

## ¿SON VINCULANTES LOS ACUERDOS DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA SEGUNDA DEL TS?

(A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)\*

**Araceli Manjón-Cabeza Olmeda**

*Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid*

---

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. ¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del acuerdo de 18 de julio de 2006). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-02, p. 02:1-02:25. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-02.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 10-02 (2008), 2 feb]

**RESUMEN:** La proliferación de Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional del TS y la pretensión de vinculación que contiene el de 18 de julio de 2006, obligan a reflexionar sobre el ámbito, uso o abuso y valor de este instrumento. Para ello se analiza el valor de la Jurisprudencia y las competencias del TS y del TC en la interpretación y aplicación, tanto en la legislación vigente, como en la proyectada, con referencias a la cuestión de la retroactividad de los cambios de doctrina. Se concluye, con la Ley, que estos Acuerdos no tienen valor jurisdiccional ni

capacidad para vincular al juez, reconociéndose su valor instrumental y de “consumo interno” en el marco de una deliberación. Se destaca que las reuniones del art. 264 no son “juez natural”, ni funcionan sometidas a las garantías del proceso debido, ni aportan motivación. La pretensión de otorgarles valor vinculante supondría convertir lo acordado en recetas, protocolos o fórmulas de aplicación automática, lo que vulnera la independencia judicial.

**PALABRAS CLAVE:** Acuerdos de los Plenos no Jurisdiccionales, jurisprudencia, recurso de casación, recurso de revisión, retroactividad de los cambios jurisprudenciales, independencia judicial, garantías del proceso debido, proyecto de reforma de la casación penal, reformas introducidas por LO 6/2007, legalidad ordinaria y materia constitucional, prescripción y prevaricación.

Fecha de publicación: 2 febrero 2008

---

**SUMARIO:** 1. Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 8 de mayo de 1997 y doctrina del Tribunal Supremo sobre el art. 264 LOPJ. 2. El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 18 de julio de 2006: “Los acuerdos de la Sala General (Pleno no jurisdiccional) son vinculantes”. Independencia judicial, juez natural y proceso debido. 3. Valor de la Jurisprudencia y valor de lo acordado en un Pleno no Jurisdiccional. La motivación. 4. Jurisprudencia y retroactividad. 5. Toma de postura: el ámbito y el valor de los Acuerdos de un Pleno no Jurisdiccional.

## 1. Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 8 de mayo de 1997 y doctrina del Tribunal Supremo sobre el art. 264 LOPJ.

Según el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 18 de julio de 2006 “*Los acuerdos de la Sala General (Pleno no jurisdiccional) son vinculantes*”. Tal declaración supone un cambio radical de opinión sobre el valor de lo acordado en estas reuniones (así se denominan en el art. 264 de la LOPJ). El 8 de mayo de 1997 se había acordado, con idéntico instrumento, lo contrario. Se decía entonces que “Las reuniones de la Junta General autorizadas por el artículo 246 de la Ley Orgánica del Poder Judicial constituyen un buen procedimiento para alcanzar la necesaria unificación de doctrina en la aplicación del ordenamiento jurídico. Podrán suscitarse las cuestiones penales sustantivas o también cuestiones procesales que surjan como consecuencia de cambios legislativos o que no hayan sido resueltas de modo consolidado por la Sala o respecto a las que hayan surgido criterios distintos a los hasta ahora existentes. Tales cuestiones podrán plantearse con motivo de la deliberación de un determinado asunto, debiendo en tal caso decidir la Sala o sección deliberante la procedencia de suspender el fallo hasta el debate por el Pleno de la doctrina que deba adoptarse. En cuanto a la vinculación de los Magistrados de la Sala a los acuerdos adoptados sobre unificación de doctrina en las Juntas Generales del artículo 264 de la LOPJ se llega a la conclusión de que, aunque *no siendo jurídicamente vinculantes*, los acuerdos deben ser respetados, en aras del bien que debe prevalecer, que es la estabilidad y uniformidad de la doctrina jurisprudencial.”. Este Acuerdo de 1997, ahora “*derogado*”, se ajustaba, en lo referente al valor no vinculante de lo acordado, al contenido del art. 264 de la LOPJ que, al contemplar estas Juntas o reuniones, dice: “1. Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales. Las reuniones se convocarán por el Presidente de la Sala, a petición mayoritaria de los Magistrados, así como en los demás casos que establezca la Ley. Serán presididos por el Presidente de Sala. 2. *En todo caso quedará a salvo la independencia de las Secciones<sup>1</sup> para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan.*”.

La jurisprudencia del TS se ha ocupado del valor de estos Acuerdos y de la interpretación del art. 264 LOPJ en algunas ocasiones. Recojo tres resoluciones.

La STS 443/1997, de 22 de marzo, se refería a la naturaleza de estas reuniones, a propósito de un Acuerdo de 17 de mayo de 1994<sup>2</sup>, diciendo que “este Pleno no es el jurisdiccional previsto en el art. 197<sup>3</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino el

\*Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación SEJ 2004-04504/JURI del Plan Nacional I+D+I 2004-2007, del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

<sup>1</sup> Se habla en este precepto de la independencia de las “Secciones”; téngase en cuenta que el TC, en distintas resoluciones, ha considerado que las Secciones son órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada a los efectos del requisito de la identidad del órgano judicial cuando se plantea la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (SSTC 134/1991, de 17 de junio, 245/1994, de 15 de septiembre, 32/1999, de 22 de abril, 102/2000, de 10 de abril y 122/2001, de 4 de junio).

<sup>2</sup> Se trataba en este Acuerdo de un problema de aplicación del CP derogado en materia de lesiones.

<sup>3</sup> Dice el art. 197 LOPJ, en referencia a lo dispuesto en el art. 196, relativo a que bastan tres Magistrados para formar Sala, que “Ello no obstante, podrán ser llamados, para formar Sala, todos los Magistrados que la componen,

marco de una deliberación más o menos oficiosa para examinar cuestiones doctrinales polémicas y alcanzar coincidencias básicas que más tarde pueden ser tenidas en cuenta en las causas concretas. Dicho de otro modo, se trata, si así se quiere, de un Pleno atípico y huérfano de todo valor jurisprudencial directo, pese a su gran importancia “ad intra”. De ahí que la presente resolución, lejos de remitirse al mismo (al acuerdo del Pleno no Jurisdiccional), lo haga a la ininterrumpida serie de sentencias que desde entonces ha seguido el criterio favorable...”. En esta Sentencia se hace un entendimiento correcto del valor y de la utilidad de lo acordado en las Juntas Generales, conforme a la regulación y naturaleza que se deriva del art. 264 LOPJ. Creo que es evidente que en estos Plenos no se ejerce función jurisdiccional; que son reuniones de Magistrados, que no tienen el valor de jurisprudencia, siendo su utilidad de “consumo interno”; que constituyen un instrumento valioso para discutir las cuestiones procesales y penales dudosas o sobre las que existan discrepancias y que la postura que en ellos se acuerda sólo adquiere naturaleza de doctrina consolidada de la Sala Segunda al incorporarse, al menos, a dos Sentencias.

En la misma línea, la STS 954/2000, de 28 de junio, a propósito del Acuerdo de la sala general de 26 de mayo de 2000<sup>4</sup>, dice que “Estos acuerdos plenarios no son jurisdiccionales ni crean jurisprudencia pero constituyen su normal y lógico antecedente y sus criterios interpretativos se van convirtiendo, sucesivamente, en doctrina jurisprudencial.”. Quiere lo anterior decir, que estos acuerdos no alcanzan el valor que tiene la jurisprudencia en nuestro sistema, que, aun no siendo una fuente del derecho, sin embargo, complementa el ordenamiento jurídico, pero tal labor se realiza a través de las actuaciones jurisdiccionales, o sea, las que suponen interpretación y aplicación de la Ley, al juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y no mediante las discusiones y decisiones que se puedan alcanzar en las reuniones del art. 264 LOPJ.

La STS 1224/2004, de 15 de diciembre, resuelve un recurso de casación en el que se estudiaba, entre otros, un motivo referido a la vulneración de la tutela judicial efectiva, al amparo del art. 849.1 de la LECrim. El recurrente había sido condenado por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud al fabricar y vender para ulterior distribución “éxtasis líquido”, o sea GHB sódico. Sostenía el recurrente que la vulneración de la tutela efectiva se derivaba de “haberse infringido el acuerdo del Tribunal Supremo de fecha 19 de octubre de 2001<sup>5</sup>, en cuanto en ese Acuerdo no se incluye el

aunque la Ley no lo exija, cuando el Presidente, o la mayoría de aquéllos, lo estime necesario para la administración de Justicia.”. Evidentemente el pleno aquí contemplado es jurisdiccional y los Magistrados en él reunidos ejercen la función que les es propia: la administración de Justicia.

<sup>4</sup> La Sentencia se refiere al Acuerdo de 28 de mayo, por error; su fecha es la de 26 de mayo. Dice este Acuerdo que “El art. 121 del nuevo Código Penal no altera la jurisprudencia de esta sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del art. 120.3º del Código Penal.”.

<sup>5</sup> El Acuerdo de 19 de octubre de 2001 es el que resuelve la cuestión de la notoria importancia, especificando que la misma se alcanza a partir de 500 dosis de consumo diario de las distintas sustancias, indicador que se deriva del Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001. A la génesis y contenido de este Acuerdo me he referido en Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. LVI, 2003, págs. 64- 65 y 92-93 y notas 19, 32, 49 y 50. En este Acuerdo y en el Cuadro que lo acompaña no se hace referencia expresa al GHB, ni al GBL (gammabutirolactona). Estas sustancias fueron

GHB como sustancia prohibida en la tabla de fiscalización internacional y se niega así mismo que esté incluida en las listas anexas al Convenio de Naciones Unidas y lo mismo se afirma respecto a la butirrolactona.”. Con independencia de la resolución del fondo de este asunto<sup>6</sup>, lo que aquí interesa subrayar es que el TS considera que el Acuerdo del pleno no jurisdiccional no es “un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la Ley Penal”, como exige el cauce del art. 849.1º LECrim y que tales acuerdos “no pasan de ser reuniones o juntas de los Magistrados de la sala para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales, en conformidad con lo que se dispone en el art. 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, acuerdos que no son jurídicamente vinculantes, por lo que difícilmente puede alegarse su infracción como vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva...”. Es claro que para la sentencia, en parte transcrita, el acuerdo tomado en un Pleno no Jurisdiccional no es una “norma jurídica” que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal”, cuya infracción es la que reclama la LECrim, en su art. 849. 1º, para fundamentar el recurso de casación. Es más, esta caracterización de “norma jurídica” tampoco la tiene la Jurisprudencia. Así se afirma por la Sala Primera del TS, cuando interpreta el art. 1.6 CC: la doctrina jurisprudencial complementadora del ordenamiento jurídico no es una “disposición” o “norma”, sino que se trata “de unos criterios de aplicabilidad consustanciales con el ejercicio de la

