en el ámbito propio del mismo por cuanto que no suponen la imposición de una pena mayor a la legalmente prevista, ni supera del máximo de cumplimiento señalado. Por el contrario, como ya hiciera en supuestos anteriores<sup>56</sup>, considera que el principio de legalidad se refiere de manera exclusiva a la interpretación y aplicación de los tipos penales, a la subsunción de los hechos probados en los mismos y a la imposición de la pena prevista; debiendo quedar extramuros de su eficacia las cuestiones relativas a la ejecución de una pena privativa de libertad, como así lo establecen las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de julio de 2003 *Grava c. Italia* o, la más reciente, de 15 de diciembre de 2009, *Gurguchiani c. España*.

En segundo lugar, tampoco considera el Alto Tribunal que la nueva interpretación de los artículos 70.2 y 100 del Código penal de 1973 suponga la aplicación retroactiva contraria al reo del artículo 78 del Código penal de 1995, tras la aludida reforma de 2003. Se trata, en cambio, en su opinión, de una de las interpretaciones posibles a la vista del tenor literal de los referidos preceptos.

Por último, se vuelve a insistir en que queda al margen de su competencia la interpretación de la legalidad ordinaria y que, por tanto, no debe entrar a valorar la interpretación de los artículos 70.2 y 100 del Código penal de 1973 limitándose a examinar tales decisiones desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego que constriñen la actuación judicial. Razón por la que se explicita de un modo claro que el objeto de los recursos de amparo que se sustancian no versan sobre la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero ni la interpretación de la legalidad ordinaria que allí se efectúa.

En contra del criterio mayoritario, se formulan votos particulares discrepantes unos, concurrentes otros. Y, desde la perspectiva adoptada, se lamenta la insuficiente fundamentación aportada para rechazar la posible vulneración del principio de legalidad; siendo, como es, que la sorpresiva interpretación desfavorable que se cuestiona afecta al núcleo esencial del derecho fundamental a la ley previa, cierta y precisa que se refiere tanto a la descripción de las conductas típicas, como a las consecuencias punitivas que de ellas derivan. De la misma forma, se reconoce que el mandato de determinación de la ley halla su complemento en la aplicación judicial para garantizar la previsibilidad del alcance de la norma e, interesa subrayar, se afirma que dicha complementariedad se convierte en inescindible cuando se trata de un criterio de aplicación consolidado de forma permanente y prolongado en el tiempo. En conclusión, no puede legitimarse la reconstrucción judicial de los tantas veces citados preceptos a través de matizaciones incompatibles con el tenor de la ley pues ello es contrario a las exigencias de pre-

visibilidad y certeza requeridas por el derecho fundamental a la legalidad penal<sup>57</sup>.

Pues bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su reciente sentencia de 10 de julio de 2012, ha venido a dar la razón a esta posición minoritaria. La Corte, tras reiterar la importancia del principio de legalidad y la necesidad de que las conductas prohibidas y las penas que llevan aparejadas estén claramente definidas en la ley, incide en la importancia de la interpretación judicial para garantizar la previsibilidad de la ley. En ese sentido, la Corte puntualiza que el principio de legalidad no debe ser entendido como prohibición de la aclaración gradual de las normas de responsabilidad penal a través de la interpretación judicial condicionando, eso sí, a que el resultado que se obtenga sea coherente con la esencia del delito y razonablemente previsible, como ya se había afirmado en ocasiones anteriores<sup>58</sup>.

Se reconoce, asimismo, la dificultad práctica de distinguir entre el concepto de pena al que alude el principio de legalidad recogido en el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las cuestiones relativas a su ejecución o aplicación que, según lo afirmado en otros asuntos relacionados con la remisión de la pena o con el acceso a la libertad condicional<sup>59</sup>, no tienen acomodo en dicho precepto. Se matiza ahora que el Tribunal debe ser libre para ir más allá de las apariencias y evaluar si una concreta medida equivale en esencia a una pena tomando en consideración, además de que sea la consecuencia de la comisión de un delito, la naturaleza y finalidad de la medida, su consideración en la legislación nacional, el procedimiento para su imposición o su gravedad (§ 48).

