

inconstitucionalidad,¹⁶³ tampoco debería haberlo para los casos en que dicha declaración se efectúe en recursos de amparo. La única diferencia radicaría en que habría que realizar no uno, sino dos razonamientos analógicos: uno, en relación con el objeto de la declaración de inconstitucionalidad (no la ley, sino una determinada interpretación de ella) y otro, respecto del procedimiento en el que se hace tal declaración (no en un recurso ni en una cuestión de inconstitucionalidad, sino en un recurso de amparo). Y en cuanto a la segunda posibilidad, de la que se valió la STC 150/1997,¹⁶⁴ tampoco divisamos inconveniente alguno.¹⁶⁵ Considerar como "hecho nuevo", para los efectos de admisión de un recurso de revisión a la luz del citado art. 95.4.4, a la declaración de inconstitucionalidad de una interpretación de la ley hecha en recurso de amparo, corresponde a la ya constatada tendencia de ampliar los supuestos de procedencia del recurso de revisión. Indudablemente, puede ser un nuevo hecho que evidencie la inocencia de quien había sido condenado conforme a la interpretación declarada inconstitucional. Y de este modo se protege el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, cuya cautela en la práctica, implícitamente, ha venido siendo una finalidad atribuida a la revisión penal.

¹⁶³ VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva...*, cit., p. 213.

¹⁶⁴ Cfr. FRÍGOLS I BRNES, *Fundamentos...*, cit., p. 567, nota 816, calificando la decisión de la STC 150/1997, de 29 de septiembre, de considerar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como un hecho susceptible de fundar un recurso de revisión, como errónea y turbadora de una interpretación razonable del art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en el sentido de permitir la auto-cuestión de inconstitucionalidad.

¹⁶⁵ Vid. RAGÜES I VALLÉS, *La STC 63/2005...*, cit., p. 4, quien aludiendo a los efectos prácticos inmediatos de la STC 63/2005, de 14 de marzo, señala que "todo indica que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional podrá ser invocado como un 'hecho nuevo' a los efectos de un eventual recurso de revisión ante el Tribunal Supremo (art. 95.4.4º LECrim.)". Cfr., sin embargo, la instrucción 5/2005, de 15 de junio, de la Fiscalía General del Estado, en la que, considerando diversos factores tales como el hecho de que la citada sentencia emanó de una Sala y no del Pleno del Tribunal Constitucional y que no fue acordada por la unanimidad de sus miembros, se ordena a los fiscales mantener el criterio seguido hasta ahora por el Tribunal Supremo y oponerse a las alegaciones que en sentido contrario pudieran plantearse, "en tanto no se consolide una línea interpretativa contraria". De hecho, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 de mayo de 2005, ponente José Antonio Martín Pallín, RJ 2005/4138 (f. j. 10º), sostuvo dos criterios diferentes acerca de qué acto interrumpe la prescripción: por un lado, la presentación de la querrela y, por otro, el dictado de la resolución que acuerda incoar diligencias previas. Véase un comentario crítico a esta sentencia del Tribunal Supremo en SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España* (Barcelona, 2005), pp. 131 y ss.

2. Sin embargo, quedan siempre a salvo, además, las mismas vías de solución que propusimos más arriba como mecanismos alternativos. Es decir, en primer lugar se puede recurrir a la aplicación analógica del art. 2.2 del Código Penal. En segundo término, es posible acudir a los preceptos constitucionales de los que se desprende el principio de prohibición de exceso. Y en tercer lugar, se puede argumentar que la ley y la interpretación jurisprudencial de ella forman un solo todo indivisible para sostener que al hablar de "leyes penales que favorezcan al reo", el art. 2.2 del Código Penal quiere aludir también a leyes interpretadas, y que cuando el art. 9.3 de la Constitución garantiza –según el Tribunal Constitucional– *a contrario sensu* la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables, también se quiere garantizar la retroactividad de la nueva interpretación más favorable de las disposiciones sancionadoras.

V.11. LEYES INTERMEDIAS FAVORABLES Y RETROACTIVIDAD¹⁶⁶

V.11.1. SUPUESTO TRADICIONAL DE LEYES PENALES INTERMEDIAS

1. Se acostumbra aludir con el nombre de ley penal intermedia a la situación que se produce cuando, con posterioridad a la comisión de un delito, se promulga una ley más benigna que la que estaba vigente al momento del hecho, pero ésta ya no existe al tiempo de la sentencia en que dicho delito es juzgado, puesto que ha sido reemplazada por una tercera ley. A la segunda ley se la suele llamar así (intermedia), ya que rige entre la que estaba en vigor al tiempo del delito y la vigente al momento del fallo.¹⁶⁷ Sin embargo, para hablar de ley penal intermedia no es necesario que haya una sucesión de sólo tres leyes: la que estaba vigente al tiempo del hecho, la ley intermedia y la que rige al momento de la sentencia. Entre la ley que regía cuando se cometió

¹⁶⁶ Sobre el tema, puede verse OLIVER CALDERÓN, "¿Debe aplicarse la ley penal intermedia más favorable?", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXV, año 2004, pp. 305 y ss.

¹⁶⁷ Por todos, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 122; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 203 y ss.

el delito y la vigente al momento del fallo puede haber existido más de una ley. Luego, habrá tantas leyes penales intermedias cuantas se hubiesen dictado entre la que estaba en vigor al tiempo del hecho y la que rige al momento de la sentencia.

2. Si de la sucesión de leyes integrada por la ley vigente cuando se cometió el delito, la ley intermedia y la ley en vigor al momento de la sentencia, la más favorable es esta última, indudablemente será ésta la que se aplicará con efecto retroactivo, de conformidad con lo previsto en el art. 2.2 del Código Penal. Si la más benigna resulta ser la que regía al tiempo de realización del hecho, entonces será ésta la que deba aplicarse, por mandato del principio de irretroactividad de la ley penal, recogido en los arts. 1.1 y 2.1 del mencionado Código y en los arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución. Pero si la más favorable es la ley intermedia —o una de ellas, en caso de ser varias—, surge el problema de determinar si es posible aplicarla retroactivamente al hecho enjuiciado, a pesar de no encontrarse vigente al momento del fallo. La casi totalidad de la doctrina postula la aplicación de la ley intermedia más favorable, con argumentaciones que, en general, discurren sobre dos cauces: por un lado, que esta situación cabe en el art. 2.2 del Código Penal, que no distingue si la ley penal más benigna es o no intermedia y, por otro, que no debe perjudicar al reo la dilación de los procedimientos judiciales.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Cfr., en la doctrina española, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 122 y s.; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 203 y s.; LOS MISMOS, *Comentario al art. 2*, cit., p. 81; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal. Parte general*, cit., pp. 177 y s.; BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALAREE, *Lecciones...*, cit., vol. I, pp. 107 y s.; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 144; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, cit., pp. 187 y s.; RODRÍGUEZ DE VESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 215; CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español...*, cit., p. 248; MORILLAS CUEVA, *Derecho penal. Parte general...*, cit., pp. 228 y s.; MORILLAS CUEVA / RUIZ ANTÓN, *Manual de derecho penal...*, cit., pp. 91 y s.; LANDECHO VELASCO / MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español...*, cit., p. 154; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 127; POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal. Parte general*, cit., t. I, pp. 362 y s.; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal...*, cit., p. 404; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al derecho penal español*, cit., pp. 124 y s.; CORDOBA RODA, *Notas...*, cit., p. 145, nota 34; CASABÓ RUIZ, *Comentario al art. 24*, cit., pp. 53 y s.; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, cit., pp. 323 y s.; BACIGALUPO, *Principios de derecho penal...*, cit., p. 124; CARBONELL MATEU, *Derecho penal...*, cit., pp. 146 y s.; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas...*, cit., pp. 126 y s.; BLANCO LOZANO, *La aplicación temporal de las normas penales*, cit., p. 291; EL MISMO, *Tratado...*, cit., pp. 182 y s. Es este también el parecer mayoritario de la doctrina alemana, con un texto legal favorecedor de la aplicación de las leyes intermedias más benignas, como lo indican FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco* (Padova, 1993), p. 37 y FRIGOLS I BRINES, *El principio*