incluidas por la Comisión de Estupefacientes de Naciones Unidas, en el 44º período de sesiones, en la Lista IV de la Convención de Viena de 1971, relativa a los psicotrópicos, en marzo de 2001. Como consecuencia de ello, el Ministerio de Sanidad y Consumo, mediante Orden SCO/469/2002, de 19 de febrero (BOE de 6 de marzo de 2002), dispone su inclusión en el RD. 2829/1977, de 6 de octubre, ubicándolas en la Lista IV del Anexo I. Sobre el particular ver STS 197/2004, de 16 de febrero, así como la STS 1224/2004 a la que me refiero en el texto. Es necesario en este punto hacer una puntualización. La Orden 469/2002, citada en la STS 1224/2004, disponía en su apartado segundo lo siguiente “Incluir la sustancia ácido hidroxibutírico (GHB), así como las sales, ésteres o éteres que de la misma sea posible su formación, en la lista IV del anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre.”. Esta redacción ha sido modificada por la Orden SCO/2004/2006, de 19 de junio de 2006, teniendo en cuenta que la Lista IV de la Convención de 1971 no incluye los ésteres ni los éteres, ya que tienen un uso generalizado en la industria química y carecen de utilidad terapéutica, no considerándose psicotrópicos en ningún país de la UE. Por eso la nueva redacción del apartado segundo es “Incluir la sustancia ácido hidroxibutírico (GHB), así como las sales que de la misma sea posible su formación en la lista IV del anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, y excluir sus ésteres y éteres.”. El Pleno no Jurisdiccional del TS de 13 de diciembre de 2004 se plantea la cuestión relativa a los criterios para determinar la notoria importancia de la sustancia GHB (gammahidroxibutirato y ácido gammahidroxibutírico). Se acordó que el GHB es “Sustancia que debe considerarse causa grave daño a la salud. La cantidad de notoria importancia debe fijarse en 10.500 gramos de dicha sustancia en estado puro. Igual criterio debe seguirse para la sustancia denominada GBL, abreviatura de gammabutirolactona.”. Esta cantidad se deriva de multiplicar por 500 el extremo superior de la horquilla de consumo diario estimado 4.200 mg. - 21.000 mg. (21.000 X 500= 10.500.000 mg. = 10.500 gm. =10,5 Kg.). Esta horquilla es la que se recoge en el Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 9 de diciembre de 2004, tenido en cuenta en el Acuerdo de 13 de diciembre de 2004. Señala la STS que la butirrolactona (GBL) es un precursor del GHB que se convierte en sustancia activa cuando se mezcla con agua, lo que ocurre cuando se ingiere y que debe tener la misma consideración que la sustancia GHB.

<sup>6</sup> Se rechazaron todos los motivos de impugnación salvo el relativo a la concurrencia de la agravante de notoria importancia que había apreciado la Audiencia Provincial. El TS considera que no concurre tal agravación teniendo en cuenta que, según Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 9 de diciembre de 2004, el consumo diario estimado de GHB se sitúa en una horquilla de 4.200 mg. a 21.000 mg., tal como se ha visto en la nota anterior, y la cantidad de notoria importancia se obtiene multiplicando la cantidad máxima de la horquilla por 500. La cantidad de droga a la que se refieren los hechos era inferior a la requerida para apreciar la notoria importancia.

función y la independencia propia de los Tribunales” (SSTS, Sala Primera, de 3 de enero de 1990, 26 de septiembre de 2000 y 21 de julio de 2003).

## 2. El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 18 de julio de 2006: “Los acuerdos de la Sala General (Pleno no jurisdiccional) son vinculantes”. Independencia judicial, juez natural y proceso debido.

La jurisprudencia recogida, el Acuerdo de 1997 y, sobre todo, el contenido del art. 264 LOPJ parecen contradichos por el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del 18 de julio de 2006 que quiere concluir el carácter vinculante<sup>7</sup> de lo decidido en las reuniones regladas por el precepto citado. Creo que la sola oposición de lo decidido en 2006 al texto del art. 264 sería suficiente para tenerlo por nulo y carente de fuerza vinculante. Pero hay otros argumentos legales y constitucionales que avalan esta afirmación. Son los siguientes:

-El art. 117.1 CE proclama la *independencia* de los Jueces y Magistrados que están *sometidos únicamente al imperio de la Ley*. Los arts. 1 y 5 LOPJ refieren esa sumisión a la ley y a la Constitución, tal como se interprete por el TC. No hay sumisión a lo acordado en reuniones no jurisdiccionales.

-El art. 12.1 LOPJ afirma la *independencia* de los Jueces y Magistrados en el *ejercicio de la potestad jurisdiccional*, lo que entraría en colisión con una pretendida fuerza vinculante de lo decidido en una reunión no jurisdiccional.

-El art. 12.2 LOPJ establece que la interpretación y aplicación de la ley hecha por un juez sólo puede *corregirse cuando se administre Justicia y por la vía de los recursos*. Un Pleno no jurisdiccional no administra Justicia ni resuelve recursos, luego no puede “corregir” de futuro, las decisiones jurisdiccionales de los órganos jurisdiccionales. Por otro lado, hay que recordar que el art. 417.4 LOPJ considera falta muy grave “La intromisión, mediante órdenes o presiones de cualquier clase, en el ejercicio de la

<sup>7</sup> Expresamente apela al carácter supuestamente vinculante de lo decidido en un Pleno la STS 13/2007, de 22 de enero. En la misma se hacía referencia al Acuerdo de 29 de noviembre de 2005 por el que se acordó que “las disposiciones transitorias del Código Penal, en particular la número 11, se aplican también en relación con las leyes especiales”. La sentencia, a la vista del acuerdo, afirmó que “en esta situación, y siendo la finalidad de tales plenos no jurisdiccionales resolver de manera uniforme los problemas interpretativos de la ley penal con objeto de garantizar la seguridad jurídica, resulta obligado seguir el criterio expresado en dicho Pleno, que contó con el apoyo de la mayoría de sus integrantes.”. La STS 1081/2003, de 21 de julio, resuelve un recurso de casación, desestimándolo, contra una sentencia absolutoria en un supuesto de venta de 13 miligramos de heroína pura. Dice el TS que la cuestión general de la tipicidad o atipicidad de la venta de pequeñas cantidades de droga está pendiente de resolución, pues en el Pleno de 24 de enero de 2003, al no llegarse a un acuerdo, se propuso que se recabase Informe del Instituto Nacional de Toxicología, dejando diferida la cuestión para un siguiente Pleno. Tal Pleno no se había producido todavía en el momento de dictarse la STS 1081/2003 (en realidad, tal como se verá después, el Pleno no llegó a celebrarse nunca, sustituyéndose su convocatoria por un Cuadro-resumen del gabinete técnico del TS), por lo que la Sentencia decide que “deben mantenerse los criterios tradicionales de la jurisprudencia de esta Sala, en tanto no sea modificada la doctrina legal, mediante un acuerdo plenario.”. A la vista de estas palabras, parecería que la doctrina legal, reiterada y motivada, contenida en múltiples resoluciones, puede sustituirse por el contenido de un Acuerdo tomado al margen de las garantías del proceso debido y sin la motivación propia de una resolución judicial. Lo cierto, es que siendo lo anterior inadmisibile, está ocurriendo en la praxis del TS.

potestad jurisdiccional de otro juez o magistrado”, y es falta grave (art. 418.4 LOPJ) “Corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores en el orden jurisdiccional, salvo cuando actúen en el ejercicio de la jurisdicción.”.

-El art. 12.3 LOPJ impide que se dirijan *instrucciones a los inferiores sobre aplicación e interpretación de la ley* y, aunque este precepto no se refiere expresamente a lo acordado en un pleno no jurisdiccional, sino a las instrucciones que puedan provenir de los superiores, de los órganos de gobierno o del CGPJ, es claro que, cuando el Acuerdo de 2006 pretende convertir a una reunión no jurisdiccional en oráculo de la única interpretación posible y vincular a los jueces o Tribunales en su ejercicio de la jurisdicción a esa interpretación, se está vulnerando el sentido de lo prohibido en el art. 12.3 LOPJ. Por otro lado, este art. 12.3 no podía referirse a los acuerdos de un Pleno del art. 264, toda vez que, según este último precepto, estas reuniones y los acuerdos que toman no afectan a la independencia judicial. Pero cuando por la vía de unos de esos acuerdos se pretende que todos ellos tengan fuerza vinculante, entonces, podemos entender que se presentan como “instrucciones” dirigidas a los jueces<sup>8</sup>.

-El art. 13 LOPJ dice que “Todos están obligados a *respetar la independencia* de los Jueces y Magistrados.” Y ese “todos” incluye a los Magistrados reunidos en Junta General fuera del ejercicio de la jurisdicción. Téngase en cuenta que la independencia se proyecta hacia fuera, pero también hacia dentro, por lo que también los jueces han de respetar la independencia de los otros jueces.

- El art. 24.2 CE establece el derecho fundamental al *juez predeterminado por la Ley*. Es evidente que la reunión de jueces en que consiste un pleno no jurisdiccional no es el juez natural predeterminado por la ley, porque, por no ser, no es ni tan si quiera, el “juez”, al no ejercer función jurisdiccional. En este sentido se pregunta García-Pablos de Molina<sup>9</sup>, a propósito del Acuerdo de 8 de mayo de 1997, referido más arriba, “¿Por qué un Tribunal, esto es, el juez natural que ejerce jurisdicción, único al que corresponde sentenciar el caso, puede dirigirse a la Junta o Asamblea de magistrados que integran la sala (que ni constituye *Tribunal*, ni ejerce jurisdicción, ni conoce el caso) a fin de que resuelva las dudas del primero sobre la correcta interpretación de un precepto jurídico, asumiendo, sin más su dictamen?” Responde este autor “No encuentro fundamento alguno a tal trámite consultivo, ni al acuerdo de suspensión del fallo. Este

<sup>8</sup> Contiene manifestaciones interesantes la Sentencia de la AP de Sevilla de 21 de mayo de 2004, a propósito del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de 14 de febrero de 2003, sobre los baremos de la Ley de seguros privados para seguros del automóvil. Se habla en esta resolución del “problema que para el sistema de fuentes del Derecho puede llegar a suponer...esta innovadora práctica de los acuerdos plenarios de la Sala Segunda, que no pretenden expresamente ser vinculantes, pero que tienden a convertirse en tales en la práctica...”, recordándose que “en una época ya pasada”, se enviaban “incluso a las Audiencias Provinciales desde la Secretaría Técnica del Tribunal Supremo.” La resolución aplicó la doctrina contraria a la contenida en el Acuerdo indicado, rescatando la sostenida con anterioridad por el propio TS, por entender que esta última es “la buena y vigente doctrina jurisprudencial” y no el “criterio expresado en un acuerdo no jurisdiccional, mal motivado y peor fundamentado.”. Esta Sentencia “desobediente” de la Audiencia de Sevilla es anterior al Acuerdo de 18 de julio de 2006, el que pretende la fuerza vinculante de los Acuerdos.

<sup>9</sup> “Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial y los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo”, en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídico penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, 2006, CGPJ, Madrid, pág. 211.

último, por cierto, ha representado en algún supuesto recientes dilaciones indebidas...”<sup>10</sup>.