De este modo, aplicando esta doctrina al caso concreto, procede a analizar si el texto de la ley, junto a la interpretación judicial de que venía siendo objeto, cumple los requisitos de accesibilidad y previsibilidad requeridos. La conclusión a la que llega es que, si se examina la materia sometida a su juicio como un todo, esto es, incluyendo la jurisprudencia, puede afirmarse que estaba formulada con la suficiente precisión como para permitir prede-

cir el alcance de la sentencia y la manera de su ejecución. Por ello, considera que el nuevo criterio adoptado por el Tribunal Supremo condujo a extender retroactivamente la duración de la pena sin que pudiera ser razonablemente previsible la prolongación de la privación de libertad que suponía (§ 55).

Por otro lado, se afirma que el nuevo cómputo de la redención de condenas supone dejar sin efecto las previsiones contenidas en el Código penal de 1973 acogiendo, por el contrario, el criterio —mucho más restrictivo— del Código penal de 1995. El Tribunal reconoce, como no podía ser de otro modo, que los Estados son libres para modificar su política criminal; si bien, puntualiza que los tribunales tienen vedada la posibilidad de aplicar retroactivamente esos cambios legislativos con posterioridad a la comisión del delito. Únicamente es posible la aplicación retroactiva de una ley posterior cuando la modificación operada sea favorable al reo (§ 62).

En definitiva, la “calidad de la ley” implica que las leyes nacionales que autorizan la privación de libertad deben ser lo suficientemente accesibles, precisas y previsibles y, en el supuesto analizado, no pudo en modo alguno pronosticarse el cambio operado en la forma de computar la redención de penas por el trabajo, lo que lleva a la consideración unánime de que han sido vulnerados los derechos a la legalidad penal y a la libertad (artículos 7 y 5 § 1, respectivamente del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Creo que la rotundidad de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos exime de ulteriores comentarios; sí quisiera, no obstante, destacar el reconocimiento explícito que se hace del valor de la jurisprudencia y su decisiva contribución para conseguir una mayor certeza jurídica. A la vista de este pronunciamiento, es evidente que la interpretación reiterada de una norma genera en el justiciable la expectativa de que le va a ser aplicado el criterio jurisprudencial mantenido en el momento de realizarse la conducta delictiva y que la protección de esa confianza queda amparada en el principio de lega-

lidad. Y, no puede ser de otro modo, si se toma en consideración que el abandono sorpresivo de un precedente, además de repercutir en el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, impide que el ciudadano pueda prever las consecuencias de su actuar y, por ende, merma la seguridad jurídica que el referido principio está llamado a garantizar.

Además, volviendo al caso concreto, la exégesis que ahora se declara contraria a la vigencia de dicho principio, a diferencia de la opinión del Tribunal Constitucional, no constituye una de las posibles interpretaciones de los preceptos aplicables, sino que la lectura de los mismos que se arrinconó era la única que contaba con el refrendo del texto legal vigente en el momento de la comisión de los hechos, como el propio legislador corroboró al excepcionar mediante la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, algunos supuestos cuya exclusión carecería de sentido si fuese ésta la norma general<sup>60</sup>.

Precisamente, atendiendo a esa reforma, no puede dejar de denunciarse que el cambio jurisprudencial que se comenta produce *de facto* los mismos efectos que si se hubiese concedido a la ley efectos retroactivos; posibilidad ésta que no sólo prohíbe el legislador ordinario, sino también el constituyente. Y si la inconstitucionalidad de una previsión semejante hubiera sido indiscutible, procede preguntarse si al juez le está permitido hacer algo que el legislador tiene vedado y, lo que parece más improbable, si puede llevarse acabo sin menoscabo alguno de los postulados del Estado de Derecho.

Puesto que, como se evidencia en el presente supuesto, un cambio jurisprudencial puede afectar a las exigencias derivadas del principio de legalidad y, por tanto, incidir en el derecho a la libertad individual, no debe extrañar que se propongan fórmulas que sirvan para frenar la eficacia retroactiva de los mismos. Así, la Corte Suprema norteamericana, aunque considera que la cláusula *ex post facto* únicamente se refiere a actos legislativos<sup>61</sup>, entiende que la previsibilidad de la ley queda comprendida en la cláusula del *due process* y ésta resulta violada

cuando se hace una interpretación extensiva que estime como delictivos actos que hasta el momento había sido irrelevantes penalmente y cuando se modifica un precedente sólidamente asentado; ya que el nuevo entendimiento hace impredecible el significado de la norma<sup>62</sup>.