En la jurisprudencia también se ha establecido igual parecer.¹⁶⁹

de irretroactividad..., cit., p. 152. Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 167; JESCHECK, *Tratado...* (3ª edición alemana), cit., p. 188; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 120; MAURACH, *Tratado...*, cit., pp. 144 y s.; WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte general*, cit., p. 30; MEZGER, *Tratado...*, cit., t. I, p. 124; VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, t. II (traducción de Luis Jiménez de Asúa de la 20ª edición alemana, con adiciones de derecho penal español de Quintiliano Saldaña, 4ª edición, Madrid, 1999), pp. 102 y s. Es también la tesis dominante en la doctrina italiana, como lo afirma FRIGOLS I BRINES, *El principio de irretroactividad...*, cit., p. 227. Cfr. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale...*, cit., pp. 92 y s.; CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, cit., pp. 58 y s.; MUSCO, *La riformulazione dei reati...*, cit., pp. 23 y s. En la doctrina francesa, PRADEL, *Droit pénal général*, cit., p. 225. En la doctrina portuguesa, TAIPA DE CARVALHO, *Successão de leis penais*, cit., pp. 150 y s. En la doctrina peruana, PEÑA CABRERA, *Tratado...*, cit., p. 237; HURTADO POZO, *Manual de derecho penal...*, cit., p. 275; BRAMONT ARIAS, *La ley penal* (Lima, 1950), pp. 238 y s.; CARO JOHN, *La problemática constitucional...*, cit., p. 749; a partir de la consideración de que la función del derecho penal es el restablecimiento en la sociedad de la vigencia de la norma infringida por los delincuentes, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte General*, cit., p. 180. En la doctrina colombiana, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 153; GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado...*, cit., t. I, p. 835; SANDOVAL LÓPEZ, *Principio de favorabilidad...*, cit., p. 60; ALDANA ROZO, "La aplicación de la ley penal en el tiempo en relación con el Decreto 1135 de 1970", en *Derecho penal y criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*, vol. II, N° 7, septiembre de 1979, pp. 8 y ss., analizando un caso concreto de ley intermedia más favorable que tuvo lugar en Colombia. En la doctrina brasileña, TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal...*, cit., p. 42; LEIRIA, *Teoria e aplicação da lei penal*, cit., p. 84. En la doctrina argentina, aunque con un texto legal que ordena expresamente aplicar la ley intermedia más favorable, COSTA / BUTLER, *Ámbitos de validez de la ley penal*, cit., p. 205; FIERRO, *La ley penal...*, cit., pp. 292 y ss.; ZAFFARONI, *Manual...*, cit., p. 179. En la doctrina chilena, POLITOFF LIFSCHITZ, *Derecho penal*, cit., pp. 187 y s.; GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general*, cit., t. I, pp. 110 y s.; ETCHEBERRY, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., pp. 147 y s.; CURY URZUA, *Derecho penal. Parte general*, cit., t. I, p. 213; LABATUT GLENA, *Derecho penal*, cit., t. I, p. 52; NOVOA MONREAL, *Curso de derecho penal chileno*, cit., t. I, pp. 205 y s.; POLITOFF LIFSCHITZ / MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, cit., pp. 134 y s.; MATUS ACUÑA, *La ley penal y su interpretación*, cit., pp. 60 y s.; FONTECILLA R., *La aplicación de la ley penal...*, cit., pp. 234 y s.; DEL VILLAR BRITO, *Manual de derecho penal. Parte general* (Valparaíso, 1985), p. 44; MERA MUÑOZ, *En torno a la aplicabilidad...*, cit., pp. 195 y ss.; VAN WEZEL, *Inadmisibilidad de las "leyes interpretativas"*, cit., p. 17, pero afirmando que las leyes intermedias más favorables deben aplicarse en reconocimiento de la labilidad del derecho, como contrapartida del hecho de que las valoraciones sociales y legislativas de determinadas conductas son variables.

¹⁶⁹ Vid., entre otras, SSTs de 8 de febrero de 2002, ponente Juan Saavedra Ruiz, RJ 2002/2635 (f. j. 3º); de 21 de mayo de 1993, ponente José Hermenegildo Moyna Ménguez, RJ 1993/4222 (f. j. 2º).

3. No compartimos la opinión dominante en esta materia.¹⁷⁰ Creemos que no hay razones sólidas para sostener la aplicabilidad de la ley penal intermedia más favorable. Únicamente consideraciones humanitarias podrían llevar a defender la aplicación retroactiva de una ley más benigna, que no estaba en vigor cuando se cometió el delito y que tampoco rige al momento de la sentencia.¹⁷¹ Luego, quienes consideran que el fundamento de la retroactividad de las leyes penales más benignas está en razones de piedad,¹⁷² son consecuentes si siguen la posición mayoritaria en esta materia. Pero nosotros ya dijimos que no son motivos humanitarios los que justifican la retroactividad *in bonam partem*, sino que su explicación debe hallarse en el principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso. En consecuencia, el análisis de la posible aplicación de la ley penal intermedia más favorable debe hacerse a partir de este principio. Si éste resultara infringido en caso de no aplicarse la ley intermedia, debería proclamarse su aplicación. En caso contrario, su aplicación debe ser rechazada. Pues bien, pensamos que no hay nada en el principio de prohibición de exceso que obligue a aplicar retroactivamente una ley penal intermedia más favorable,¹⁷³ porque ninguna de las exigencias de *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto* conduce a ello. En efecto, la *idoneidad*, entendida como la aptitud de las penas para alcanzar su fin, conlleva la aplicación de la pena prevista en la ley vigente al momento de la comisión del delito, en tanto ella resulte adecuada para cumplir los fines de prevención general y especial. Si la ley que está en vigor al tiempo de la sentencia es más favorable, pero sigue siendo idónea para alcanzar dichos fines, deberá aplicarse ésta por imponerle la segunda exigencia. Es la *necesidad* la que explica que,

¹⁷⁰ Cfr. BASCUNÁN RODRÍGUEZ, *¿Aplicación...?*, cit., p. 19, afirmando que las razones esgrimidas a favor de la tesis dominante se encuentran necesitadas de una revisión crítica.

¹⁷¹ Así lo reconocen JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, cit., t. II, p. 652; EL MISMO, *La ley y el delito...*, cit., p. 157; FIORE, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes...*, cit., pp. 452 y ss.; FIERRO, *Legalidad y retroactividad de las normas penales...*, cit., p. 314; ROUBIER, *Le droit transitoire...*, cit., p. 480.

¹⁷² Vid. *supra*, capítulo IV, punto IV.2.2, párrafo 1.

¹⁷³ Cfr. FIERRO, *Legalidad y retroactividad de las normas penales...*, cit., p. 314, afirmando que el principio de proporcionalidad "deja sin explicar adecuadamente la aplicación de la ley más benigna intermedia entre la ley vigente al momento de cometerse la infracción y la que regía al momento de dictarse la condena" (el destacado en el original).

a pesar de resultar una pena adecuada para lograr sus fines, debe prescindirse de ella o mitigar su gravedad, si tales fines pueden alcanzarse por otros medios menos lesivos. Luego, si la ley vigente al momento del fallo es más benigna, debe imponerse ésta, por no ser necesaria la pena —o su gravedad— que establecía la ley en vigor al tiempo del delito. Y la *proporcionalidad en sentido estricto* exige que haya una relación entre la pena y la gravedad o la nocividad social del hecho cometido. En este sentido, es posible que la ley vigente al momento de la sentencia sea más favorable, por establecer una pena que sea apta para cumplir los fines de prevención general y especial, y necesaria para ello, pero que, a diferencia de la prevista en la ley que estaba en vigor cuando se cometió el delito, no excede de los límites fijados por la ponderación de la gravedad o nocividad social de éste. En tal caso, debe aplicarse retroactivamente la ley en vigor al momento del fallo. En consecuencia, ni la idoneidad de la pena, ni su necesidad, ni su proporcionalidad en sentido estricto llevan a la aplicación de la ley penal intermedia más favorable. Ello porque cada una de estas exigencias obliga a tener en cuenta, por un lado, la ley que se encontraba en vigencia al momento de cometerse el delito y, por otro, la que rige al tiempo de la sentencia, para compararlas en la determinación de la más favorable. No cabe en esta comparación tomar en consideración leyes que hayan podido existir en el tiempo intermedio.¹⁷⁴ Si se aplicase una ley intermedia que contemple una pena más benigna que la vigente al momento del fallo, se impondría una sanción que no cumpliría con la exigencia de idoneidad, porque al tiempo de la sentencia el legislador ha hecho una nueva valoración, según la cual la pena prevista en esa ley intermedia no se considera adecuada para cumplir sus fines de prevención general y especial. Sería una pena inútil.¹⁷⁵ Y tampoco se satisfarían las otras exigencias del principio de prohibición de exceso, es decir, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto,

¹⁷⁴ Cfr. BASCUNÁN RODRÍGUEZ, *La ley penal*, cit., pp. 212 y s., señalando que es un presupuesto de la aplicación retroactiva de la ley penal favorable el hecho de que se encuentre vigente cuando es aplicada, por lo que no resulta justificado acudir a las leyes penales intermedias.