-El art. 24.2 CE consagra las garantías del *proceso debido*, lo que entre otras cosas supone que los extremos relevantes para la condena deben de ser objeto de *contradicción, debate y defensa y luego resultar motivados* (art. 24.1 CE), por lo que lo acordado en un Pleno no Jurisdiccional no puede ser incorporado automáticamente en una sentencia condenatoria, como argumento absoluto, sustrayéndolo al debate y a la ulterior motivación. En este sentido Álvarez García, partiendo de que los Plenos no son vinculantes, o sea desde el entendimiento obligado por el art. 264 LOPJ, no desde la pretensión de fuerza vinculante que quiere ahora darles el Acuerdo del 18 de julio de 2006, considera que “resulta más adecuado optar por la toma de decisión en el ámbito de aquellos órganos en los que las garantías se constituyen en el primer referente”<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Se refiere el autor al tiempo, superior a un año, que tardo el Instituto Nacional de Toxicología en evacuar el Informe requerido por el TS a los efectos de la agravante de notoria importancia en el tráfico de drogas, cuestión que se resolvió por Pleno de 19 de noviembre de 2001, ya aludido en nota 5. Lo mismo puede decirse respecto de la suspensión del plazo para dictar sentencia acordada en relación a la STS 1023/2002, de 19 de enero de 2004. En esta última Sentencia, la aparente discordancia entre el número -1023/2002- y la fecha de publicación -2004-, obedece a que la votación y fallo se celebró el 23 de mayo de 2002, acordándose por Auto de ese día la prórroga del término para dictar sentencia hasta la reunión del Pleno de la Sala Segunda que lograrse un acuerdo sobre la tipicidad o atipicidad de la venta de dosis insignificantes de droga. A los ocho meses, el 24 de enero de 2003, la Sala 2ª del TS celebra Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Doctrina con vistas a resolver la cuestión de la tipicidad o atipicidad de la venta de cantidades mínimas de droga, pues en el seno del Tribunal convivían dos posiciones contrapuestas e irreconciliables sobre el asunto. El Pleno decidió que “... por el Instituto Nacional de Toxicología se propusieran unos mínimos exentos de cualquier afectación a la salud de las personas.”, posponiendo la resolución del problema. El Informe del Servicio de Información Toxicológica del Instituto Nacional de Toxicología, núm. 12691/03, de 22 de diciembre de 2003 llega al TS el 13 de enero de 2004, Recibido el Informe se decide que no es necesaria la celebración de Sala General, y se publica esta Sentencia, seis días después, en base a los datos que el TS quiere deducir del Informe. Es decir, desde que se acordó la prórroga hasta que se dictó el fallo, pasó 1 año y 8 meses. Aquí no sólo tenemos un problema de dilaciones indebidas, sino que hay otro más grave: la decisión sobre la tipicidad en casos de venta de pequeñas cantidades de drogas ni tan si quiera se adopta en un Pleno no Jurisdiccional, sino que se decide (¿por quién?) que no es necesario (SSTS 1023/2002 citada y 1982/2002, de 28 de enero de 2004) celebrar el Pleno y en su lugar el Gabinete Técnico del TS elabora un Cuadro-Resumen que se refiere sólo a la dosis mínima psicoactiva de seis sustancias (el Informe de Toxicología incluía otros indicadores como la dosis de abuso habitual y la dosis de consumo diario estimado de 29 sustancias de abuso, agrupadas en 6 familias, identificándose cada sustancia por sus denominaciones alternativas o comerciales y por su fiscalización en las distintas Listas de la Convención Única de 1961 y de la Convención de Viena de 1971) y que no es totalmente fiel a los datos suministrados por Toxicología en lo que se refiere a la dosis mínima psicoactiva de heroína, LSD y MDMA. A estas cuestiones me refiero ampliamente en “Venta de cantidades mínimas...”, ob. cit., págs. 62-72. Por su parte, Álvarez García se hace eco del problema (“Reflexiones sobre el principio de legalidad”, en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, 2006, CGPJ, Madrid, págs. 299-358), señalando que en este caso de la determinación de la dosis mínima psicoactiva de drogas estamos “ante un Acuerdo “fantasma” -porque en realidad el único “acuerdo” fue el de solicitar el Informe al Instituto Nacional de Toxicología- del Pleno de la Sala 2ª, y ante una “decisión” real del Gabinete Técnico del Supremo (el subrayado es mío)...”. Si hemos dicho que el Pleno no Jurisdiccional no es juez natural, ni ejerce función jurisdiccional, con mayor razón habremos de decirlo del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. Concluye Álvarez García que “un Tribunal toma, en debate, la decisión de aceptar “lo que diga” el Pleno de la Sala, convirtiéndolo, de tal forma, *ab initio*, en vinculante lo que no lo es, y transfiriendo a otro órgano -sin, en esta ocasión, naturaleza jurisdiccional- la responsabilidad de la resolución; resultando al final que la resolución se adopta de acuerdo a unos criterios dictados no ya por el Pleno, tampoco por el Instituto Nacional de Toxicología, sino por el Gabinete Técnico del Supremo ¡Fantástico!” (págs. 348-351).

<sup>11</sup> “Reflexiones...”, ob. cit., pág. 352-353. Refiriéndose a la cuestión de la dosis mínima psicoactiva (ver nota anterior) dice este autor que si su plantamiento hubiese tenido lugar en el ámbito del proceso, (no en el de un Pleno fantasma con decisión del Gabinete Técnico no respetuosa con los datos de Toxicología), hubiera resultado

También García-Pablos, presuponiendo la independencia, que queda a salvo en el art. 264, dice que “de hecho esta fórmula extrajudicial y consensuada, se orienta a un modelo dirigista, piramidal y abreviado de creación de doctrina *consolidada* en detrimento de la evolución natural y espontánea y el dinamismo de la jurisprudencia. La praxis cotidiana se encargará de que la sola cita de un Pleno no jurisdiccional yugule el debate procesal.”<sup>12</sup>. Creo que el juicio crítico de estos dos autores sería muchísimo más crítico si se hubiese formulado poco después y con relación al Acuerdo de 18 de julio de 2006.

### 3. Valor de la Jurisprudencia y valor de lo acordado en un Pleno no Jurisdiccional. La motivación.

Cuando se plantea el valor de lo acordado en un Pleno no Jurisdiccional suelen hacerse referencias al valor de la Jurisprudencia, temas evidentemente relacionados, pero que no han de ser, necesariamente, contestados de igual manera, toda vez que la naturaleza, valor y posible vinculación varían en función de que estemos ante una opinión no jurisdiccional o ante decisiones jurisdiccionales. Geó que las posibles distintas respuestas han de partir del distinto y superior valor de las resoluciones judiciales (que, al repetirse, generan Jurisprudencia), respecto de lo acordado en una Junta General que no ejerce jurisdicción, ni tiene el rango que el art. 1.6 CC establece para la Jurisprudencia. Me parece necesario advertir que lo decidido en estas Juntas sólo alcanza el rango de Jurisprudencia cuando como tal se consolida, por incorporación, en más de una Sentencia, pero, entonces lo que reclama el tratamiento de doctrina jurisprudencial no es el acuerdo del Pleno, sino la doctrina consolidada en resoluciones judiciales adoptadas en el ejercicio de las función jurisdiccional. Por eso debe responderse desde postulados independientes a la posible incidencia en la conciencia de la antijuridicidad y a la retroactividad o irretroactividad cuando se trata de un cambio en la doctrina jurisprudencial y cuando se trata de un cambio en la opinión de

imposible la alteración del Informe pericial y vaticina que, de no haberse obrado de forma incorrecta, aunque se mantuviese el criterio de la dosis mínima psicoactiva para colmar la tipicidad, ello sería en base a pericias individuales. El vaticinio parece correcto y así lo debió entender la STS 298/2004, de 13 de marzo que, a sólo dos meses de la adopción del nuevo criterio derivado del “cuadro/resumen/alterado” (tal como lo denomina Álvarez García) se ve en la necesidad de hacer importantes precisiones a la nueva tesis. A esta Sentencia me he referido ampliamente en “Venta de cantidades mínimas...”, ob.cit., págs. 73-79. Recojo aquí sólo dos de esas precisiones: 1ª) Por lo que se refiere a la heroína, la cantidad tenida por dosis mínima psicoactiva es muy reducida y por ello controvertida, cosa que no ocurre con la cocaína. Del Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 2003 se deduce que la dosis mínima psicoactiva de heroína es de entre 0,66 y 1 mg; “dada la absoluta nimiedad de esta cifra y el principio “pro reo” estimamos procedente acoger como parámetro *un miligramo*, aunque algunas sentencias de esta Sala han acudido a la cifra inferior de la horquilla, 0,66 miligramos.”. Se rectifica así la cifra ofrecida por el Gabinete Técnico. 2ª) En la determinación de la dosis mínima psicoactiva, el tribunal debe ceñirse a los parámetros técnicos ofrecidos por el organismo oficial especializado, pero “... ello no impide que la cifra pueda ser cuestionada en cada caso por las partes en enjuiciamientos futuros, aportando en su caso dictámenes periciales contradictorios... Cuál es dicho mínimo constituye una cuestión pericial...”. En definitiva, la cuestión no está cerrada y caben pericias que sostengan lo contrario y que, tras el oportuno debate, la debida valoración y la motivación necesaria, puedan llevar a otra solución.

<sup>12</sup> “Relevancia de los cambios...”, ob. cit, págs. 212-213.



un Pleno no Jurisdiccional, aunque pueda después alcanzarse igual solución, pero por razones diversas.

Al hilo de la anterior afirmación podemos analizar la STS 2414/2001, de 10 de enero de 2002 y el Voto Particular discrepante con la mayoría. Se trataba de un recurso de casación por infracción de precepto constitucional interpuesto contra un Auto de la Audiencia Provincial que, en causa ejecutoria, consideró improcedente revisar una Sentencia condenatoria dictada en casación por el TS que no había sido ejecutada. Se denunciaba vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la disposición transitoria primera del CP 1995. El recurrente fue condenado por la Audiencia Provincial en diciembre de 1992 por robo con toma de rehenes, falsificación de placa de matrícula de automóvil y tenencia ilícita de armas conforme al CP 1973, apreciándose en todos los delitos la atenuante analógica muy cualificada “por la extraordinaria dilación de este proceso”. Recurrída en casación, el TS en Sentencia de 10 de mayo de 1994, suprimió la atenuante muy cualificada, lo que supuso una considerable elevación de las penas. Se formuló Voto Particular disidente. El TS, en esta Sentencia de 1994 aplicó la doctrina entonces dominante a propósito de las dilaciones indebidas: constatada la tardanza, el remedio está en el recurso al indulto, no admitiéndose la construcción de una atenuante analógica de dilaciones indebidas. Esta doctrina se recogía en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 2 de octubre de 1992 y se reiteró, más tarde, en el Acuerdo de 29 de abril de 1997. En un tercer Acuerdo de 21 de mayo de 1999 se modificó la posición del TS, admitiéndose la viabilidad de la atenuante analógica por dilaciones indebidas<sup>13</sup>. Pretendida, después del Acuerdo de 1999, la revisión de la Sentencia, dada la nueva posición del TS, la Audiencia Provincial desestimó tal petición por Auto que fue recurrido en casación<sup>14</sup>. El TS razonó que la posibilidad de aplicar retroactivamente el nuevo CP no cabe ante una modificación jurisprudencial que lleva a un resultado más favorable, pues tal como se dijo en la STS de 30 de enero de 2001 “no existe norma sustantiva ni procesal que permita alterar una sentencia firme por aplicación retroactiva de la nueva jurisprudencia más favorable, ni tal caso es posible mediante la aplicación analógica de las previsiones normativas del régimen transitorio del Código penal, porque la doctrina jurisprudencial de esta Sala Segunda no crea normas jurídicas ni está sometida al régimen de retroacción establecido en las disposiciones transitorias del Código vigente.”. Por otro lado, argumenta la STS que, aunque se estuviese en el marco de un recurso extraordinario de revisión del art. 954.4º LECrim (lo que no era el caso), tampoco podría accederse a lo pretendido, dado que el Pleno no Jurisdiccional de 30 de abril de 1999 ha acordado que “el cambio jurisprudencial no debe ser incluido como hecho nuevo en la aplicación del art. 954 de la Ley Procesal”.

<sup>13</sup> A estos tres Plenos y a la atenuante por tardanza ilegítima me refiero en Manjón-Cabeza Olmeda, A., *La atenuante analógica de dilaciones indebidas. Analogía e interpretación. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007.

<sup>14</sup> Es decir, el TS en la S 2414/2001, que estamos analizando, no resolvía un recurso extraordinario de revisión, sino un recurso de casación contra un Auto de la Audiencia que no accedía a revisar una condena anterior firme del TS, pretensión del recurrente que se amparaba en que después de la firmeza había variado el criterio jurisprudencial en el sentido de admitirse la atenuante analógica de dilaciones indebidas.