La necesidad de dar una respuesta satisfactoria a estas hipótesis, lejos de ser un fenómeno privativo de sistemas que se inscriben en el modelo del *Common Law*, también se ha sentido en países de clara tradición legalista, como Alemania<sup>63</sup> o Italia<sup>64</sup> y, como no puede ser de otro modo, las razones en las que se escudan quienes defienden la limitación de la aplicación retroactiva del abandono de un precedente perjudicial para el reo no distan de las que acaban de ser referidas. Esta coincidencia, capaz de superar las diferencias que separan ambos sistemas, indica la trascendencia de las garantías y derechos en juego lo que, sin duda, debiera hacer inaplazable la búsqueda de una solución alternativa a la resignación ante tales veleidades interpretativas.

## 5. A MODO DE RECAPITULACIÓN: LIBERTAD, PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como ha sido expuesto, el principio de legalidad no se conforma con la apariencia formal de la ley sino que, yendo más allá, impone una limitación material al exigir que describa el comportamiento punible con total precisión y que, asimismo, observe idéntico celo a la hora de establecer las consecuencias legales que pueden derivar de su realización o, en su caso, de su omisión. Ni que decir tiene que cuanto menor haya sido la diligencia empleada a tal fin, mayor importancia adquirirá la interpretación judicial del precepto en cuestión; se produce, de este modo, una especie de delegación tácita en el aplicador del Derecho. Es cierto que la voráGINE legislativa en la que nos vemos inmersos poco contribuye a la claridad requerida pero, no lo es menos que es imposi-

ble conseguir una precisión absoluta en la formulación de los tipos. De ahí la necesidad de sustituir la exigencia de certeza por la de previsibilidad. En este contexto la jurisprudencia se encumbra, respondiendo a idéntico fin que la ley; esto es, a garantizar la seguridad jurídica. Este fundamento de la labor judicial constituye, a su vez, un límite a la libertad del juzgador por cuanto impone no sólo una interpretación rigurosa que se ajuste al tenor literal del precepto, sino también una práctica estable cuyo mantenimiento viene a legitimar la actuación del órgano jurisdiccional.

Sin embargo, esta frontera no siempre se ha respetado. Buena prueba de ello son los dos casos a los que se ha hecho referencia y que son especialmente aptos para poner de manifiesto el impacto que determinadas —y, por fortuna, excepcionales— tendencias liberticidas tienen en el principio de legalidad. Además, la elección de los mismos, lejos de responder al azar, viene motivada por su idoneidad para dejar al descubierto los dos problemas que, a mi juicio, precisan de una solución que no debiera demorarse más, atendidos los derechos implicados.

El primero de ellos, relacionado con el cómputo del plazo de prescripción, muestra con total nitidez los problemas que una técnica legislativa poco depurada puede originar. En efecto, cuando el legislador incumple el mandato de taxatividad y formula una proposición normativa carente de la necesaria precisión propicia diversas interpretaciones alguna de las cuales, por exceder el tenor literal del precepto, incide claramente en el derecho a la libertad individual. Lo que está en juego, por tanto, es el principio de determinación, la sujeción del juez a la ley, la función que el Tribunal Supremo tiene asignada en la unificación de la doctrina y, sobre todo, la delimitación competencial entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria.

El segundo caso, referido a la doctrina Parrot, remite a una problemática distinta: los cambios de criterio en la interpretación judicial y, más concretamente, las consecuencias de su aplicación retroactiva cuando la modificación

perjudica al reo. De lo que se trata ahora es de determinar si la expectativa del justiciable de que le sea aplicada la interpretación judicial de la ley vigente en el momento en el que los hechos fueron cometidos se encuentra comprendida en el ámbito de protección del referido principio. En otros términos, se trata de precisar el valor que cabe reconocer a la jurisprudencia, decidir si ley e interpretación judicial de la ley forman un todo inescindible y señalar el alcance de la vinculación al precedente.