¹⁷⁵ No se nos podría replicar que lo mismo cabe decir cuando al reo se le impone la pena prevista en la ley vigente cuando delinquirió, a pesar de que al tiempo del fallo la ley prevé una pena más severa, porque en este caso, evidentemente, no puede pasarse por encima de la seguridad jurídica, que para él representa una garantía.

puesto que estas imposiciones parten de la base de que la pena a aplicar sea apta para alcanzar sus fines. No se podría sostener que al imponer la pena prevista en la ley intermedia más favorable, se esté aplicando una sanción que cumpla sus fines en la forma menos gravosa posible, precisamente porque, según la actual concepción del legislador, ya no logra conseguir tales fines.

4. A lo anterior cabe agregar, por una parte, que no parece lógico aplicar al tiempo de la sentencia una valoración jurídica que no existía cuando se cometió el delito y que tampoco existe al momento de su dictado.¹⁷⁶ Y por otra que, a nuestro juicio, el art. 2.2 del Código Penal no alude, ni siquiera implícitamente, a las leyes intermedias.¹⁷⁷ Esta disposición sólo apunta a una comparación entre la ley vigente al tiempo del delito y la que rige al momento del fallo para aplicar, de las dos, la que resulte más favorable.¹⁷⁸

5. Incluso si se estimara que las leyes penales intermedias están comprendidas en el tenor literal del art. 2.2 del citado Código, dado que no están expresamente excluidas de él, pensamos que resulta procedente efectuar una restricción teleológica para concluir que

¹⁷⁶ En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 136. No obstante, este autor acaba aceptando la aplicación de las leyes penales intermedias más favorables.

¹⁷⁷ Así, CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español...*, cit., t. I, pp. 235 y s., quien se opone a la aplicación de la ley penal intermedia más benigna, a pesar de sostener en p. 227 que razones humanitarias (aunque no sólo éstas) constituyen el fundamento de la retroactividad *in bonam partem*. Vid. también, oponiéndose a la aplicación de las leyes penales intermedias, FIORE, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes...*, cit., p. 454: "Si en el momento de cometerse el delito no estaba en vigor la ley intermedia para poder fundar sobre ella el justo concepto de la explicación proporcionada al hecho cometido; si dicha ley no estaba tampoco en vigor al tiempo del juicio para fundar sobre ella el justo concepto de la pena necesaria para el restablecimiento del orden jurídico, ¿cómo podría surgir el derecho de demandar y obtener la aplicación de tal ley? No existiendo relación alguna entre el acusado y la ley intermedia, que no existiría para el hecho del delito ni para el hecho de la proporcionalidad de la pena en conformidad con la conciencia jurídica en el momento en que hubiere de ser pronunciada la condena, ¿cómo admitir la autoridad y la aplicación de semejante ley intermedia?". Se oponen también SERRA-NO BUTRAGUENO, *Comentario al art. 2*, cit., p. 41; ROUBIER, *Le droit transitoire...*, cit., pp. 478 y ss.; GROUBER, *Du conflit des lois d'incrimination et de pénalité dans le temps*, cit., pp. 127 y ss.; VITU, *Des conflits de lois dans le temps...*, cit., pp. 143 y s.; COSTA, *O direito intertemporal e o Código Penal*, cit., pp. 67 y s.

¹⁷⁸ En contra, COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 204, quienes afirman que el tenor literal del señalado precepto obliga a entender que las leyes penales intermedias se hallan comprendidas en él.

dichas leyes no deben considerarse incluidas.¹⁷⁹ Porque si bien es cierto que dicha disposición no realiza distingo alguno, aplicarlo a las leyes intermedias carecería de sentido, en tanto no se cumpliría el *telos* de la misma, que debe verse en el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio. Una restricción teleológica que excluya del indicado precepto las leyes penales intermedias —como lo dijimos más arriba para excluir del mismo otros casos que podrían caber dentro de su literalidad— no puede ser considerada como atentatoria de garantía alguna.¹⁸⁰ Primero, porque no conduce a una ampliación injustificada del ámbito de lo prohibido. Segundo, porque no conlleva una vulneración de ninguna garantía formal que sirva de límite al ejercicio del *ius puniendi*. Y tercero, porque tampoco resulta afectada alguna garantía material que opere como límite a la potestad penal del Estado. Todo lo contrario, conduce, precisamente, al respeto de la garantía material del principio de prohibición de exceso, excluyendo del ámbito de aplicación del art. 2.2 del Código Penal casos —leyes penales intermedias— en que se podrían aplicar penas inútiles y, por ende, ilegítimas.¹⁸¹

6. Es cierto que no dar aplicación a las leyes penales intermedias más favorables puede conducir, en ocasiones, a resultados comparativamente injustos, derivados de la demora de los procesos. En efecto, es posible que dos personas que en la misma época cometan el mismo delito reciban una sanción diversa, únicamente porque

¹⁷⁹ Vid. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 204, sosteniendo que una interpretación teleológica que excluyera del indicado precepto las leyes penales intermedias, en tanto produciría consecuencias agravatorias, chocaría con los principios de la hermenéutica penal.

¹⁸⁰ Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Legislación penal socioeconómica...*, cit., pp. 719 y ss., aludiendo al art. 24 del Código Penal de 1973, restringiendo teleológicamente dicha disposición para excluir de ella los casos de modificaciones en la normativa extra penal de complemento de leyes penales en blanco en los que subsista necesidad de pena, con una argumentación que nos parece plenamente aplicable al art. 2.2 del Código Penal de 1995 y de la cual, como lo hemos hecho en otras partes de este trabajo, nos valemos nuevamente en el texto.

¹⁸¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Legislación penal socioeconómica...*, cit., pp. 719 y s.

En el caso de Chile, idéntica restricción teleológica puede hacerse para excluir del ámbito de aplicación del párrafo segundo del art. 18 del Código Penal —cuya letra sólo exige para la retroactividad *in bonam partem* que después del hecho se promulgue una ley más benigna, sin requerir que ésta se encuentre vigente al momento del fallo— las leyes penales intermedias, asegurando así el respeto de la garantía material de la prohibición de exceso. Véase su texto más abajo, en anexo de disposiciones chilenas citadas.

una (sujeto A) es juzgada bajo la ley intermedia más favorable y la otra (sujeto B), con arreglo a la tercera ley más severa –quizás no por su culpa–.¹⁸² Sin embargo, también es verdad que, en esta hipótesis, puede ocurrir que B sea juzgado bajo la tercera ley más severa no por razones derivadas de la lentitud de los procedimientos judiciales, sino porque haya decidido ocultarse para evadir la acción de la justicia, logrando ser detenido cuando la ley intermedia más benigna ya haya sido derogada. En tal evento, no parece problemático negar aplicación a la ley intermedia. En consecuencia, no creemos que esta sola consideración –la posible diferencia en el juzgamiento– sea un argumento decisivo. Incluso, si efectivamente ha habido una dilación en el proceso no imputable al reo, el mayor rigor en la sanción que se le imponga podrá parecer, en principio, injusto y atentatorio contra la igualdad ante la ley. Pero, por una parte, debe recordarse que el fundamento de la retroactividad *in bonam partem* no es la justicia, sino el principio de prohibición de exceso. Y, por otra, debe tenerse presente que la igualdad obliga a tratar en forma desigual a los desiguales. Entre quien es juzgado bajo la ley intermedia más favorable y quien lo es con arreglo a la ley más severa, hay una diferencia que debe ser tenida en cuenta, cual es la distinta valoración del legislador en términos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la pena a imponer en uno y otro momento. Luego, no podría sostenerse que la diferencia entre ambas situaciones sea arbitraria.¹⁸³ Incluso, a nuestro juicio no es la posición minoritaria sino la mayoritaria la que llevaría a una evidente vulneración de la igualdad ante la ley en un caso como el siguiente. Imaginemos una sucesión de tres leyes. La primera (ley 1) reprime un hecho con pena de diez años de prisión; la segunda (ley 2) rebaja la pena del mismo hecho a cinco años de prisión; la tercera (ley 3) vuelve a la pena original de 10 años de prisión. Supongamos que bajo la vigencia de la ley 1, Juan cometió el delito tipificado en ésta y que bajo la vigencia de la ley 3, Pedro hizo lo mismo. Ambos son juzgados bajo el imperio de la ley 3. Según la posición mayoritaria, a Juan le correspondería la pena de

¹⁸² *Vid.*, en este sentido, la argumentación de MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 123.