Con todo reconoce el TS que en el supuesto analizado hay un “déficit de justicia material”, pero añade que “la consecución de la justicia...únicamente cabe alcanzarse en un estado democrático mediante la aplicación de las normas promulgadas por el poder legislativo”, señalándose que en estos casos subsiste el instituto del indulto.

Repárese que esta Sentencia no niega la aplicación retroactiva de un Acuerdo de un Pleno no Jurisdiccional, sino la aplicación retroactiva de una consolidada y repetidísima doctrina jurisprudencial plasmada en cientos de Sentencias posteriores al Acuerdo de 1999, cuestiones que, como ya he indicado, deben separarse.

El voto disidente hacía una consideración de partida: la Sentencia de la Audiencia Provincial de 11 de febrero de 1992 (el voto se refiere a la Sentencia de 11 de febrero de 1992, aunque es de diciembre) fue casada por la del TS al aplicársele *retroactivamente* la nueva doctrina más perjudicial recogida en el Acuerdo de octubre de 1992 que indica el indulto y no la atenuante analógica en caso de dilaciones indebidas. A esta conclusión se llega por entenderse que esta doctrina (la del indulto) no era unánime en el TS, toda vez que existía alguna Sentencia, anterior al Acuerdo de 1992, que había apreciado la atenuante analógica de dilaciones indebidas. En efecto así era: había una Sentencia, la de 14 de octubre de 1991, que optaba por la atenuación analógica. Después del Acuerdo de 1992, otra Sentencia de 2 de abril de 1993 mantuvo el criterio de acudir a la atenuante analógica<sup>15</sup>. En puridad, no creo que se pueda afirmar que la STS de 1994 hiciese una aplicación retroactiva del criterio más desfavorable, ya que ese criterio no surge *ex novo* en el Acuerdo de 1992, pues era doctrina recogida en Sentencias absolutamente dominante con anterioridad a 1992. Lo más que puede admitirse es que en 1994 en el TS había dos tesis: una, casi unánime, que indicaba la vía del indulto y otra, restringida y minoritaria, plasmada en dos Sentencias, que indicaba la atenuación analógica. Por otro lado, hay que tener en cuenta que el Acuerdo de 1992, que conducía al indulto, es anterior a la Sentencia de la Audiencia Provincial, por lo que ésta podía haberlo aplicado si hubiese querido, pero no lo hizo optando por la tesis minoritaria de la atenuante analógica.

Deduco el Voto disidente que analizamos que si se pudo aplicar retroactivamente la doctrina derivada de un Pleno que era perjudicial, con más razón se podrá aplicar retroactivamente la derivada del Pleno de 1999 que es beneficiosa, por lo que se rechaza, para este caso, el criterio de no aplicar retroactivamente la Jurisprudencia más favorable en casación. Respecto de esta afirmación, creo que parte de un planteamiento erróneo, toda vez que la STS de 1994 no hizo una aplicación retroactiva de una doctrina nueva desfavorable, sino que mantuvo y aplicó el criterio absolutamente mayoritario y casi unánime (salvo por dos resoluciones) que el TS venía manejando desde mucho

<sup>15</sup> De estas dos resoluciones que optaban por la atenuante analógica había sido Ponente el mismo Magistrado responsable del Voto Particular que ahora analizamos. También era el Ponente del Voto Particular a la STS de 10 de mayo de 1994 que anuló la de la Audiencia Provincial en lo que se refiere a la atenuante de dilaciones indebidas. Además, había dos Votos Particulares disidente (a las SSTs de 6 de julio de 1992 y de 27 de enero de 1997) que mantenía el criterio de la viabilidad de la atenuante analógica por tardanza indebida, obra del mismo Magistrado. Las resoluciones y votos particulares aludidos se analizan en profundidad en Manjón-Cabeza Olmeda, A., *La atenuante analógica...*, ob. cit., págs. 158 y ss.

antes, criterio respecto del cual el Acuerdo de 1992 no innova nada, limitándose a recogerlo.

También, se rechaza en el Voto disidente la doctrina contenida en la STS de 30 de enero de 2001 a propósito del recurso de revisión, concluyéndose que el caso enjuiciado es excepcional y que si el TS aplica retroactivamente los cambios jurisprudenciales favorables en casación, incluso de oficio, no hay motivo para no hacerlo en un recurso de revisión. Respecto de esta última afirmación, conviene recordar que la supuesta aplicación retroactiva (que en realidad no es tal) en casación se hace respecto de una Sentencia que no es firme, mientras que en el recurso extraordinario de revisión, nos encontramos frente a Sentencias firmes. Esta diferencia es importante, a lo que debe añadirse que el caso enjuiciado, tal como he señalado, no supuso aplicación retroactiva de una nueva doctrina, sino aplicación de la entonces vigente de forma absolutamente mayoritaria, con sólo dos excepciones. En realidad, cuando se aplica una interpretación jurisprudencial vigente en un momento, habiéndose consolidado esa interpretación antes y habiendo acaecido los hechos mucho antes, se está aplicando la tesis vigente en el momento que es relevante, o sea en el enjuiciamiento.

Tres conclusiones deben subrayarse a la vista de esta Sentencia y del Voto disidente:

1ª) Un cambio en la Jurisprudencia, aún consolidado en múltiples Sentencias (no simplemente adoptado en un Acuerdo no jurisdiccional que, en el recto entender del art. 264, no es vinculante), no constituye un “hecho nuevo”<sup>16</sup> que permita fundar un recurso extraordinario de revisión contra una Sentencia firme al amparo del núm. 4 del art. 954 LECrim.<sup>17</sup>

2ª) Cosa distinta es que en un recurso de casación contra una Sentencia no firme se pueda aplicar, incluso de oficio, una interpretación de la ley más favorable a la que se

<sup>16</sup> Sobre si una STEDH puede considerarse “hecho nuevo” ver STC 197/2006, de 5 de julio.

<sup>17</sup> Esta es la postura que se mantiene en el Acuerdo de 30 de abril de 1999, a propósito del cambio operado en el tratamiento del concurso entre el tráfico de drogas y el contrabando (plasmado en otro Acuerdo anterior de 24 de noviembre de 1997 que indicaba el concurso de normas y rechazaba el de delitos), aunque el Acuerdo parece adoptarse con carácter general para todos los casos. La tesis contraria se había mantenido en las SSTs de 6 de mayo de 1998 y de 13 de febrero de 1999. La cuestión volvió a plantearse en el Pleno de 19 de julio de 2000 que acordó que la nueva doctrina que afirma el concurso de normas entre el tráfico de drogas y el contrabando puede llevarse a cabo de la siguiente manera: 1ª) Recurso de casación frente una Sentencia no firme por inaplicación del concurso de normas: se aplicará tal concurso; 2ª) Se rechazará el recurso de revisión contra Sentencia firme que se funde en la consideración de que el cambio jurisprudencial es un hecho nuevo; 3ª) Revisión de Sentencias firmes en las que se aplicó el CP 1973, para aplicar, si resulta más beneficioso el CP 1995, conforme a la Disposición Transitoria 5ª, entendiéndose aplicable la doctrina contenida en el Acuerdo de 24 de noviembre de 1997 que conduce a eliminar el delito de contrabando. En estos casos la impugnación del Auto de la Audiencia ha de hacerse a través del recurso de casación del art. 849.1º y no a través del recurso de revisión del art. 954. Repárese que esta revisión de sentencias firmes no lo es por el cauce del recurso extraordinario de revisión, sino por el cauce de la casación, siempre que se trate de condenas dictadas conforme al CP 1973 y por la vía de aplicar retroactivamente el nuevo CP (Disposición Transitoria 5ª, referida a la revisión de sentencias firmes por las que se está efectivamente cumpliendo pena) y no, en puridad, la nueva doctrina jurisprudencial. El Acuerdo de 30 de abril de 1999, había sido precedido de una discusión en la que el ponente mantuvo la tesis de que el cambio jurisprudencial era un hecho nuevo a los efectos del recurso de revisión cuando tal cambio se traduzca en la inaplicación de un tipo penal. La ponencia fue objetada y se tomó el acuerdo en sentido contrario a la propuesta de la ponencia (Ver Granados Pérez, C., *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del T. S. para unificación de Jurisprudencia*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 357-365).

adoptó en instancia, pero ello no supone que se esté aplicando retroactivamente una nueva tesis jurisprudencial, sino que se está asumiendo una interpretación posible de la norma que, además, resulta más favorable. Tratándose de sentencias firmes el único cauce para la revisión es el restringido de la Disposición Transitoria 5ª CP 1995, pero esto no supone aplicación retroactiva de la jurisprudencia, sino de la norma, del CP 1995<sup>18</sup>.

3ª ) La Jurisprudencia, aún consolidada en múltiples Sentencias concordantes, no se convierte en una norma, lo que tiene, al menos, dos consecuencias: 1ª ) no está sometida a las reglas de retroactividad/irretroactividad que rigen para la aplicación de las normas penales; 2ª ) no puede fundarse un recurso de casación por infracción de ley del art. 849 1º LECrim (“infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter”) en la “infracción” de la doctrina jurisprudencial.

En definitiva, la jurisprudencia ni es un “hecho”, a efectos del recurso de revisión, ni es una “norma”, a efectos del recurso de casación.

Distinta sería la situación caso de llegar a aprobarse la modificación del recurso de casación penal en trámite. La proyectada reforma permitirá, de ser aprobada, fundamentar el recurso de casación en la “contradicción de la sentencia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo o la doctrina del Tribunal Constitucional”, cuando esa contradicción evidencie “una infracción de normas constitucionales o legales que sea relevante para el fallo de la sentencia recurrida”<sup>19</sup>. La modificación que se propone es de gran calado y coloca la doctrina del TS en un nivel que ahora no tiene, haciéndola vinculante, al lado (aunque no por encima) de la doctrina del TC. Esa vinculación se hará efectiva a través del nuevo recurso de casación. También se propone la reforma del art. 5.1 LOPJ en el siguiente sentido “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. Los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes y reglamentos de acuerdo con la interpretación uniforme y reiterada que de los mismos haya realizado el Tribunal Supremo.”<sup>20</sup>. Caso de llegar a aprobarse la reforma en el sentido proyectado, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo alcanzaría un papel realmente relevante con la pretensión, explicitada en la Exposición de Motivos

<sup>18</sup> Ver nota anterior.

<sup>19</sup> Según la redacción que se da al art. 848 LECrim en el Proyecto de Ley 121/000069, orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia

<sup>20</sup> A esta proyectada reforma del art. 5.1 LOPJ se refiere Álvarez García, expresando su prevención, entre otras cosas, en lo que se refiere a que en algunas materias no se puede hablar de interpretación uniforme del TS, sino de más de una interpretación en relación a una misma cuestión (“Reflexiones...”, ob. cit., pág. 341-343). El art. 5.1 LOPJ vigente dice que “1. La Constitución es la norma suprema del Ordenamiento Jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los reglamentos según los preceptos y principios Constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.”. Es decir, se mantiene la redacción actual y se le añade lo referente a la vinculación de jueces y Tribunales a la doctrina del TS.

del Proyecto de Ley, de que “el Tribunal Supremo sea el garante de la igualdad y de la seguridad jurídica en la aplicación del ordenamiento estatal, cumpliendo su función unificadora”. Téngase en cuenta que al generalizarse la segunda instancia de enjuiciamiento por este Proyecto, dejaría de tener sentido la casación ampliada que hoy rige, por lo que el TS quedaría responsable de la unificación de doctrina de la manera reforzada que plasma el Proyecto. Pero tales misiones se cumplirán, en su caso, a través de la doctrina jurisprudencial, plasmada en las Sentencias y no a través de las opiniones contenidas en los Acuerdos no Jurisdiccionales.