Pero si, como digo, se trata de perspectivas distintas no puede negarse que ambas hipótesis presentan un aspecto coincidente. Me refiero a que tanto cuando se lleva a cabo una interpretación extensiva de las leyes penales, como cuando se modifica un criterio firmemente asentado, la labor judicial encierra cierta dosis excesiva de creación del Derecho escasamente compatible con los postulados del principio de legalidad. Y ello por cuanto que conculca tanto su fundamento político como el jurídico. En relación con el primero, es evidente que la creación judicial de Derecho invade una tarea que corresponde al legislador, único depositario de la voluntad popular. Respecto del segundo, cabe decir, como no es menos obvio, que el Derecho penal no cumplirá función preventiva alguna si no se posibilita que el ciudadano conozca la norma y las eventuales consecuencias de su incumplimiento.

La solución, también común, pasa por que la jurisprudencia ordinaria asuma con mayor compromiso la defensa de los derechos fundamentales y, especialmente, como es habitual cuando se trata de la aplicación de leyes penales, cuando afecta a la libertad pues no en vano, además de un derecho fundamental, se proclama como valor superior del ordenamiento. La asunción de esta responsabilidad y la persecución de un objetivo común debiera eliminar —o cuanto menos reducir— la posibilidad de conflictos entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Teniendo presente que una lectura del texto constitucional obliga a concluir que la jurisdicción ordinaria es la primera encargada de la tutela de los derechos fundamentales, en contra de lo que ahora su-

cede, el recurso de amparo debería cumplir un papel absolutamente residual.

Esto no sólo no es así, sino que cuando el Tribunal Constitucional entra a valorar una determinada interpretación judicial de un precepto penal, el Tribunal Supremo lo percibe como una intromisión en las labores que le son propias, cuando lo cierto es que no hace más que cumplir el mandato constitucional que los jueces ordinarios desoyeron; y, de otro, proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a la actuación de los poderes públicos que ni excepciona de este control al poder judicial ni, no olvidemos, le es una función ajena.

Por tanto, este enfrentamiento al que me he referido que, por desgracia no constituye un hecho aislado<sup>65</sup> y que a la vista de las discrepancias que separan a ambos órganos va camino de encontrarse<sup>66</sup>, carece de sentido. Así es por cuanto que un correcto ejercicio de la labor jurisdiccional haría prácticamente inexistente esta confrontación y, en los casos en que fuera inevitable, la supremacía del Tribunal Constitucional en la tutela de los derechos fundamentales debiera servir de obstáculo a cualquier disidencia. La soberbia irrogación de facultades exclusivas para interpretar la ley supone obviar que la única interpretación válida es la constitucionalmente admisible y ese juicio no puede emitirlo sino quien está expresamente facultado para ello. Insistir en la confrontación, no sólo deteriora, aún más, la imagen que los ciudadanos tienen de la Administración de Justicia, sino que menoscaba la autoridad del propio Tribunal Supremo al atrincherarse en la defensa sus atribuciones a costa, incluso, del sacrificio de esenciales derechos y garantías.

De ser ciertas estas consideraciones, la crítica que merece el Tribunal Constitucional no es la que ha recibido por parte del Tribunal Supremo sino, más bien, la contraria. En este sentido, es de lamentar que en numerosos casos renuncie a valorar la interpretación judicial de las normas penales alegando para ello la distinción entre cuestiones de mera legalidad ordinaria y cuestiones con relevancia

constitucional porque, ni esa frontera puede trazarse con total nitidez, ni las leyes penales carecen de la relevancia exigida<sup>67</sup>. Además, se corre el riesgo —materializado en el segundo caso al que se ha hecho alusión— de verse corregido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y, ante la gravedad de conceder el beneplácito a ciertas exégesis de normas penales que cercenan los derechos a los que se ha hecho referencia, la invocación de la independencia judicial parece un frágil argumento.