¹⁸³ Cfr. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., pp. 171 y s., quien afirma que estrictas consideraciones de igualdad conducen a no aplicar leyes intermedias más favorables.

cinco años de prisión (ley 2) y a Pedro, la de diez años de prisión (ley 3). ¿Alguien podría negar que esta solución chocaría contra la exigencia de igualdad ante la ley, dado que Juan y Pedro sufrirían penas distintas, a pesar de que ambos delinquieron en momentos en los que la pena prevista para el hecho era la misma (diez años) y de que ambos son juzgados cuando la valoración social acerca de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la pena a imponer lleva a la aplicación de esa misma sanción (diez años)?¹⁸⁴

7. Tampoco creemos que negar aplicación a las leyes penales intermedias más favorables pueda ser considerado como atentatorio de la seguridad jurídica, porque aquellas originen expectativas de impunidad o de trato más favorable que se vean frustradas con la aplicación de la tercera ley más severa.¹⁸⁵ La seguridad jurídica no es fundamento de la retroactividad *in bonam partem*, sino de la irretroactividad de las leyes penales desfavorables. Reconocemos que es posible que de una ley penal posterior más benigna puedan surgir expectativas de no recibir sanción por el delito previamente cometido o de recibir un trato penal más favorable. Aunque también puede suceder que el delincuente nunca se entere de la promulgación de esta ley. Pero en caso de existir esas eventuales expectativas –como sucedería, por ejemplo, si el sujeto se entregara a la justicia durante la vigencia de la ley intermedia más benigna, confiando en que ésta se le aplicará, pero luego se le juzgara conforme a la tercera ley, si ésta es más severa que la intermedia, pero más benigna que la primera, o conforme a la primera, si ésta es más favorable que la tercera–, no pueden estimarse garantizadas por el legislador.¹⁸⁶ Las únicas expectativas garantizadas por el ordenamiento jurídico

¹⁸⁴ *Vid.* CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., pp. 171 y s.

¹⁸⁵ En contra, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 122 y s.

¹⁸⁶ Contra lo sostenido en el texto, ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 167: “si después de la comisión del hecho se atenúa la pena prevista para esa conducta, pero, debido a la mala experiencia de esa reforma, en el momento del enjuiciamiento se ha vuelto a la dureza originaria, pese a ello el delincuente puede exigir que se le castigue por la norma intermedia más benigna; pues con la atenuación *había obtenido la posición jurídica más favorable de la nueva ley, que a partir de ahí sigue quedando garantizada frente a cualquier agravación retroactiva en el sentido del derecho anterior*. E igualmente ha de quedar impune el sujeto activo en caso de que el hecho sea punible tanto en el momento de su comisión como en el de la sentencia, pero haya habido un período intermedio en el que quedó exento de pena” (las cursivas son nuestras).

V.11.2. CASO ESPECIAL DE LEYES PENALES INTERMEDIAS

y cuya defraudación afectaría a la seguridad jurídica, son las de no ser castigado por conductas que no estén previstas como delito ni con penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias, reglas procesales y condiciones de ejecución penitenciaria más desfavorables que las señaladas en una ley anterior a su perpetración. A lo sumo, el problema del sujeto que se entregó a la justicia durante la vigencia de la ley intermedia podría intentar solucionarse por la vía de construir una circunstancia atenuante analógica, de conformidad con el art. 21 circunstancia 6ª del Código Penal, dado el parecido de esta situación con la contemplada en la circunstancia 4ª del mismo artículo.¹⁸⁷

8. Nuestra oposición a la aplicación de las leyes penales intermedias más favorables se mantendría incluso si se modificara el art. 2.2 del Código Penal para declarar expresamente su aplicabilidad, tomando como modelo algunos Códigos Penales de otros países.¹⁸⁸ Creemos que si una ley introdujera una modificación de esta clase, su constitucionalidad sería bastante discutible, pues permitiría imponer penas que infringirían el principio de prohibición de exceso. En efecto, una autorización legal para aplicar leyes penales intermedias más benignas importaría la posibilidad de imponer penas ilegítimas, al conocerse, al momento de su aplicación, su falta de idoneidad para prevenir delitos.¹⁸⁹ Y ello chocaría con el texto de la Carta Fundamental, que permite considerar implícitamente consagrado el mencionado principio y las exigencias que de él derivan.

¹⁸⁷ En el caso de Chile, este último problema se podría tratar de solucionar con una aplicación analógica, *in bonam partem*, de la circunstancia atenuante del art. 11 N° 8 del Código Penal, dado el parecido de esta circunstancia modificatoria de responsabilidad penal con la situación en análisis. Véase su texto *infra*, en anexo de disposiciones chilenas citadas.

¹⁸⁸ Verbigracia, el primer párrafo del art. 2 del Código Penal argentino: "Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna" (las cursivas son nuestras).

¹⁸⁹ Esa es la razón por la que no nos parece acertado que en la parte general del proyecto de nuevo Código Penal de Chile, elaborado por la Comisión "Foro Penal", se haya aceptado consagrar de modo expreso la aplicabilidad de las leyes intermedias más favorables, mediante una disposición del siguiente tenor: "Si después de iniciada la comisión del delito y antes de encontrarse ejecutoriada la sentencia, se promulga otra ley que lo exima de toda pena o medida de seguridad, le aplique una menos rigurosa o sea por cualquier otro motivo más favorable al imputado, deberá arreglarse a ella su juzgamiento, aun cuando ya no se encuentre vigente en ese momento" (art. 14 párrafo 1º) (las cursivas son nuestras).

1. Cuando la doctrina trata el tema de las leyes penales intermedias, pronunciándose mayoritariamente a favor de su aplicación, lo hace siempre pensando en el caso descrito más arriba, es decir, leyes más benignas que las vigentes al tiempo del delito, pero que ya no existen al momento de la sentencia. Sin embargo, también responde a una estructura de ley "intermedia" el siguiente supuesto que, en lo que se nos alcanza, no ha sido analizado por los autores.¹⁹⁰ La comisión del delito y el pronunciamiento de la condena tienen lugar bajo la vigencia de una misma ley (ley 1). Mientras la persona se encuentra cumpliendo su condena, se promulga y entra en vigor otra ley (ley 2), que atenúa el rigor de la ley 1. Después de un tiempo la ley 2 es sustituida por la ley 3, que recobra el mismo rigor punitivo de la ley 1. El sujeto condenado toma conocimiento de la existencia de la ley 2, cuando ya ha sido reemplazada por la ley 3, y bajo la vigencia de ésta solicita la revisión de la condena y la aplicación retroactiva de la ley 2. Como se comprenderá, este caso sólo se podría plantear en aquellos países, como España y Chile, en los que la retroactividad *in bonam partem* tiene lugar incluso después de que las sentencias condenatorias alcancen el carácter de firmes y no en aquellos, como Alemania, en los que la cosa juzgada opera como límite a tal retroactividad.

2. En nuestra opinión, en el supuesto en análisis resulta menos difícil sostener que no debe aplicarse la ley intermedia que en el caso que la doctrina suele tener en mente cuando examina el tema. Ello es así, porque en la hipótesis planteada no cabe -salvo un caso puntual al que aludiremos más adelante- emplear el argumento que los autores utilizan en el sentido de que no debe perjudicar a los imputados la dilación de los procedimientos judiciales. En el supuesto en análisis las modificaciones legales no tienen lugar durante el proceso, sino una vez que ha terminado, mientras la persona se encuentra cumpliendo la condena, por lo que no puede decirse que haya sido la lentitud con que éste se ha desarrollado lo que le ha producido el perjuicio. En consecuencia, sólo subsistirían los ar-

¹⁹⁰ *Vid.*, sin embargo, BACIGALUPO, *Principios de derecho penal...*, cit., p. 124, reconociendo que el problema de la ley intermedia puede presentarse inclusive durante el tiempo de ejecución de la condena. En el mismo sentido, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 153.

gumentos que giran en torno a la literalidad del art. 2.2 del Código Penal, a las ideas de justicia e igualdad ante la ley y a la noción de seguridad jurídica.

3. Por lo que respecta al tenor literal de la citada disposición, ya hemos dicho que no nos parece que éste contemple los casos de leyes intermedias, ni los que la doctrina suele tener en mente, ni tampoco la hipótesis planteada. Pero aun sosteniendo que los contenga, porque no los excluye expresamente, la operación de restricción teleológica más arriba explicada se justifica también aquí, en aras de asegurar el respeto a la garantía material del principio de prohibición de exceso.