El superior valor de la Jurisprudencia, ahora o en el escenario que se prepara con la reforma proyectada, respecto de un Acuerdo de un Pleno Jurisdiccional, debe relacionarse con la cuestión de la motivación. En estos Acuerdos no hay motivación o, al menos, falta la motivación que legitima una determinada interpretación. Los acuerdos suelen ser muy escuetos y en ellos se plasma una “decisión”, sin fundamentar las razones que la avalan. Basta recordar el contenido del Acuerdo del 18 de julio de 2006: “Los acuerdos de la Sala General (Pleno no Jurisdiccional) son vinculantes”. Ninguna explicación se ofrece de este cambio de rumbo radical respecto del contenido del Acuerdo de 1997 que afirmaba lo contrario, en concordancia con lo mandado por el art. 264 LOPJ, pero que además añadía consideraciones sobre la utilidad y el ámbito de estos Acuerdos que, más allá de lo decidido, servían para comprender las razones de lo acordado. Son muchos los Acuerdos que contienen manifestaciones tan telegráficas como la de 18 de julio de 2006, algunos de ellos, con la misma particularidad de que deciden lo contrario a uno anterior, sin ofrecer ninguna explicación o motivación del cambio<sup>21</sup>. La motivación de lo acordado o del cambio de opinión aparece, en su caso, en las Sentencias posteriores que hacen aplicación del criterio adoptado. Ya se ha señalado que las decisiones adoptadas en Sala General lo son al margen del proceso debido y no satisfacen el derecho a la tutela judicial en lo que se refiere a la exigencia de resolución motivada. Si una Sentencia asume la tesis adoptada en un Pleno y la motiva correctamente, remitiéndose a la motivación que pueda aparecer en otras Sentencias o incorporando las razones *ex nova*, pero respetando los requerimientos que el TC exige a toda nueva interpretación, no hay problema. El problema se plantea si se pretende sustituir la motivación por la remisión a un Acuerdo<sup>22</sup> sin ser este acompañado de una jurisprudencia que lo avale. En definitiva, la mención de un Acuerdo, no es una cita de autoridad que exima a la Sentencia del requisito jurisprudencial de la

<sup>21</sup> Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos citar algunos. Acuerdo de 20 de diciembre de 2006: “El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa.”, lo que contradice el Acuerdo anterior de 14 de julio de 1993, a cuyo tenor “Se considera adecuado por la mayoría la posibilidad de que se imponga una pena privativa de libertad de duración real superior a la pedida por las acusaciones, pero dentro de la señalada por la ley al delito y siempre que se motive la discrepancia.”. La motivación de lo acordado en 2006 aparece en una STS posterior, de 12 de enero de 2007. Acuerdo de 21 de mayo de 1999, ya referido, por el que se acuerda, la aplicación de la atenuante analógica en caso de dilaciones indebidas, en contra de lo decidido en los Acuerdos anteriores de 2 de octubre de 1992 y 29 de abril de 1997. La motivación de la nueva tesis aparece en la STS de 8 de junio de 1999, recogiendo la de dos resoluciones anteriores ya aludidas en el texto (Ver nota 13).

<sup>22</sup> Ejemplos de este proceder incorrecto ofrecen Iñigo Corroza y Ruiz de Erenchun, *Los acuerdos...*, ob. cit., págs. 66-68.

motivación. Ya vimos al principio, como la STS 443/1997 se preocupa de especificar que no se remite al Acuerdo que cita, sino “a la ininterrumpida serie de sentencias que desde entonces han seguido el criterio favorable”.

#### 4. Jurisprudencia y retroactividad.

Tratándose de la Jurisprudencia, concretamente la de la Sala Segunda, hay que recordar lo siguiente:

1º) El art. 1.6 CC da a la Jurisprudencia el cometido de complementar el ordenamiento a través de la doctrina reiterada en las Sentencias<sup>23</sup>; la jurisprudencia no es una fuente del Derecho, no está contemplada como tal en el art. 1.1 CC.

2º) En materia penal no existe, de momento, el recurso de casación por infracción de doctrina legal (interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del TS)<sup>24</sup>.

3º) La jurisprudencia, aún consolidada, no es una norma, por lo que apartarse de ella no es una “infracción de la ley” relevante para el recurso de casación. Además las Sentencias del TS no se pueden recurrir ante el TC por razón de inconstitucionalidad - lo que cabe cuando se trata de normas -, sino sólo por razón de amparo. Repárese, por otro lado que las Sentencias del TC se publican en el BOE, no así las del TS. La razón: las Sentencias del TC que declaran la inconstitucionalidad (arts. 38.1 LOTC y 164 CE) tienen un valor que no alcanzan las del TS u otros órganos judiciales.

4º) Los cambios jurisprudenciales, al no ser cambios legales, no están sometidos al régimen de irretroactividad/retroactividad que en cada sector del ordenamiento rija para las normas legales. Distinta es la cuestión cuando se trata de Sentencias del TC que declaran la inconstitucionalidad: aunque, con carácter general, no alteran procesos acabados por sentencia con valor de cosa juzgada, sin embargo, tratándose de procesos penales o contencioso-administrativos sancionadores, cabe la revisión si conducen a reducir o eliminar la pena, la sanción o la responsabilidad (art. 40.1 LOTC).

En materia civil, la Sala Primera del TS ha declarado, en S. de 3 de enero de 1990, que “si no es discutible la atribución a esta Sala de la misión de control y unificación

<sup>23</sup> La labor complementadora de la jurisprudencia se expresa en la interpretación y aplicación con unidad de criterio, en la fundamentación del recurso de casación y en la elaboración de un derecho vivo que actualiza la ley (STS, Sala Primera, de 31 de mayo de 2001). En relación a la unidad de criterio, son innumerables las resoluciones de la Sala Primera del TS que exigen, a los efectos del recurso de casación, la cita de, al menos, dos sentencias, admitiéndose sólo una cuando se trata de la que resuelve un recurso de casación en interés de ley o de un cambio jurisprudencial debidamente motivado o cuando no se han reiterado supuestos iguales que permitan fijar la doctrina (SSTS, Sala Primera, de 23 de diciembre de 1983, 19 de mayo de 2000, 29 de abril de 2005, y muchísimas más en igual sentido).

<sup>24</sup> Ver arts. 477. 3 (interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo) y 479 (necesidad de señalar las Sentencias que ponen de manifiesto la doctrina casacional), ambos de la LEC y Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Primera del TS de 12 de diciembre de 2000, en el que se recogen los criterios interpretativos de la nueva casación civil. Tratándose del supuesto 3 del art. 477 (oposición de la sentencia a la doctrina del TS), es preciso citar dos o más sentencias de la Sala Primera, razonándose cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de cada una de ellas (ATS, Sala Primera, de 24 de junio de 2003, con cita de muchos otros en el mismo sentido).

de los criterios interpretativos doctrinales en materia de derecho privado, resulta incompatible el principio de irretroactividad de las leyes a los cambios jurisprudenciales, ya que un traslado de la irretroactividad de las leyes a los cambios jurisprudenciales, haría que estos procesos evolutivos no fueran nunca posibles, ni incluso para los mismos pleitos en que se producen, obviamente planteados antes de iniciarse el cambio de orientación, a menos que a este cambio se le dé carácter admonitivo, refiriéndolo a pleitos futuros.” (En el mismo sentido, STS, Sala Primera, de 18 de abril de 1995). En materia penal, el TS ha declarado, en SS. 561/2000, de 5 de abril y 1053/2000, de 16 de junio, que el art. 2.2 CP (retroactividad de las leyes penales favorables) no es aplicable por analogía a los cambios de criterio jurisprudencial favorables, porque “la analogía como fuente integradora presupone la existencia de un vacío legislativo, por una parte, y, por otra parte, la identidad de razón entre el supuesto regulado y el no previsto”. Tratándose de la jurisprudencia, no puede entenderse que hay una laguna por no estar contenida en las normas que rigen la retroactividad de la ley favorable, por lo que no puede extenderse analógicamente el régimen del art. 2.2 CP a la nueva doctrina jurisprudencial, aunque sea beneficiosa. En las dos resoluciones se desestimaba la casación contra Autos que negaban la revisión de sentencias en las que se había condenado conforme al antiguo criterio del TS de castigar por contrabando y tráfico de drogas, en concurso de delitos. Con posterioridad a esta sentencias condenatorias, el TS acordó en Pleno no Jurisdiccional de 24 de noviembre de 1997, ya citado en este trabajo, que tal situación se resolvía como un concurso de normas que lleva a entender que el contrabando queda absorbido por el tráfico, castigándose sólo por este último delito, lo cual es solución más favorable que la anterior. El TS considera que no pueden revisarse las sentencias condenatorias anteriores al Acuerdo, para hacer aplicación retroactiva del mismo o de las numerosísimas Sentencias que lo han aplicado. La STS 1563/2000, de 16 de octubre, resuelve la misma cuestión, pero planteada al revés: la Audiencia había revisado la sentencia condenatoria por tráfico y contrabando a la vista de la nueva doctrina del TS, porque “dicho cambio jurisprudencial en el supuesto concreto que se examina, implica la destipificación”. Recurrió en casación el Ministerio Fiscal por entender que se había vulnerado el principio de seguridad jurídica. El TS afirmó lo siguiente: a) un cambio jurisprudencial no es un hecho nuevo a los efectos del recurso de revisión, pues no se refiere a los extremos fácticos<sup>25</sup>; b) un cambio jurisprudencial no es equiparable a una modificación legislativa y no puede aplicarse retroactivamente a sentencias condenatorias firmes por el cauce del art. 2.2 CP<sup>26</sup>; c) la modificación de una sentencia firme por aplicación retroactiva de un nuevo criterio jurisprudencial, aún más favorable, supone una vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), del que se deriva la invariabilidad de las sentencias firmes, y del

<sup>25</sup> Se citan en esta resolución otras anteriores en sentido contrario, que considera precedentes aislados, así como resoluciones del TS y TC que avalan el criterio de la irretroactividad. Las distintas opiniones doctrinales sobre esta cuestión están recogidas y sistematizadas en García-Pablos de Molina, “Relevancia...”, ob. cit., págs. 195 y ss.

<sup>26</sup> Señalaba el Fiscal en su recurso y traía a colación la Sentencia que, por no tener la jurisprudencia carácter de ley, se había rechazado en los debates constituyentes la posibilidad de interponer contra la misma recurso de inconstitucionalidad.

derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que requiere que las resoluciones que dan respuesta motivada a las pretensiones de las partes, una vez firmes, sean ejecutadas en sus propios términos (art. 118 CE). Finalmente, señalaba esta resolución que la supresión de la condena por contrabando sólo puede promoverse a través del indulto (así se indicaba también en la STS 2414/2001, ya analizada, y en muchas otras que contemplan el mismo supuesto condenatorio por tráfico de drogas y contrabando).

Creo que en estos casos de cambio jurisprudencial que favorece es necesario distinguir dos supuestos:

1º) Que la sentencia condenatoria de instancia no sea firme y que este pendiente la resolución del recurso de casación: en este caso la sentencia de casación puede (y debe), incluso de oficio, aplicar la nueva doctrina favorable. Con ello no se estará haciendo, en puridad, una aplicación retroactiva, sino una aplicación de la doctrina vigente en el momento de la resolución del recurso de casación, que es lo que procede. Por otro lado, tratándose de sentencia no firme recurrida en casación por el Fiscal que postula la aplicación de una interpretación desfavorable respecto de la sostenida en instancia, el TS puede estimar el motivo. Así se ha hecho, por ejemplo, al resolver los recursos de casación interpuestos contra sentencias absolutorias en venta de pequeñas cantidades de droga, condenando el TS por aplicación de la doctrina de la dosis mínima psicoactiva.