En efecto, la incidencia que tiene el abandono de un precedente consolidado en perjuicio del reo constituye un nuevo motivo para vencer cualquier reticencia que pudiera albergarse respecto de la necesidad de limitar la libertad interpretativa del juez y defender su sometimiento, cuando sea preciso, al debido control constitucional. Desde luego, es un pobre pretexto —y un triste consuelo para quien lo padece— la afirmación, tantas veces repetida, de que el juez está sometido a la ley y no a sus precedentes. Si el precedente careciera de valor alguno, mal se entiende la exigencia, no menos reiterada, de su justificación. Y, asimismo, no resulta fácil la conciliación entre la proclamada sujeción del juez a la ley y la posibilidad de que se altere una determinada interpretación judicial que ha gozado de cierta estabilidad haciendo imprevisibles para el ciudadano las consecuencias del nuevo entendimiento. Cabe recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no descarta la posibilidad de recabar un asesoramiento jurídico para precisar el

alcance de un precepto pero, lo que en modo alguno impone, es la contratación de los servicios de personas especialmente dotadas para la adivinación o la videncia que puedan augurar el cambio de criterio que va a producirse cuando los hechos sean enjuiciados.

En este contexto, no creo pueda dudarse de que cuando una sólida línea interpretativa se ve interrumpida en perjuicio del reo, la modificación que se introduce tiene para éste los mismos efectos que un cambio normativo. Ahora bien, mientras que la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley está absolutamente vedada, pues así lo exige la vigencia del principio de legalidad, cuando se produce la sustitución del precedente, el recurrente en amparo recibe como respuesta que la restricción en su libertad está motivada, precisamente, por el respeto a dicho principio. Mayor contradicción es difícilmente imaginable. Si no fuera por la importancia de los derechos involucrados y las graves consecuencias que la imposición de una pena supone, podría pensarse que se trata de una burla y que el principio de legalidad, lejos de suponer una garantía de la libertad del ciudadano frente a la arbitrariedad de los poderes públicos, se ha vuelto contra él. Así las cosas, y siguiendo con la metáfora propuesta por Vives Antón a la que se ha aludido al principio de este trabajo, no cabe sino esperar que la salvaguarda de los derechos humanos acabe con el minotauro que, como hijo de la pasión, a veces impide que triunfe la racionalidad del Derecho y sea el hilo conductor que permita encontrar la salida del laberinto.

## NOTAS

1. VIVES ANTÓN, T. S., “El laberinto jurídico español”, en *Amenazas a la seguridad nacional: Terrorismo, criminalidad organizada y TIC*?. Dir. J. L. González Cussac y M. L. Cuerda Arnau; coord. A. Fernández Hernández. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012 (en prensa).
2. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, p. 65.
3. DÍEZ RIPOLLÉS, J. J., “El nuevo modelo de la seguridad ciudadana”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01; disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>.
4. Sobre las consecuencias de este enfoque, puede verse DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Derecho penal y Criminología* (07-01), 2005, dispo-

nible en <http://criminet.ugr.es/recpc>; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “El renacimiento del pensamiento autoritario en el Estado de Derecho: la doctrina del Derecho penal del enemigo”, en *Revista Penal*, nº 19. 2007, p. 52 y ss.