4. En lo que dice relación con la justicia y la igualdad ante la ley, se nos ocurren dos supuestos en los que alguien podría alegar que dichos valores no se respetarían si no se aplicara la hipótesis especial de ley intermedia. Uno sería el caso (caso 1) en que, habiendo sido dos sujetos (A y B) condenados por distintos delitos bajo la vigencia de la ley 1, estando ambos cumpliendo sus condenas, el sujeto A se peca a tiempo de la promulgación de la ley 2 más favorable y solicita y consigue la aplicación retroactiva de ésta a través de la revisión de su condena, a diferencia del sujeto B, que se entra de la existencia de la ley 2 cuando ya ha sido reemplazada por la ley 3, que restableció el rigor punitivo de la ley 1. Otro sería el caso (caso 2) en que los mismos sujetos (A y B), cumpliendo sus condenas impuestas por distintos delitos bajo el vigor de la ley 1, se percatan de la dictación de la ley 2 más benigna y solicitan la aplicación retroactiva de ésta, pero sólo el sujeto A resulta beneficiado, porque el procedimiento de revisión de la condena del sujeto B experimenta una demora y antes de su total tramitación la ley 2 es sustituida por la ley 3, que volvió a establecer el rigor de la ley 1. Sin embargo, a nuestro juicio en ninguno de los dos casos se justifica la aplicación retroactiva de la ley 2 para el sujeto B. En el caso 1 no parece que se afecte la justicia, toda vez que el sujeto B no tuvo el cuidado de solicitar a tiempo la revisión de su condena. En el caso 2, en cambio, sí parece resultar afectada, pues pidió oportunamente la aplicación retroactiva de la ley 2 y se produjo una dilación en la tramitación de la solicitud. Pero aunque pudiera estimarse conculcado dicho valor, debemos recordar que el fundamento de la retroactividad *in bonam partem* no es la justicia, sino el principio de prohibición de exceso. Por otra parte, la igualdad ante la ley no parece afectada en ninguno de los dos casos, puesto que la idea de igualdad obliga a tratar en forma desigual a

los desiguales. En el caso 1 hay una diferencia entre los sujetos A y B que debe ser tenida en cuenta, cual es la distinta valoración del legislador en términos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en los momentos en que cada uno de ellos solicita la revisión de su condena. Y en el caso 2 la diferencia radica en la distinta valoración del legislador sobre las mencionadas exigencias de la intervención penal en los momentos en que se resuelven en definitiva las respectivas solicitudes de aplicación retroactiva de la ley 2. En consecuencia, no nos parece que la diferencia en el modo de tratar a los sujetos A y B en los casos citados pueda ser considerada arbitraria.

5. Finalmente, tampoco el valor de la seguridad jurídica sirve para justificar la aplicación de la clase especial de leyes intermedias que comentamos. Retomando los casos recién explicados, en el caso 1 ya se ha visto que el sujeto B se enteró de la promulgación de la ley 2 más favorable cuando ésta ya había sido reemplazada por la ley 3. No creemos que en tal evento se pueda sostener que la ley "intermedia" haya originado en él expectativas de impunidad o de trato más favorable que se vean frustradas con su no aplicación, dado que ya no existía cuando supo de ella. En el caso 2, en cambio, sí se puede afirmar que en el sujeto B han nacido esas expectativas. Pero debemos recordar que dichas expectativas no pueden considerarse garantizadas por el legislador. Como lo dijimos más arriba, sólo las expectativas de no ser sancionado por hechos que no estén previstos como delito ni con penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias, reglas procesales y condiciones penitenciarias más severas que las establecidas en una ley previa a su realización, deben estimarse garantizadas por el ordenamiento jurídico, resultando afectada la seguridad jurídica si se vieran frustradas.

V.12. LEYES TEMPORALES Y RETROACTIVIDAD

V.12.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Según el art. 2.2 del Código Penal, "los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario". Esta previsión legal podría llevar al lector a preguntarse qué sentido tiene estudiar los efectos que producen las leyes temporales,

si el tema ya se encuentra regulado legalmente. Nos parece que el examen de esta materia se justifica por varios motivos. En primer término, porque existen países en los que el tema no se encuentra legalmente resuelto.¹⁹¹ En segundo lugar, porque bajo la vigencia del Código Penal de 1973 el punto era objeto de discusión. En tercer término, porque la regulación de las leyes temporales contenida en el vigente Código Penal, como veremos, no resuelve todos los problemas que pueden suscitarse.¹⁹² Y en cuarto lugar, porque frente a la eventualidad de modificarse o suprimirse dicha regulación, sería conveniente tener la mayor cantidad posible de elementos que permitieran determinar sus efectos.

2. En una primera aproximación al tema, debemos tener presentes dos cosas. En primer lugar que, en general, todas las leyes pueden ser consideradas temporales dado que, como lo dijimos *supra*,¹⁹³ en tanto prescripciones que apuntan a regular algunas facetas de la vida en sociedad no son eternas e inmutables, sino que sufren modificaciones según como van cambiando los intereses

¹⁹¹ Es el caso, por ejemplo, de Chile. El art. 18 del Código Penal de este país no hace alusión alguna a las leyes temporales. Cfr. su texto *infra*, en anexo de disposiciones chilenas citadas. Lo mismo ocurre, entre otros, con el Código Penal de Ecuador: "Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida."

La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto.

Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena haya o no comenzado a cumplirse.

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.

En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque exista sentencia ejecutoriada" (art. 2).

Los Códigos Penales de Perú y de Alemania, en cambio, regulan expresamente el tema, de modo similar al español, al prescribir, respectivamente, que "las leyes destinadas a regir sólo durante un tiempo determinado se aplican a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieren en vigor, salvo disposición en contrario" (art. 8) y que "una ley que deba regir sólo por un tiempo determinado se aplicará a hechos cometidos durante su vigencia, aunque aquélla haya perdido su vigencia, salvo que una ley determine otra cosa" (parágrafo 2.4) (traducción extraída de EIRANOVA ENCINAS (coord.), *Código Penal alemán*, SIGB..., cit., p. 21).

¹⁹² Como el problema de optar por un concepto amplio o uno restringido de ley temporal y el problema de determinar los efectos de una ley temporal más benigna que el régimen penal ordinario.

¹⁹³ *Vid.* capítulo I, punto 1.2, párrafo 1.

sociales, por lo que tienen una duración en el tiempo.¹⁹⁴ Cuando la doctrina alude al fenómeno de las leyes penales "temporales", pretende hacer referencia, más bien, a aquellas leyes penales para las que el legislador ha establecido un tiempo de vigencia.¹⁹⁵ Y en segundo lugar, que una eventual proliferación de leyes temporales no respetaría las exigencias de la seguridad jurídica, toda vez que a los ciudadanos se les haría más difícil calcular la calificación jurídica de sus actuaciones, al no poder confiar en un régimen ordinario, que tendría múltiples excepciones de carácter transitorio.¹⁹⁶ Por eso no resulta aconsejable su utilización excesiva, especialmente en el ordenamiento jurídico penal, que permite imponer las sanciones más lesivas de los derechos fundamentales de las personas.¹⁹⁷

3. Por otra parte, como también lo hemos explicado más arriba,¹⁹⁸ la doctrina penal utiliza la expresión "leyes temporales"¹⁹⁹ en un sentido restringido y en un sentido amplio. Sin embargo, nos parece que no existe total coincidencia entre los autores en la determinación de qué debe entenderse por ley temporal en sentido estricto y qué significa ley temporal en sentido extenso. Para un sector, serían leyes temporales en sentido restringido las que limitan su vigencia a una fecha determinada o determinable por un suceso y leyes temporales

¹⁹⁴ Cfr. LASCURÁIN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, cit., p. 74; EL MISMO, *Delito fiscal y retroactividad*, cit., p. 461; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 352; BÉRAUD, *La non-retroactivité des lois nouvelles plus douces?*, cit., p. 15.

¹⁹⁵ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 193. Al decir esto, en cierta forma adelantamos nuestra opinión en la alternativa de optar por un concepto amplio de ley temporal o por uno restringido.

¹⁹⁶ *Vid. supra*, capítulo II, punto II.3.3.1, párrafos 6 y 7 y punto II.3.3.2, párrafo 4.