2º) Que la sentencia condenatoria sea firme cuando se produce la nueva orientación jurisprudencial favorable: como se ha visto, en estos casos, la postura mayoritaria es la que niega el recurso al mecanismo de la retroactividad de lo favorable, por ser éste privativo de las normas. La única vía, entonces, es el indulto.

Hay autores que, tras negar la retroactividad de la Jurisprudencia favorable o la posibilidad de acudir al error de prohibición, señalan la viabilidad de una atenuante, al parecer, analógica por la menor cantidad de injusto, tal como afirma Cuello Contre-ras<sup>27</sup>. Esta solución de la atenuante analógica es admitida por García-Pablos<sup>28</sup> porque “en el momento de la acción los hechos revestían menor trascendencia a tenor de la doctrina jurisprudencial entonces consolidada”, aunque considera este autor que también cabe la solución del indulto. Creo que la solución de la atenuante analógica no es viable dados los estrictos requisitos que presiden su apreciación. En efecto, si se considera, como creo correcto, que la atenuante analógica no es una cláusula general de individualización de la pena, sino una cláusula particular por análoga significación con una de las cinco atenuantes típicas, no es posible construir una tal analógica de “cambio jurisprudencial”<sup>29</sup>. Por otro lado, la solución de la atenuante analógica sólo cabría, de aceptarse, en el caso de sentencias no firmes, pero no cuando la sentencia es ya

<sup>27</sup> *El Derecho Penal Español. Parte General*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2002, pág. 184. El autor refiere esta atenuación al art. 66. 1ª y no al art. 66. 6ª, pero todo apunta a que se refiere a la atenuante analógica.

<sup>28</sup> “Relevancia...”, ob. cit., pág. 201.

<sup>29</sup> A los requisitos de la atenuante analógica y su entendimiento limitado me refiero ampliamente en Manjón-Cabeza Olmeda, A., *La atenuante analógica...*, ob. cit., págs. 287-340.



firme y sobreviene, con posterioridad, la modificación jurisprudencial. En cambio, no hay objeciones para resolver el problema de justicia material a través del indulto.

### 5. Toma de postura: el ámbito y valor de los Acuerdos de un Pleno no Jurisdiccional.

Llegados a este punto cabe volverse a preguntar ¿Son vinculantes los Acuerdos de un Pleno no Jurisdiccional? La doctrina y la Jurisprudencia (tal como afirman las SSTS más arriba analizadas) son unánimes en responder que no tienen fuerza vinculante. Para García-Pablos estos Acuerdos no son jurisprudencia, ni constituyen doctrina jurisprudencial<sup>30</sup>, de donde puede seguirse que, dado que la Jurisprudencia, hoy por hoy, tampoco tiene fuerza vinculante a modo de precedente obligado, menos la tendrán unos Acuerdos que no alcanzan, por si solos, rango de Jurisprudencia. Álvarez García considera que las decisiones de un Pleno del art. 264 tienen naturaleza de “meras recomendaciones”, no siendo obligatorias, aunque la Ley prefiere su observancia, siempre que ello no interfiera en la función jurisdiccional<sup>31</sup>. Iñigo Corroza y Ruiz de Erenchun Arteche<sup>32</sup> parten de que los “Acuerdos no son técnicamente resoluciones judiciales”, pero, a continuación, añaden que “sin embargo, no dejan de ser la plasmación de una *decisión judicial* que emana del “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes”. Creo que esta última afirmación debe, en parte, matizarse y, en parte, rechazarse. Matizarse, en lo que se refiere a que un Acuerdo plasme una decisión judicial: como mucho, plasma el acuerdo de unos jueces. Rechazarse, en lo que se refiere a que esa “decisión” emana del “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes” indicado en el art. 123 CE. El órgano jurisdiccional superior a que se refiere el art. 123 CE es el TS cuando *ejerce la potestad jurisdiccional*, potestad que los jueces y Tribunales, predeterminados por la ley, ejercen cuando se juzga y hace ejecutar lo juzgado, conforme a las normas de competencia y procedimiento (arts. 117. 3 CE y 2.1 LOPJ); pero no es esta potestad la que se ejerce en una reunión del art. 264: ni se juzga, ni se hace ejecutar lo juzgado, ni los allí reunidos son el “juez natural”, ni se someten a las normas que rigen la competencia y el procedimiento<sup>33</sup>. Concluyen los autores citados que los acuerdos “son instrumentos de actuación de este Tribunal para publicar su opinión doctrinal sobre asuntos de discutida y discutible interpretación”<sup>34</sup>. Creo que, si realmente esta fuese la única finalidad perseguida con la toma de estos acuerdos

<sup>30</sup> “Relevancia...”, ob.cit., pág. 210.

<sup>31</sup> “Reflexiones...”, ob. cit., pág. 354. Plantea el autor que el conflicto que se genera entre el derecho a la igualdad de los que acuden a la Justicia y la independencia judicial ha de resolverse buscando el equilibrio entre los distintos criterios que pueden manejarse en la interpretación y aplicación de la ley, lo que lleva a analizar la motivación de la discrepancia y su razonabilidad.

<sup>32</sup> *Los Acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 62.

<sup>33</sup> Por similares razones rechazo otras afirmaciones de estos autores. Así, cuando dicen que “los Acuerdos se convierten en sentencias en el sentido literal y literario del término...lógicamente no en sentido jurídico” (*Los acuerdos...*, ob. cit., pág. 63 y nota 106). De sentencias, en el ámbito que nos ocupa, sólo se puede hablar en sentido jurídico. Quizás por eso, más adelante dicen estos autores que los acuerdos no conforman jurisprudencia porque no son sentencias (págs. 100 y 104).

<sup>34</sup> *Los acuerdos...*, ob. cit., pág. 106.

-publicitar la doctrina del TS-, no plantearían mayores problemas. En todo caso, esa función informativa se produce con la publicación de las resoluciones judiciales que son las que contienen, crean y consolidan la doctrina. Por otro lado, hay algunos acuerdos que más que dar a conocer la solución a un problema, lo que hacen es crearlo. A partir del Acuerdo de 18 de julio de 2006, objeto de este comentario, parece que las intenciones no son meramente publicitarias, sino, más bien de dirigismo interpretativo<sup>35</sup>.

El Acuerdo de 18 de julio de 2006 no modifica la conclusión legal y obligada de que los Acuerdos no son vinculantes porque, dicho en términos muy llanos, al no tener fuerza para obligar, no pueden obligar a obligar y porque la sola declaración que contiene no puede derogar los preceptos de la CE y de la LOPJ citados más arriba, ni dar a estos acuerdos un valor que, ni tan si quiera, tiene la jurisprudencia consolidada. La utilidad de las reuniones del art. 264 es instrumental: se permite la puesta en común de opiniones y el planteamiento de problemas, con carácter general, no limitados por las circunstancias particulares que cada caso concreto presenta.

Por otro lado, debe repararse en la ubicación sistemática que tiene el art. 264 en la LOPJ, pues tal colocación puede darnos pistas sobre el sentido y utilidad de los acuerdos. Está en el Capítulo V, “*De la vista, votación y fallo*”, del Título III, “*De las actuaciones judiciales*”<sup>36</sup>, a continuación de los preceptos que regulan la deliberación y el fallo, e inmediatamente después de la regulación de la discordia, lo que parece indicar que estas reuniones se celebran en el ámbito de una deliberación, en la que se plantean dudas o discordancias de criterio, que los Magistrados deciden resolver, con el concurso de todos los integrantes de las distintas secciones o de la Sala, para así alcanzar una solución más aceptable por general. Otra cosa es que en la práctica, estos Plenos no se provoquen sólo en el marco de la deliberación de un asunto concreto, sino que se esté acudiendo a ellos, cada vez más, para establecer “anticipadamente” y fuera del marco de debate que ofrece la deliberación de un asunto, la doctrina a seguir de futuro. Creo que al margen del uso o abuso real que de este mecanismo se haga, el legislador se lo planteo como un instrumento a utilizar, a partir de una deliberación conflictiva, con vocación de encontrar soluciones más generales y mejor fundadas que las que permite la resolución de un caso específico, limitado por sus circunstancias. Se trataría de un mecanismo a utilizar con motivo de una deliberación, para enriquecerla o facilitarla, lo que justificaría su suspensión hasta que se lograra un acuerdo, situándose en un momento anterior a la votación y fallo. Luego su valor sería similar al de una deliberación no conclusa y sin fallo, aunque con la autoridad que se deriva de la concurrencia de todos los Magistrados de la Sala y no sólo de los llamados a formar

<sup>35</sup> Tampoco comparto la opinión de Iñigo Corroza y Ruiz de Erenchun cuando sostienen que el Acuerdo de 18 de julio de 2006 es de los que “obedecen al deseo del Tribunal Supremo de *colmar o completar determinadas lagunas legales*” (*Los acuerdos...*, ob. cit., pág. 56). Este Acuerdo no colma ni complementa laguna alguna. La regulación del art. 264 LOPJ no necesita ser complementada, pero en todo caso, el Acuerdo no complementa tal regulación, sino que se opone a ella frontalmente.

<sup>36</sup> El art. 244.1, incluido en el Capítulo IV, dice “Las resoluciones de los Tribunales cuando no estén constituidos en Sala de Justicia...se llamarán acuerdos.”. El art. 245.1 dice “Las resoluciones de los Jueces y Tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominarán: a) Providencias...b) Autos...c) Sentencias...”

sala jurisdiccional. Si el alcance de estas reuniones fuese mayor, hasta llegar a convertirlas en la fuente de la Jurisprudencia, no se ubicarían dentro de la deliberación, como instrumento de la misma y, quizás, para evitar la discordia, sino, probablemente en un precepto de mayor alcance, como es el art. 5.1 LOPJ. Pero naturalmente hacerlo así no sería posible, pues ello supondría acabar con la independencia judicial y colocaría las actuaciones no jurisdiccionales por encima de las jurisdiccionales, convirtiéndose las primeras en recetas, protocolos o fórmulas de aplicación automática en las segundas. Ni tan si quiera las proyectadas reformas del art. 5.1 LOPJ y del art. 848 LECrim aspiran a tanto: en ellas se da fuerza vinculante a la doctrina jurisprudencial consolidada del TS, la contenida en Sentencias, como consecuencia del ejercicio de la función jurisdicción por quien es juez natural y con las garantías del proceso debido, y no a los Acuerdos que se alcancen en las reuniones no jurisdiccionales.

Luego, aunque el Pleno del 18 de julio de 2006, pretenda que todos los Acuerdos salidos de las reuniones del art. 264 sean vinculantes, ello no es posible; tal pretensión es contraria a la LOPJ y a la CE. Al margen de esto, que ya evitaría hacer cualquier otra consideración y, prescindiendo por un momento de la cuestión de la ilegalidad e inconstitucionalidad, conviene plantearse, como mera hipótesis, tres cuestiones.