5. Así lo refleja el *X Barómetro del Consejo General del Poder Judicial*, de 25 de septiembre de 2008.
6. VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Seguridad ciudadana, políticas de seguridad y estrategias policiales”, en prensa.
7. Sobre el vínculo entre el funcionamiento de la Administración de Justicia y el miedo al delito, puede verse, BERENGUER MEDIAVILLA, R., *Miedo al delito: origen y prevención*. Tesis doctoral inédita. Universidad de Valencia, 1989, p. 129 y ss.; RICO, J. M., y SALAS, L., *Inseguridad ciudadana y delito*. Ed. Tecnos. Madrid, 1988, p. 43; y THOMÉ, H. I., *Victimización y cultura de la seguridad ciudadana en Europa*. Tesis doctoral. Universidad de Barcelona; disponible en [tdx.cat/handle/10803/2866](http://tdx.cat/handle/10803/2866), p. 57.
8. Apunta esta idea CURBERT, J., “La producción de inseguridad en la sociedad global”, disponible en [rci.net/globalización/2005/fg515.htm](http://rci.net/globalización/2005/fg515.htm).
9. Sobre la incidencia de los medios de comunicación en esta problemática, puede verse FUENTES OSORIO, J. L., “Los medios de comunicación y el Derecho penal”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (07:16); disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>; GARCÍA ARÁN, M., “Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático”, en *Problemas Actuales del Derecho penal y de la Criminología*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008, p. 85 y ss.; SOTO NAVARRO, S., “La influencia de los medios de comunicación en la percepción social de la delincuencia”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-09, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>; y VARONA GÓMEZ, D., “Medios de comunicación y positivismo”, en *InDret* 1/2011; disponible en [www.indret.com/code/getPdf.php?id=1428&pdf=791\\_1.pdf](http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1428&pdf=791_1.pdf).
10. Una panorámica general de las reformas que ha experimentado el Código penal de 1995, puede verse en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, en *Revista Xuridica Galega*, nº 38; 2003, p. 13 y ss.
11. Según datos del Ministerio del Interior, en 2011 la tasa de criminalidad del Estado español fue de 48,4 delitos por cada mil habitantes, mientras que la media europea se sitúa en 70,4.
12. BELING, E., “Il significato del principio nulla poena sine lege poenali nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale”, en *Giustizia Penale*. Vol. XXXVII. Roma, 1931; p. 320.
13. VIVES ANTÓN, T. S., “Principios penales y dogmática penal”, en *Estudios sobre el Código penal de 1995*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996, p. 39 y ss.
14. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta (3ª Ed.). Madrid, 1998, p. 380.
15. Véase, entre otras, las SSTC 150/1989, de 25 de septiembre (F. J. 5º) (*Tol 81598*) o 142/1993, de 22 de abril (F. J. 4º) (*Tol 82165*).
16. STC 150/1990, de 4 de octubre (F. J. 8º) (*Tol 80402*).
17. Se ha hecho ya clásica la distinción entre el tenor literal y el significado esencial del principio de legalidad que, como es sabido, exige la concurrencia de determinados requisitos materiales en la elaboración de las leyes penales. BELING, E., *Il significato... op. cit.*, p. 319.
18. VIVES ANTÓN, T.S., “Dos problemas del positivismo jurídico”, en *La libertad como pretexto*. Valencia, 1996, p. 155.
19. Como afirma GARCÍA RIVAS, de lo que se trata es de resolver “la frontal contradicción entre una norma que por definición debe ser general y abstracta y la necesidad de que su formulación no sea genérica y vaga. GARCÍA RIVAS N., *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1992, p. 21. Describe, asimismo esta pugna, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho penal*. Univ. Complutense. Facultad de Derecho. Madrid, 1991, p. 326 y ss.

20. HASSEMER, W., *Fundamentos de Derecho penal*. Trad. ARROYO ZAPATERO, L., y MUÑOZ CONDE, F. Ed. Bosch. Barcelona, 1984, p. 314 y 315.
21. NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*. Tübingen, 1973, p. 15 y 16.
22. En este sentido, MADRID CONESA, afirma que “el principio de determinación se presenta como *conditio sine qua non* para poder realizar el mandato constitucional de la igualdad de los ciudadanos ante la ley”. MADRID CONESA, F., *La legalidad del delito*. Universidad de Valencia. Valencia, 1983; p. 162 y ss.
23. LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Trad. Rodríguez Molinero. Ed. Ariel. Barcelona, 1994., p. 193.
24. JESCHECK, H.H., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 208.
25. DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ed. Ariel. Barcelona, 1987; p. 290.
26. DE OTTO, I. *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, p. 290. Se muestra partidario, asimismo, de ampliar el derecho a la determinación GARCÍA RIVAS, para quien, además de incluir el momento de creación de la norma, debe abarcar su posterior aplicación. GARCÍA RIVAS, N., *El principio...*, *op. cit.*, p. 97. Más recientemente, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “¿Leyes taxativas interpretativas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho penal?”, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* J. P. Montiel (Ed.). Ed. Marcial Pons. Madrid, 2012; p. 173 y ss.
27. (Tol 82969).
28. Inciden en esta línea las SSTC 137/1997, de 21 de julio (F. J. 6º) (Tol 252213); 151/1997, de 29 de septiembre (F. J. 4º) (Tol 80774); 232/1997, de 16 de diciembre (F. J. 2º) (Tol 80855) y 127/2001, de 4 de junio (f. J. 4º) (Tol 81479).
29. GARCÍA RIVAS, N., *El principio...*, *op. cit.*, p. 50.
30. Como se reconoce en las SSTEDH *Coëme y otros c. Bélgica*, de 22 de junio de 2000, caso y *Kafkaris c. Chipre*, de 12 de febrero de 2008.
31. SSTEDH *Cantoni c. Francia*, de 15 de noviembre de 1996, y la ya citada, *Kafkaris c. Chipre*.
32. Pueden citarse, a modo de ejemplo las SSTEDH *The Sunday Times c. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979; *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de mayo de 1993; *S. W. c. Reino Unido*, de 22 de noviembre de 1995; *Cantoni c. Francia*, de 15 de noviembre de 1996; *Coëme y otros c. Bélgica*, de 22 de junio de 2000; *Pessino c. Francia*, de 10 de octubre de 2006; y, más recientemente, *Huhtamäki c. Finlandia*, de 6 de marzo de 2012.
33. VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011; p. 718.
34. Equivaldría a los *statutory precedents* en el ordenamiento jurídico norteamericano aunque, desde luego, con una eficacia más limitada.
35. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*. Trad. R. J. Revengo. 7ª Ed. Ed. Porrúa. México, 1993, p. 263.
36. *Art. 7 CEDH.: No hay pena sin ley*.
1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.
  2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.
37. SSTEDH *Kruslin c. Francia*, de 24 de abril de 1990 y *Casado Coca c. España*, 24 de febrero de 1994, entre otras. Un comentario crítico a esa equiparación, puede verse en HUERTA TOCILDO, S., “El contenido debilitado del principio