¹⁹⁷ Se afirma que en otros sectores del ordenamiento jurídico, como el derecho administrativo, abundan las leyes temporales. Así lo sostiene LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, cit., p. 205: "el pretendido carácter pacífico del principio de retroactividad *in bonis* se torna muy problemático cuando se encara al derecho administrativo, porque no es sino en este derecho donde tienen lugar, y en cantidades asombrosas, las denominadas leyes temporales; éstas dominan el panorama entero de esta rama del ordenamiento".

¹⁹⁸ *Vid. supra*, capítulo I, punto 1.2.7.4, párrafo 2.

¹⁹⁹ Algunos autores hablan de leyes "transitorias". Así ocurre, especialmente, en la doctrina argentina. Cfr., entre otros, SIERRA, "La regla de la retroactividad de la ley penal más benigna (art. 2º C.P.) y su aplicabilidad respecto de las leyes transitorias", en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, N° 151, Buenos Aires, julio-septiembre 1973, pp. 890 y ss.; BIDART CAMPOS, *La irretroactividad de la ley penal...*, cit., pp. 337 y ss.; FIERRO, *La ley penal...*, cit., pp. 308 y ss. En la doctrina chilena, POLITOFF LIFSCHITZ, *Derecho penal*, cit., pp. 188 y ss.

en sentido amplio, aquellas cuyo contenido se reconoce transitorio por regular una situación temporal. Es el caso, por ejemplo, de ROXIN, quien señala que “leyes temporales son aquellas leyes que de antemano sólo van a estar vigentes ‘en un determinado período de tiempo’; ya sea porque la fecha en que dejarán de estar en vigor esté fijada en la propia ley con arreglo a un calendario o coincidiendo con un determinado acontecimiento (leyes temporales en sentido estricto), o bien porque sea reconocible que las mismas se ciñen a situaciones temporales especiales y quedarán sin objeto con la desaparición de éstas (leyes temporales en sentido amplio)”.²⁰⁰ Para otro sector, en cambio, serían leyes temporales en sentido estricto únicamente las que se fijan a sí mismas una fecha máxima como límite para su vigencia y leyes temporales en sentido extenso, aquellas cuyo contenido permite colegir su transitoriedad. Verbigracia, es el caso de CUELLO CONTRERAS, quien afirma que “se habla de ley temporal *en sentido estricto* para referirse a aquellas leyes que establecen *cronológicamente* su período de vigencia. Y de ley penal *en sentido amplio* para referirse a aquellas en que, no fijándose plazo, su contenido permite deducir la vocación de vigencia sólo respecto a los hechos específicos que motivaron su promulgación”.²⁰¹ A nuestro juicio, la diferencia entre ambos sectores doctrinales radica en la ubicación que se asigna a las leyes que se dictan para regir sólo mientras subsistan determinadas circunstancias especiales, desaparecidas las cuales dejan de regir, leyes que por ello suelen recibir el nombre de “excepcionales”.²⁰² Para el primer sec-

²⁰⁰ ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 168.

²⁰¹ CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español...*, cit., p. 251 (las cursivas en el original). Nos llama la atención el hecho de que este autor hable de ley temporal *en sentido amplio*, no *para incluir* en el concepto las leyes que, no fijándose plazo, tienen un contenido que revela su transitoriedad, sino *para referirse* a ellas. En nuestra opinión, si utilizamos una expresión en su sentido amplio, necesariamente debemos incluir en su campo de alcance los casos que también caben dentro de su sentido estricto, atendida la relación de género a especie que se presentaría. En caso contrario, lo mejor sería abandonar los términos *sentido amplio* de una expresión y *sentido estricto* de la misma, utilizando en vez de ello expresiones distintas. Cfr. también en este segundo sector doctrinal, ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, cit., p. 328; BACIGALUPO, *Principios de derecho penal...*, cit., p. 125. En la doctrina colombiana, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 153 y s. En la doctrina chilena, GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general*, cit., t. I, p. 111.

²⁰² Las llaman “leyes excepcionales”, entre otros, CASABÓ RUIZ, *Comentario al art. 24*, cit., p. 54; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 82; MORILLAS CUEVA, *Derecho penal. Parte general...*, cit., pp. 226 y s.; POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 366 y s.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley*

tor serían leyes temporales en sentido estricto, en tanto que para el segundo lo serían en un sentido amplio. Estas leyes “excepcionales” no deben, por el mero hecho de que sean circunstancias de urgencia, como una guerra, una epidemia, una catástrofe, etc., las que expliquen su promulgación, ser confundidas con las leyes penales ordinarias que condicionan su aplicación a la concurrencia de circunstancias excepcionales como las señaladas.²⁰³ Ejemplo de esta última clase de leyes es el art. 591 del Código Penal, que sanciona al que “durante una guerra en que no intervenga España, ejecutare cualquier acto que comprometa la neutralidad del Estado o infringiere las disposiciones publicadas por el Gobierno para mantenerla”.²⁰⁴ No es ésta una ley excepcional, sino una ley con vocación de permanencia en el tiempo, que se aplica sólo en la situación excepcional prevista, guerra en la que no intervenga España.²⁰⁵

4. Incluso hay quienes comprenden dentro de una concepción amplia de las leyes temporales aquellas en las que la necesidad de pena puede disminuir por consideraciones fácticas.²⁰⁶ Es el caso, por ejemplo, de JESCHECK, quien sostiene que “las leyes temporales son leyes que rigen durante un tiempo fijado conforme al almanaque o de otro modo, o pretenden establecer, atendiendo a su contenido, una regulación pensada como transitoria y referida a circunstancias temporales específicas, o en las que normalmente no se sentiría la necesidad de la pena”.²⁰⁷

5. Es necesario decantarse por una postura amplia o por una restringida, acerca de qué debe entenderse por ley temporal. La importancia de optar por una u otra posición es mayor en los países que –como España o Alemania– cuentan con una regulación expresa sobre los efectos de las leyes temporales, que en los que –como

y el delito...”, cit., pp. 155 y s. Otros las llaman “leyes contingentes”. Así, POLITOFF LIFSCHITZ, *Derecho penal*, cit., p. 189.

²⁰³ Cfr. FIERRO, *La ley penal...*, cit., p. 308. En el mismo sentido, TAIPA DE CARVALHO, *Sucesión de las penas*, cit., pp. 167 y s.

²⁰⁴ Otros ejemplos son los arts. 594, 596 y, en general, las disposiciones del capítulo II del Título XXIII del Libro II del Código Penal y muchas de las contenidas en el Código Penal Militar.

²⁰⁵ En contra, para similares ejemplos en el Código Penal Militar alemán, MAURACH, *Tratado...*, cit., p. 146.

²⁰⁶ Lo constata SILVA SÁNCHEZ, *Legislación penal socioeconómica...*, cit., p. 710.

²⁰⁷ JESCHECK, *Tratado...*, cit. (4ª edición alemana), p. 126 (las cursivas son nuestras).

Chile— no cuentan con ella. Ello es así porque cuando no existe regulación sobre el tema, hay más libertad en la determinación de cuáles sean esos efectos que cuando ya han sido establecidos por la ley. En todo caso, dentro de los países que poseen una regulación de los efectos de las leyes penales temporales, existe mayor margen de actuación en los que —como España— no cuentan con una definición legal acerca de qué debe entenderse por ley temporal, que en los que —como en Alemania— sí cuentan con una.²⁰⁸ Como en España el art. 2.2 del Código Penal ordena aplicar las leyes temporales a los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no se encuentren en vigor al momento de su enjuiciamiento, haciendo excepción a la aplicación retroactiva de la ley penal posterior más benigna —se está pensando en leyes temporales más severas que el régimen penal ordinario—, nos parece que el mejor camino para decantarse por una concepción amplia o restringida de ley temporal —al menos en este país y en aquellos que cuentan con una regulación similar en este tema— es analizar a qué conduciría dicha previsión legal y cuán satisfactorias serían sus consecuencias, si se aplicara a los casos que una y otra concepción incluyen dentro del concepto de ley temporal. Es esto lo que haremos un poco más abajo.

V.12.2. LEYES TEMPORALES MÁS SEVERAS

1. En general, las leyes penales temporales son más severas que el régimen ordinario. Los ejemplos que la historia nos ha dado sobre leyes de esta clase así lo demuestran. Tanto es así, que algunos autores, cuando analizan los efectos de las leyes temporales, ni siquiera se plantean la posibilidad de que resulten más benignas que el régimen común.²⁰⁹

2. El problema que presentan las leyes temporales cuando —como es lo frecuente— son más graves que el régimen ordinario, es el de determinar si a los hechos realizados bajo el vigor de aquéllas se aplica retroactivamente el régimen común más favorable cuando éste recobra su vigor. Advertimos que no existe unanimidad en la

²⁰⁸ Cfr. FRIGOLS I BRINES, *Fundamentos...*, cit., p. 551, señalando que, con todo, la presencia de una definición legal de leyes temporales en el Código Penal alemán no ha impedido que surja una discusión acerca de qué debe entenderse por tales.