1ª) Partimos de que la posibilidad de celebrar Plenos no Jurisdiccionales, no es privativa del TS, ni, mucho menos, de la Sala Segunda. Las otras Salas del TS también celebran estos Plenos. Además, los Magistrados de las secciones de cualquier otro órgano judicial<sup>37</sup> pueden reunirse en Sala General, celebrar estas reuniones y adoptar sus Acuerdos<sup>38</sup>, lo que quiere decir que cabe la posibilidad de que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o las correspondientes de cualquier Audiencia Provincial utilicen este instrumento, adoptando Acuerdos que podrían ser contrarios a los alcanzados por la Junta General de la Sala Segunda. Si todos ellos fuesen vinculantes se estaría generando un problema de incompatibilidad que al final se resolvería por vía de recurso de casación, anulándose la tesis de la de la Junta General de la Audiencia discrepante. Aunque también cabría que el TS se percatase de su error y adoptase la doctrina del tribunal inferior. Esto último, o sea dos tesis distintas en la instancia y en el TS, imponiéndose finalmente la de la Audiencia, aún no siendo lo más frecuente, sin embargo ha ocurrido. Basta recordar cuando la Audiencia Provincial de Madrid “desobedeció” (en sentencias y no por un Acuerdo) con reiteración la doctrina del primer Acuerdo de la Sala General del TS, de 5 de febrero de 1999, en materia de notoria importancia de la cocaína; el TS acabó cediendo y adoptando en Pleno de 19 de octubre de 2001 los criterios, apuntados por la Audiencia de Madrid, hoy vigentes y pacíficos<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Ver art. 58.3 del Reglamento 1/2000, de 26 de julio, sobre Órganos de Gobierno de los Tribunales, aprobado por Acuerdo del Pleno del CGPJ, de 26 de julio de 2000, que atribuye a los Presidentes de Sala de las Audiencias la convocatoria y presidencia de las juntas del art. 264 LOPJ.

<sup>38</sup> Sirva como ejemplo la Junta General de 28 de septiembre de 2006 de las Secciones Civiles de la AP Madrid, en la que se acordaron 15 cuestiones de variado contenido, aunque, naturalmente, se advertía que “estos acuerdos dejan a salvo la independencia de los titulares de los Órganos Judiciales para el enjuiciamiento y resolución de los procesos de que conozcan”.

<sup>39</sup> La situación anterior al Acuerdo de 19 de octubre de 2001 era difícil porque conducía a penas despropor-

2ª) Hay Acuerdos de la Sala Segunda, que no pueden vincular, por mucho que lo pretenda el del 18 de julio de 2006, pues no encierran en sí ninguna declaración con vocación o posibilidad de obligar en futuras resoluciones, al menos explícitamente, es decir, no resuelven una duda de interpretación que se plantee el propio TS. En algún caso, el Acuerdo contiene algo así como un deshago o proclamación de malestar con advertencia; tal ocurre con el Acuerdo de 12 de mayo de 2005, a propósito de la tan debatida cuestión de la prescripción y de su interrupción y de la STC 63/2005, de 14 de marzo, que resuelve en sentido contrario al preconizado por el TS. Reunida la Sala General del TS se “acuerda” lo siguiente: “La Sala Penal del Tribunal Supremo ha examinado la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005 y considera<sup>40</sup> que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente vacía de contenido el art. 123 de la Constitución Española que establece que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior de todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales.”. Sobre este Acuerdo puede decirse lo siguiente:

a) No puede obligar a nada, dado que expresa una opinión y la da a conocer. Cosa distinta es que en este Acuerdo parece incluirse un llamamiento a la “desobediencia” o a la “objección” respecto del entendimiento que el TC hace de la cuestión de la interrupción de la prescripción. Este Acuerdo se toma en reacción a la STC que contraría la línea seguida por el TS, es decir, no es fruto, de un problema interpretativo surgido en una deliberación (ámbito natural de estos Plenos), ni resuelve una duda surgida tras una reforma legal.

b) Lo anterior, o sea, que este Acuerdo no obliga a nada, debe mantenerse con independencia de la posible validez general del argumento que contiene: se puede (o no) objetar la “ampliación de competencias”<sup>41</sup> que se ha operado en el TC que resuelve

cionadas, no permitía distinguir entre comportamientos de muy distinta gravedad y establecía un agravio incomprensible con la cocaína. En efecto, para las otras sustancias se venía considerando que la notoria importancia debía apreciarse a partir de 200 dosis de consumo diario, mientras que para la cocaína se conformaban la jurisprudencia y la Fiscalía (Circular de la Fiscalía General del Estado de 4 de julio de 1984) con referirse a 200 papelines y no a 200 dosis de consumo diario, (lo que puede equivaler, aproximadamente, a 80 dosis de consumo diario) así, la exasperación penal se aplicaba a partir de 120/125 gr de cocaína. Sin embargo este criterio fue rechazado en tribunales de instancia, concretamente en algunas Secciones de la Audiencia Provincial de Madrid, que no aplicaron la agravación en cantidades muy superiores a las señaladas por el TS (concretamente 240 gr, 699 gr y 740 gr), lo que provocó la casación de las sentencias de instancia. El problema que latía, en el caso concreto de la cocaína, era el de los llamados “correos de la droga” o “mulas”, es decir el de las personas que transportan la sustancia dentro de su cuerpo. Por Acuerdo de la Sala Segunda del TS de 5 de febrero de 1999 se decidió mantener los criterios de agravación vigentes en el Tribunal Supremo. Pero este Acuerdo no fue acatado por alguna resolución posterior de la Audiencia Provincial de Madrid y fue cuestionado en un Voto Particular del Magistrado del TSP. Andrés Ibáñez a la S. 81/2001, de 24 de enero de 2001. En este Voto se hacía referencia a las resoluciones discrepantes de la Audiencia de Madrid y a sus argumentaciones, señalándose la necesidad de fijar una cantidad mucho más alta para la notoria importancia de la cocaína. Esta situación fue resuelta con el Acuerdo de 19 de octubre de 2001 que extrae la notoria importancia de las 500 dosis (y no 200) de consumo diario para todas las sustancias, fijándose para la cocaína en 750 gr.

<sup>40</sup> El subrayado es mío.

<sup>41</sup> Contrasta con esta “ampliación de competencias” del TC, la reciente reforma que otorga a los tribunales ordinarios la posibilidad de conocer de las violaciones de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones, previsto por la LO 6/2007, de 24 de mayo. Esta Ley da al art. 241.1 LOPJ la siguiente

cuestiones que, al menos en principio, son de simple legalidad ordinaria, por entender que adquieren relevancia constitucional<sup>42</sup>. En este punto hay que recordar la redacción dada por LO 6/2007, de 24 de mayo, al art. 40.2 LOTC: “En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de Justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales.”. Este nuevo precepto debe vincularse al art. 5.1 LOPJ; en éste se establece “a priori” la vinculación de los jueces y tribunales a las interpretaciones que haga el TC; en el art. 40.2 LOTC, recién modificado, se establece la vinculación, caso de discordancia, “a posteriori”. No parece haber dudas, la doctrina sobre la interrupción de la prescripción generada por el TC se impone a la contraria que haya sostenido cualquier Tribunal, incluido el TS. Lo mismo ocurre con la doctrina del TC que corrige las interpretaciones que sean irrazonables imprevisibles y carentes de motivación por entender que son materia constitucional: el TS ha de aceptar que en estos casos hay relevancia constitucional y corregir su jurisprudencia contraria a la doctrina constitucional. La “pretensión” contenida en el Acuerdo-protesta que no ocupa es contraria a los preceptos citados.

c) De la misma manera, se puede objetar en el debate dogmático la doctrina sobre la prescripción, la que postula el TS o la que postula el TC, pero sin olvidar el valor vinculante que el art. 5.1 LOPJ vigente y el recién reformado 40.2 LOTC da a las sentencias del TC y, sobre todo, teniendo presentes los argumentos que la doctrina

redacción: “No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundadas en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la Constitución siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.”. Como dice la Exposición de Motivos de la Ley de reforma, se trata de una medida encaminada “a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria.”. Se establece así un amparo ordinario, vía nulidad de actuaciones, en manos de la jurisdicción ordinaria.

<sup>42</sup> La STC 13/2003, de 28 de enero, citando muchas precedentes, dice que “... toda norma penal admite diversas interpretaciones... y que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente... corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales... sin que pueda este Tribunal sustituirlos en dichas tareas... nuestro papel como jurisdicción de amparo se reduce a velar por los valores de seguridad jurídica y de monopolio legislativo... verificando si la interpretación realizada era una de las interpretaciones posibles... aunque desde la STC 137/1997, de 21 de julio, hemos destacado que no se limita a comprobar el error patente o la manifiesta irrazonabilidad de las decisiones judiciales, sino que más allá de estas constataciones nuestra jurisprudencia exige comprobar en positivo la razonabilidad de la decisión, desde las pautas axiológicas que inspiran nuestro Ordenamiento constitucional y desde los modelos de interpretación aceptados por la comunidad jurídica... dicho de otro modo, no solo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro Ordenamiento constitucional conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios.”. La necesidad de que el TC entrase a considerar que la prescripción podía tener alcance constitucional fue señalada por Rodríguez Ramos (“Prescripción del delito y derechos fundamentales. Comentario a la STC 152/1987, de 7 de octubre”, en *Justicia Penal (Comentarios de Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo)*, Akal, Madrid, 1990, págs. 95-101) muchos años antes de que el propio TC así lo entendiese, matizando su propia doctrina.

venía esgrimiendo a favor de la tesis que finalmente se ha impuesto<sup>43</sup>. A esta cuestión de la prescripción y del modo en el que el TS quiere imponer su criterio volveré de inmediato.

Todo lo anterior nos conduce a afirmar que lo acordado en el Pleno de 12 de mayo de 2005 no puede ser vinculante, ni aún en la hipótesis de que los Acuerdos de los Plenos del art. 264 fuesen vinculantes, como pretende el de 18 de julio de 2006, pues lo que sí resulta vinculante es la interpretación sostenida en las Sentencias del TC<sup>44</sup>.

3ª) Finalmente, siguiendo en la hipótesis no aceptada de que los Acuerdos vinculan, qué pasaría en el caso de no respetarse su contenido y el mismo TS u otro Tribunal de Justicia fallase en sentido contrario a lo acordado. Si fuese el TS el que no respetase el contenido de un Acuerdo y resolviese en sentido contrario, es evidente que sólo en amparo podría ser modificada la tesis disidente, pero no porque el TC pueda entrar en materia de legalidad ordinaria y decidir que hay una interpretación correcta y otra

<sup>43</sup> La STC 63/2005 parte de que la apreciación de la prescripción es cuestión de legalidad ordinaria y carece de relevancia constitucional, pero en un caso concreto puede ser objeto de examen constitucional a través del amparo. Lo anterior supone una modificación del criterio anteriormente mantenido por el TC (imposibilidad de revisar esta cuestión), cambio que se explica por “la creciente sustantividad que el instituto de la prescripción penal ha ido cobrando”. La tutela judicial efectiva exige una resolución motivada, no arbitraria y que no incurra en error patente y es por esta vía por la que cabe el control de la aplicación o no de la prescripción. La decisión judicial que niega la prescripción y abre la posibilidad de condenar no puede limitarse al computo del tiempo, sino que ha de expresar los elementos de interpretación tomados en cuenta, debiendo tal interpretación estar presidida por el fin de protección de la norma (que no se produzca una latencia sine die de la amenaza penal). Desde esta perspectiva, afirma el TC, en contra de lo sostenido por el TS, que la simple presentación de la denuncia o querrela no es suficiente para interrumpir el plazo de prescripción, siendo necesario a tal efecto un acto de interposición judicial. Concluye el TC que la interpretación contraria, la que se conforma con la presentación de la denuncia o querrela, es contraria al fundamento material de la prescripción obligado desde los principios de seguridad jurídica, intervención mínima y necesidad preventivo-general y preventivo-especial de la pena. En la doctrina, ver por todos Rodríguez Ramos, L., “¿Derecho Penal figurativo, abstracto o surrealista?”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 597, de 30 de octubre de 2003, págs. 1-7 y Pedreira González, F., “La presentación de la denuncia o de la querrela no interrumpe el plazo de prescripción (Comentario a la Sentencia 63/2005, de 14 de marzo, del Tribunal Constitucional)”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, T. XVIII, enero 2006, págs. 69-90.