europeo de legalidad penal (art. 7 CEDH y art. 4 P7)”, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2005; p. 455 y ss.

38. Un resumen de las diversas posiciones mantenidas al respecto, puede verse en VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001; p. 63 y ss.

39. SSTC 133/1987, de 21 de julio (*Tol 79873*), o 89/1993, de 12 de marzo (*Tol 82112*).

40. VIVES ANTÓN, T.S., “Principios penales...” *op. cit.*, p. 42 y 43.

41. Baste citar, en este sentido, la conocida STC 89/1983, de 2 de noviembre (*Tol 79254*), en la que se cuestionaba la constitucionalidad del delito continuado.

42. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. De M. Atienza e I. Espejo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997; p. 264.

43. ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*. 2ª Ed. Anotada y corregida por J. J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino. Ed. Akal/iure. Madrid, 1986, p. 122.

44. (*Tol 82134*).

45. Sirva de ejemplo la STC 17/1988, de 16 de febrero (F. J. 3º) (*Tol 80128*).

46. (*Tol 609870*).

47. Lo han hecho, entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Prescripción de los delitos y fuerza expansiva de los derechos fundamentales (a propósito de la STC 63/2005)”, en *Revista Jurídica de la comunicad Valenciana*, nº 15, 2005; p 5 a 29; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Sobre el plazo de prescripción del delito (Comentario a la STC 63/2005 de 14 de marzo)”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Dir. J. C. Carbonell Mateu. Ed. Dykinson. Madrid, 2005; p. 787 a 794.

48. (*Tol 81436, 81437, 81439 y 81440*), respectivamente.

49. (*Tol 1264013*).

50. VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 718.

51. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Prescripción...”, *op. cit.*, p. 10.

52. Sobre las distintas hipótesis que pueden plantearse, véase, VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia...*, *op. cit.*, p. 89 y ss.

53. Se ha aplicado también al conocido como “violador del ascensor”, condenado a 328 años y a uno de los autores del crimen de Alcacer cuya, cuya condena ascendía a 170 años de prisión.

54. (*Tol 846378*).

55. Puede verse, CUERDA RIEZU, A., “El concurso real y la acumulación de penas en la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot. Observaciones legales y constitucionales”, en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006; p. 217 y ss.; LLOBET ANGLÍ, M., “Caso Parot”, en *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*. Coord. P. Sánchez-Ostiz Gutiérrez. Ed. La Ley. Madrid, 2011; p. 895 y ss.; ORTS BERENGUER, E., “Comentarios a la sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero (Caso Parot)”, en *ReCrim, Revista del Instituto Universitario de investigación en Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia*, nº 1, 2009; disponible en <http://www.uv.es/liccp/recrim/recrim09/recrim09a01.pdf>; VIVES ANTÓN, T. S., “Una sentencia discutible: sobre la STS 197/2006”, en [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com). (*Tol 817709*) (DHSA\_4796).