²⁰⁹ *Vid. supra*, capítulo I, punto I.2.7.3, párrafo 2.

doctrina para resolver este problema cuando no hay previsión legal. Un grupo de autores —considerado por algunos como mayoritario en la doctrina española antes de la promulgación del Código Penal de 1995—²¹⁰ se inclina por sostener que las conductas que tienen lugar bajo la vigencia de una ley temporal desfavorable deben ser juzgadas conforme a ésta, aun cuando el enjuiciamiento se verifique después de que el régimen ordinario más benigno haya recobrado su vigor. Se suele argumentar para ello que una solución contraria conduciría a una pérdida de eficacia de toda ley temporal, especialmente en aquellos países en los que la cosa juzgada no representa un límite para la retroactividad *in bonam partem*. Así, por ejemplo, teniendo a la vista el art. 24 del anterior Código Penal de 1973, que —como es sabido— consagraba el efecto retroactivo de las leyes penales favorables sin regular el caso de las leyes temporales, RODRÍGUEZ MOURULLO afirmaba que “en una materia como ésta, donde no está en juego la fundamentación o agravación de la responsabilidad criminal del reo, sino la posibilidad de aplicarle retroactivamente una ley posterior más favorable, no podemos quedar detenidos en una interpretación gramatical —en la letra del art. 24, que tan reiteradamente se invoca—, sino que es preciso ascender hasta la interpretación teleológica. Y desde este punto de vista, tanto si se atiende al fin del art. 24 (evitar que el inculpaado sea juzgado conforme a una ley más severa que ya no se considera justa) como al fin de la ley temporal (que vincula el carácter delictivo del hecho a su comisión en un cierto tiempo), debe llegarse necesariamente a la que RODRÍGUEZ MUÑOZ califica, con razón, de interpretación correcta: inaplicación a las leyes temporales de que nos estamos ocupando de lo dispuesto en el art. 24”.²¹¹ Según

²¹⁰ Así lo consideraba ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, cit., p. 329.

²¹¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 138. En el mismo sentido, entre otros, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general* (reimpresión de la 3ª edición, Barcelona, 1995), p. 94; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal. Parte general*, cit., pp. 178 y s.; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, cit., pp. 328 y s.; POLANO NAVARRETE, “Sobre los límites temporales de vigencia de los decretos-leyes antiterrorismo (de 26 agosto 1975 y 18 febrero 1976)”, en EL MISMO, *Estudios penales* (Córdoba, 1988), pp. 231, 236. En la doctrina italiana, ya ARANCIO RUIZ, *Intorno all'efficacia delle leggi penali temporanee*, cit., pp. 13 y ss. En la misma doctrina, aunque con un Código que regula expresamente los efectos de las leyes temporales, PADOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 55 y s.; CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., p. 174; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale...*, cit., pp. 100 y s.; PULITANO, *Commentario al articolo 2*, cit., p. 25; GALLO, *La legge penale...*, cit., p. 53. En la doctrina francesa, RASSAT, *Droit penal*, cit., pp. 196 y s.; ROUBIER, *Le droit transitoire...*, cit., pp. 482 y s.; GROUBER, *Du conflit des*

otro grupo de autores –que también fue considerado por algunos como mayoritario en la doctrina española con anterioridad al Código Penal de 1995–,²¹² el régimen penal ordinario más favorable, al recobrar su vigor, debe aplicarse retroactivamente a los hechos realizados bajo la vigencia de la ley penal temporal más severa. Así, verbigracia, teniendo a la vista la misma disposición del Código Penal de 1973, CASABÓ RUIZ sostenía que la posición anterior “choca abiertamente con la letra del art. 24 del Código Penal español, que establece una fórmula absoluta e ilimitada, sin excepción alguna. Por consiguiente, de acuerdo con el texto del art. 24, y mientras una ley formal no establezca expresamente lo contrario, el efecto de las leyes beneficiosas alcanza también a los hechos llevados a cabo bajo la vigencia de leyes temporales o de excepción. Ni qué decir tiene que la fórmula legal no puede quedar desvirtuada en modo alguno por una interpretación doctrinal”.²¹³ Por último, es posible encontrar,

lois d'incrimination et de pénalité dans le temps, cit., p. 201. En la doctrina portuguesa, TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de leis penais*, cit., pp. 160 y ss. En la doctrina de Perú, considerando Códigos Penales anteriores al actualmente vigente en dicho país, que no regulaban los efectos de esta clase de leyes, HURTADO POZO, *Manual de derecho penal*..., cit., pp. 295 y s.; BRAMONT ARIAS, *La ley penal*, cit., pp. 236 y ss. En la doctrina brasileña, HUNGRIA, “Leyes temporarias o excepcionales en materia penal”, en *Revista de Derecho Penal*, N° III, Buenos Aires, 1947, pp. 97 y ss.; LEIRIA, *Teoría e aplicación da lei penal*, cit., pp. 85 y ss. En la doctrina argentina, FIERRO, *La ley penal*..., cit., pp. 309 y ss. En la doctrina chilena mayoritaria, a partir del art. 18 del Código Penal de dicho país, que no regula el tema de las leyes temporales, se inclinan por este mismo parecer GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general*, cit., t. I, pp. 111 y s.; ETCHEBERRY, *Derecho penal. Parte general*, cit., tomo I, p. 150; NOVOA MONREAL, *Curso de derecho penal chileno*, cit., t. I, pp. 204 y s.; CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, cit., t. I, pp. 214 y s.; DEL VILLAR BRITO, *Manual de derecho penal*..., cit., p. 44; MEDINA JARA, *Manual de derecho penal* (Santiago, 2004), p. 167; MATUS ACUNA, *La ley penal y su interpretación*, cit., pp. 61 y s. Para ello, los autores chilenos citados no sólo toman en cuenta el hecho de que la solución contraria conduciría a la ineficacia de las leyes temporales, sino también un argumento literal: el citado art. 18 exige, para aplicar retroactivamente una ley penal más favorable, que después de la realización del hecho “se promulgue” una nueva ley, lo cual no ocurre en el caso en análisis, porque al finalizar su vigencia la ley temporal no se promulga ninguna ley, sino que recobra su vigor el régimen común. *Vid.* su texto más abajo, en anexo de disposiciones chilenas citadas.

²¹² Así lo consideraban SILVA SÁNCHEZ, *Legislación penal socioeconómica*..., cit., p. 712; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 138; LUZÓN PENA, *Curso*..., cit., pp. 189 y s.; BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*..., cit., p. 126.

²¹³ CASABÓ RUIZ, *Comentario al art. 24*, cit., p. 55. En idéntico sentido, entre otros, ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., p. 130; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*..., cit.,

en una posición intermedia, a quienes proponen distintas soluciones al problema, dependiendo de si se ha alcanzado a dictar condena o no bajo la vigencia de la ley temporal, antes del restablecimiento del régimen ordinario. Por ejemplo, FERRER SAMA, teniendo a la vista también el art. 24 del citado Código, señalaba que en el caso del sujeto que ha delinquido durante el plazo de vigencia de la ley temporal más severa y no ha sido castigado al recobrar su vigor la legislación común más favorable, debe aplicarse ésta en forma retroactiva; en cambio, en el caso de la persona que habiendo delinquido durante el plazo de vigencia de la ley temporal más perjudicial, ya ha sido condenada al momento del restablecimiento del régimen ordinario más benigno, no cabe la aplicación retroactiva de este último.²¹⁴