<sup>44</sup> Las contradictorias posiciones que el TC y el TS mantienen en materia de prescripción son un ejemplo más de la pugna que a veces parecen sostener estos dos órganos. Hay otros ejemplos, algunos lamentables, que evidencian esa pugna por la supremacía del papel de cada uno en la interpretación y aplicación de ley. Por citar algún caso: la STC 136/1999, de 20 de julio y la STS 2/1997, de 29 de noviembre sobre los comunicados y la decisión de emitir un video de la Mesa nacional de Herri Batasuna. Si criticable podía ser la resolución del TS, sorprendente es la del TC y su proceso de gestación (A estas dos sentencias me he referido en Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Apología del terrorismo”, en *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs.553-581). También se percibía una cierta rivalidad en la STS, Sala de lo Civil, 51/2004, de 23 de enero, por la que se condenaba a los Magistrados del TC por responsabilidad civil del art. 1902 CC, al incurrir en la prohibición del “non liquet” del art. 1.7 CC, puesto que el TC no resolvió un recurso de amparo so pretexto de que el mismo se dirigía contra “otro Tribunal Constitucional”. Quizás no es casualidad que la reciente reforma operada por LO 6/2007, de 24 de mayo, en la LOTC de a su art. 4 el siguiente contenido: “Artículo 4. 1. En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben; asimismo podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia. 2. Las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado.”. Reacuérdesse que en el caso el recurrente en amparo pedía la abstención del TC y la formación de “un TC bis” para conocer su amparo, lo que requería instar al Presidente del Gobierno para que llevase al Parlamento un Proyecto de Ley para formar ese “TC bis”.

errada y que la errada lo es por “desobediente” sino, porque, en algún caso concreto, la nueva interpretación hecha fuese irrazonable, impredecible o “ad casum” o faltase la necesaria motivación. De no ser este el caso, por ejemplo, porque la interpretación no razonable fuese la del acuerdo “desobedecido”, o porque las dos interpretaciones, aún contrarias, fuesen razonables y motivadas y, por ello, posibles, entonces, la decisión sería inatacable<sup>45</sup>. Si fuese una Audiencia la que “objetase” los dictados de un Acuerdo, sólo cabría corregir la interpretación a través del recurso de casación, pero la razón no sería -o no debería ser- la “desobediencia”, sino el hacer primar la solución que el TS considerase correcta. Lo mismo puede decirse, como hemos visto, respecto de la “desobediencia” a la jurisprudencia: tal “desobediencia” no es censurable por ser “desobediencia” y será el juego de las distintas interpretaciones el que haga primar un criterio u otro, pero no hay -o no debería haber- corrección de una interpretación constitucionalmente admisible, sólo, por apartarse de la jurisprudencia del TS.

Desde esta perspectiva, contrariando lo que acabo de afirmar, es sorprendente que la STS 2338/2001, de 11 de diciembre, considere que es autor de prevaricación dolosa el juez que no acata la nueva doctrina del TS sobre prescripción. García-Pablos se ha referido muy críticamente a esta Sentencia, por entender que el hecho de “que el Tribunal Supremo acuda al reproche penal (delito de prevaricación dolosa) para preservar la doctrina casacional consolidada sobre la interrupción de la prescripción pugna con nuestro sistema de fuentes y con principios de rango constitucional como la independencia de los jueces y Tribunales (art. 117.1º CE)”<sup>46</sup>. Es decir, en este caso ocurrió lo que acabo de negar que pueda -o deba- ocurrir: se castigó por prevaricación a un juez disidente por mantener una tesis rechazada por el TS, pero que en absoluto es irrazonable. El caso era el siguiente: la sección 8ª de la AP Barcelona dictó un Auto, resolutivo de recursos de queja contra Autos de un Juzgado de Instrucción, en el sentido de estimar que se había producido la prescripción de los hechos objeto de la

<sup>45</sup> Ejemplos de Sentencias de la Sala Segunda del TS que han desobedecido los dictados de un Pleno anterior existen. Cito dos casos. Primero, STS de 2 de abril de 1993, que aplica la atenuante analógica de dilaciones indebidas, a pesar de que ya se había acordado en el Pleno de 2 de octubre de 1992 que la respuesta a la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas estaba en la solicitud del indulto y en la indemnización por anormal funcionamiento, descartándose tal atenuación. Segundo, STS 272/2004, de 5 de marzo, referida a la venta de una cantidad pequeña de droga, pero muy superior a la cantidad tenida por dosis mínima psicoactiva, aún siendo posterior a la emisión del Cuadro resumen del Gabinete Técnico ya referido más arriba, y a las resoluciones que lo aplican automáticamente, prescinde de la nueva doctrina, volviendo a la anterior y absuelve en un caso de venta de 0,277 grs. de heroína con una pureza del 7,4%, lo que supone 16 miligramos de sustancia activa, es decir, una cantidad muy por encima de los 0,66 miligramos (indicados en el Cuadro) o de 1 miligramo (tal como acepta la STS 298/2004, de 12 de marzo). En ninguno de los dos casos, la desobediencia a un Acuerdo previo y a la jurisprudencia que lo venía aplicando, tuvo consecuencia alguna, por lo que sorprende la sentencia condenatoria del TS 2338/2001, de 11 de diciembre, a la que me referiré inmediatamente en el texto, que considera que prevarica el juez que se aparta de la doctrina legal.

<sup>46</sup> “Relevancia...”, ob. cit., pág. 206. Sobre esta Sentencia 2338/2001, ver Benlloch Petit, G., “¿Prevarica el Juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo? Comentario crítico a la sentencia de la sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001 (caso Santiago Raposos)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 11, 2003, págs. 305 y ss. Señala este autor que la STS 2338/2001, presupone la existencia de una vinculación absoluta a la jurisprudencia del TS y que esa vinculación se quiere garantizar penalmente a través de la prevaricación. Entiendo, con el autor, que lo primero no es cierto y lo segundo es un despropósito. Ver también Pedreira González, F., *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007, págs. 110-115.

instrucción, decretándose el sobreseimiento libre. Del Auto había sido ponente el Magistrado S. R., finalmente condenado; otras dos Magistradas habían formado Sala con él, declarando ellas que la deliberación anterior a la redacción del Auto había sido por una escueta y superficial dación de cuenta a cargo del Ponente con información somera. El Ministerio Fiscal interpuso querrela por prevaricación contra los tres Magistrados, acordándose por el instructor el sobreseimiento respecto de las dos Magistradas (desconozco si se entendió que su comportamiento era atípico, justificado o no culpable). El TSJ condeno al Ponente y la resolución fue recurrida en casación. EL TS confirmó la condena. La acción prevaricadora consistió, según el TS, en que el Auto consideraba que el plazo de prescripción se interrumpe, no con la interposición de la querrela (lo que acaeció un día antes de completarse la prescripción), sino con la citación en calidad de imputado (que se produjo rebasado el tiempo de prescripción). De esta manera el Auto se apartaba de la doctrina del TS que, sin embargo acató el TSJ al condenar, por entender que la presentación de la querrela interrumpía la prescripción. El TS confirmó la condena porque “el auto no solo se aparta de la doctrina consolidada en sede jurisprudencial, sino que sostiene posiciones que no son jurídicamente asumibles por lo que debe estimarse como injusto en cuanto se aparta de la legalidad, en el sentido en que esta Sala Casacional, en su función de policía jurídica...ha determinado en relación a la prescripción, computo e interrupción.”. Se argumenta que se da el elemento objetivo de la prevaricación, o sea que el auto “no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente sostenibles...careciendo de toda interpretación razonable, siendo exponente de una clara irracionalidad.”. En definitiva, se prevarica con el apartamiento de la doctrina que sostenga el TS. Lo más sorprendente, es que la decisión en que consistió la prevaricación según el TS -la interposición de la querrela no interrumpe la prescripción-, es la misma, que poco después mantuvo el TC en la Sentencia 63/2005<sup>47</sup>, contestada por el TS en el Acuerdo-protesta de 12 de mayo de 2005. Que la STS aprecie la prevaricación porque un juez “disiente razonadamente” de la tesis del alto tribunal -muy discutible-, para venir a coincidir con una tesis más razonada es muy preocupante, pero más preocupante resulta que tal proceder pudiera generalizarse, con lo que la prevaricación se convertiría en una especie de “castigo de la disidencia”. Si el TS ha concluido que el apartamiento de su doctrina constituye prevaricación, aún no siendo tal doctrina vinculante ¿qué calificación debería entonces darse al apartamiento de la doctrina constitucional contenida en las sentencias del TC, que gozan de la fuerza vinculante que les confiere el art. 5.1 LOPJ?<sup>48</sup> Por otro lado, tal como he señalado más arriba, no

<sup>47</sup> Que la interposición de la denuncia o querrela no interrumpe la prescripción, no sólo lo mantiene el TC y la mejor y mayoritaria doctrina (ver por todos, Pedreira González, F., *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, págs. 270 y ss), sino que además es la tesis que se acoge en el Proyecto CP de 2007 y en la redacción que se ofrece para el art. 132.2, toda vez que para entender dirigido el procedimiento contra una persona que aparezca indiciariamente como penalmente responsable, se requiere una “actuación material sustancial del Juez Instructor” o que “éste o el Ministerio Fiscal ordenen a la Policía Judicial la práctica de diligencias orientadas a la detención”. La detención sólo suspende el plazo de prescripción si no se llega a imputar delito.

<sup>48</sup> Para García Arán la vinculación que establece el art. 5.1 LOPJ permite calificar de injusta una resolución que se aparte de la doctrina del TC, lo que no ocurre con el apartamiento de la doctrina del TS (*La prevaricación*



puede desconocerse la nueva redacción dada al art. 40.2 LOTC, por la LO 6/2007: “En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales.”.

A la vista de todo lo dicho, teniendo en cuenta que, ni tan si quiera, la Jurisprudencia de la Sala Segunda, al menos hoy por hoy, genera obediencia (ni parece que en un futuro la pueda generar por encima de la doctrina constitucional y de la independencia judicial), es obligada la conclusión de que los Acuerdos de un Pleno no Jurisdiccional no son, ni pueden ser vinculantes, no existiendo ningún procedimiento que pueda hacer real esa sujeción en caso de desobediencia, más allá del convencimiento que cada Juez o Tribunal, en el ejercicio de la función jurisdiccional, pueda alcanzar sobre la conveniencia de hacer suya la decisión del Acuerdo. Esa decisión y la interpretación en que consista serán interpretación válida, no por ser la dictada desde un Acuerdo, sino por acogerse a los cánones constitucionales que legitiman la interpretación. Por todo lo anterior, el Acuerdo de 18 de julio de 2006 no tiene fuerza vinculante, por lo que no puede “obligar a obligar”. El valor de estos Acuerdos sigue siendo el que se deriva del art. 264 LOPJ: instrumentos útiles para una deliberación, sin fuerza vinculante y sin valor jurisdiccional que sólo se alcanza al incorporarse el contenido del Acuerdo a resoluciones motivadas.

*judicial*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 47 y ss.). Si se admite esta perspectiva, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 12 de mayo de 2005 parece una incitación a perpetrar comportamiento injusto, lo que no sería punible dada la no tipificación de actos preparatorios de la prevaricación. En todo caso, tampoco podría hablarse de Acuerdo prevaricador, porque estos Acuerdos no jurisdiccionales no son “sentencia o resolución”.