56. SSTC 137/1997, de 21 de julio (*Tol 252313*); 13/2003, de 28 de enero (*Tol 273914*); 163/2004, de 4 de octubre (*Tol 500588*); 145/2005, de 6 de junio (*Tol 673508*), o 76/2007, de 16 de abril (*Tol 1050327*).

57. Votos particulares de la magistrada Dña. Adela Asúa Batarrita.

58. SSTEDH *S.W. c. Reino Unido*, de 22 de noviembre de 1995 y *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, de 22 de marzo de 2001.

59. SSTEDH *Grava c. Italia*, de 10 de julio de 2003 o *Kafkaris c. Chipre*. Es más, en *Anchour c. Francia*, sentencia de 29 de marzo de 2006 se afirmaba que la modificación de los plazos de prescripción no supone conflicto alguno con el artículo 7.

60. En este sentido, VIVES ANTÓN, T.S., “Una sentencia...”, *op. y loc. cit.*

61. *Ross vs. Oregon* [227 U.S. 150 (1913)] y *Frank vs. Mangum* [237 U.S. 309 (1915)].

62. *Bouie vs. Columbia* [378 U.S. 347 (1964)] o, más recientemente, *Rogers vs. Tennessee* [532 U.S. 451 (2001)], aunque en este último caso se matiza que no todo cambio jurisprudencial es irretroactivo, sino sólo aquel que sea inesperado e indefendible. En una ocasión anterior *U.S. vs. Lanier* [520 U.S. 259 (1997)] se había excluido la posibilidad de alegar dicha violación cuando se haya dado aviso suficiente de la evolución jurisprudencial. Sobre el tratamiento de esta cuestión, véase, TRIBE, L. H., *American Constitutional Law*. 3ª. Ed. Foundation Press. New York, 2000; p. 218 y ss. Sobre la discusión acerca de si puede seguir excluyéndose la eficacia de la cláusula *ex post facto* respecto de las decisiones judiciales puede verse, DIEDERICH, B. R., “Risking retroactive punishment: modifications of the supervised release Statute and the *ex post facto* prohibition”, en *The Columbia Law Review*. Vol. 99, 1999; p. 1551 y ss.; KAATZ, R., “Is there an *ex post facto* prohibition on Judicial Decisions that retroactively enlarge Criminal Punishment?”, en Wayne State University Law School, 47. 2001, p. 1367 y ss.; WHITE, D. J., “*Ex post facto* excepted: *Rogers v. Tennessee* and the permissible retroactive application of judge made law”, en *University of Cincinnati Law Review*. 71, 2003; p. 1141 y ss.

63. Puede verse el resumen de las distintas posiciones mantenidas en MADRID CONESA, F., *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*. Universidad de Valencia. Valencia, 1982. Un estado más actual de la cuestión, puede verse en NEUMANN, U., “Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Vol. 82, 2009; p. 948 y ss.; STRAßBURG, W., “Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Vol. 103, 2009; p. 331 y ss.

64. Apunta la conveniencia de extender las garantías del principio de legalidad a la labor judicial, GRANDE, E., “Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un’antinomia?”, en *Sistema Penale in Transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*. Ed. G. Fiandaca. Cedam. Padúa, 1997, p. 134. Y, sobre el valor del precedente, puede verse CADOPPI, A., *Il valore del precedente nel diritto penale*. Ed. G. Giappichelli. Torino, 1999.

65. Así ha ocurrido, por ejemplo, en relación con la STC 136/1999, de 20 de julio (*Tol 81189*), en relación con un video emitido por la mesa nacional de Herri Batasuna; la STC 62/2011, de 5 de mayo (*Tol 2118618*) con motivo de la ilegalización de Bildu o, más recientemente, la STC 138/2012, de 20 de junio (*Tol 2579440*), respecto de la ilegalización de Sortu.

66. Al respecto, piénsese que la ya citada STC 29/2008, dictada también en relación con la prescripción, motivó el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2008. El Fiscal General del Estado, en defensa de este órgano, mostró su más absoluto desacuerdo con dicha sentencia lo que motivó que el Pleno del Tribunal Constitucional dirigiese un escrito de queja al Presidente del Gobierno.

67. Al respecto, puede verse, VIVES ANTÓN, T. S., “El *ius puniendi*...”, *op. y loc. cit.*