3. En nuestra opinión, para intentar solucionar el problema planteado debe tenerse presente el fundamento de la retroactividad penal favorable, el cual –como ya lo dijimos más arriba–, se encuentra en el denominado principio de prohibición de exceso. Si éste resultara afectado en caso de negarse aplicación retroactiva al régimen legal ordinario para juzgar los hechos cometidos bajo el vigor de la ley temporal más severa, debería proclamarse la retroactividad del mismo. Si, por el contrario, no se viera conculcado, no sería procedente sostener tal retroactividad. Un somero análisis a partir de

pp. 155 y s. En la doctrina italiana, VASSALLI, *Abolition criminis e principi costituzionali*, cit., p. 412. En la doctrina belga, RUBBRECHT / DECLERCQ, *La non-retroactivité des lois pénales en droit belge*, cit., pp. 219 y s. En la doctrina colombiana, GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado*..., cit., t. I, pp. 832 y ss.; SANDOVAL LÓPEZ, *Principio de favorabilidad*..., cit., p. 60. En la doctrina brasileña, incluso contra disposición legal expresa en el Código Penal, LOPES, *Principio da legalidade penal*..., cit., pp. 95 y ss. En la doctrina argentina, AFTALIÓN, “Retroactividad de la ley más benigna, en materia de agio y de control de cambios”, en *Jurisprudencia Argentina*, N° V, Buenos Aires, septiembre-octubre 1959, pp. 20 y ss.; BIDART CAMPOS, *La irretroactividad de la ley penal*..., cit., pp. 338 y s.; SIERRA, *La regla de la retroactividad de la ley penal más benigna*..., cit., p. 894; ZAFFARONI, *Manual*..., cit., p. 180; ZAFFARONI / ALACIA / SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 122; COSTA / BUTLER, *Ámbitos de validez de la ley penal*, cit., pp. 206 y s. En la doctrina chilena este parecer es minoritario. Cfr. POLITOFF LIFSCHITZ, *Derecho penal*, cit., t. I, pp. 188 y ss.; POLITOFF LIFSCHITZ / MATUS ACUNA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, cit., pp. 135 y s.; FONTECILLA R., *La aplicación de la ley penal*..., cit., pp. 235 y s.

²¹⁴ FERRER SAMA, *Comentarios*..., cit., t. II, p. 169, aunque admitiendo que su propuesta no resultaba tan evidente desde el punto de vista del derecho positivo español. Sigue también este planteamiento QUERALT JIMÉNEZ, *El principio de legalidad penal*, cit., pp. 365 y ss.

dicho fundamento es el que trataremos de realizar a continuación, distinguiendo tres casos: primero, el de la ley más severa que el régimen ordinario, que se fija a sí misma un plazo de vigencia, por medio de una fecha; segundo, el de la ley excepcional más severa, o sea, el de aquella ley más perjudicial que limita expresamente su vigencia a un determinado suceso y, tercero, el de la ley más desfavorable que el régimen ordinario, cuya provisionalidad se puede determinar examinando su contenido y fin mediante una labor de interpretación. Este análisis nos servirá también para decantarnos por un concepto amplio de ley temporal o por uno restringido.

V.12.2.1. *Ley más severa que se fija a sí misma una fecha máxima de vigencia*

1. Imaginemos un caso de ley penal temporal que eleva las penas de un delito contemplado en el régimen ordinario. Supongamos que —como es relativamente frecuente en Chile— tiene lugar un terremoto. El movimiento telúrico alcanza gran intensidad y destruye muchas viviendas, cuyos propietarios huyen hacia zonas más seguras, sin llevar consigo sus enseres. Buscando evitar que sujetos inescrupulosos sustraigan bienes ajenos que se encuentren entre los escombros de las viviendas derrumbadas —lo que se conoce como pillaje o saqueo—, se dicta una ley que aumenta las penas de los delitos de hurto y de robo, fijándose para la misma una vigencia de seis meses, pasados los cuales dejará de regir. Juan sustrae algunos bienes ajenos desde los escombros de una vivienda destruida dentro del plazo de vigencia de la ley y —primera variante— es juzgado antes de que recobre su vigor el régimen común más favorable, o bien —segunda variante—, es juzgado cuando ya ha recobrado su vigor el régimen ordinario, o bien —tercera variante—, es condenado durante el vigor de la ley temporal, pero mientras cumple la condena recupera su vigencia el régimen común. A nuestro juicio, si a Juan se le impusiera —en las variantes primera y segunda— o se le mantuviera —en la tercera— la pena más severa que preveía la ley temporal, es decir, si no se le aplicara retroactivamente el régimen ordinario más benigno, no se produciría una vulneración del principio de prohibición de exceso. La pena impuesta o mantenida cumpliría las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, en cuanto a la primera exigencia, la pena que se le impusiera

o mantuviera sería adecuada para el fin de prevención de delitos. En la primera variante, si antes del vencimiento del plazo de la ley temporal Juan vuelve a realizar la misma conducta, se le volvería a imponer la pena prevista en la ley temporal. Lo mismo sucedería si fuera otro sujeto el que antes del vencimiento del plazo realizara dicho comportamiento. Y en todas las variantes, el régimen ordinario, al recobrar su vigencia, sigue estimando idónea dicha pena aunque con distinta intensidad. En lo que respecta a la segunda exigencia, la imposición o el mantenimiento de tal pena serían necesarios. Es cierto que si Juan, una vez que el régimen común recobre su vigor, volviera a la zona devastada y sustrajera bienes ajenos desde los escombros de una vivienda destruida, sólo se le aplicaría la sanción más leve contemplada en dicho régimen. Lo mismo ocurriría si fuese otra persona quien realizara dicho comportamiento. Sin embargo, no debe colegirse de ello que en la diferencia de pena aplicable la ley temporal más severa resulte excesiva. En primer lugar, porque para la sociedad la propiedad sigue siendo un bien jurídico lo suficientemente importante como para recibir protección penal y el hurto y el robo siguen siendo modalidades de ataque lo suficientemente graves como para recibir una sanción penal, máxime cuando las agresiones a dicho bien jurídico tienen lugar en zonas de catástrofe, en períodos de alarma pública. Y en segundo lugar, porque para la sociedad la imposición o el mantenimiento de la pena más severa prevista en la ley temporal siguen considerándose satisfactorios y útiles. Esta utilidad social se advierte en dos aspectos: por un lado, la imposición o el mantenimiento de dicha pena servirán para asegurar la eficacia preventiva de la propia ley temporal más severa, que establece tal sanción (en una perspectiva *ex ante*, si se contara con que el régimen ordinario más favorable será aplicado retroactivamente al recobrar su vigor, la eficacia preventiva de la ley temporal más severa decaería, al saber de antemano quienes cometen el delito que ella prevé que sólo sufrirían la pena más leve contemplada en el régimen común) y, por otro, servirá para asegurar la eficacia preventiva de eventuales leyes temporales más severas, de las que la sociedad se quiera valer a futuro (en una perspectiva *ex post*, si al recobrar su vigencia el régimen ordinario más favorable éste es aplicado retroactivamente, futuras leyes temporales más severas, de las que la sociedad quiera valerse, verán mermada su fuerza preventiva al saber los ciudadanos que, en la práctica, siempre el régimen común más benigno terminará aplicándose a los hechos realizados durante éstas). En otras pala-

bras, no ha variado la valoración social acerca del merecimiento y de la necesidad de pena del comportamiento de Juan. Por último, en lo que respecta a la tercera exigencia, la pena que se le imponga o se mantenga será estrictamente proporcionada, toda vez que el hecho que Juan realizó continúa considerándose de una gravedad y de una nocividad social tales, que se justifica la imposición o el mantenimiento de la pena prevista en la ley temporal más severa. En consecuencia, en este caso la retroactividad del régimen penal ordinario más favorable no resulta justificada.

2. Imaginemos ahora un caso de ley penal que se fija a sí misma una fecha máxima de vigencia, que tipifica como delito un hecho que el régimen ordinario no contempla como tal. Supongamos que tiene lugar una guerra entre dos países vecinos. El país A cuenta con una poderosa fuerza de aviación. El país B, para evitar que los aviones del país A bombardeen sus ciudades de noche, dicta una ley que tipifica como delito la conducta de encender luces en las viviendas entre las 20 horas de cada día y las 8 horas del día siguiente. Esta ley se fija a sí misma una vigencia de un año, pasado el cual deja de regir. Una noche, dentro del período de vigencia de la ley, Pedro enciende luces en su vivienda y eso permite a aviones del país A bombardear una zona residencial y causar muchas muertes. Pedro sobrevive y –primera variante– es juzgado bajo la vigencia de la ley temporal, o bien –segunda variante–, es juzgado cuando ha vencido el plazo de vigencia de la ley y recobrado su vigor el régimen ordinario, o bien –tercera variante–, es condenado bajo la vigencia de la ley temporal y estando cumpliendo condena, recobra su vigor el régimen común. En este caso, si a Pedro se le impusiera –en las dos primeras variantes– o se le mantuviera –en la tercera variante– la pena prevista en la ley temporal, o sea, si no se le aplicara retroactivamente el régimen ordinario más favorable, no se produciría ninguna infracción al principio de prohibición de exceso. La pena que se le impusiera o mantuviera cumpliría las exigencias que de dicho principio se derivan. En cuanto a la primera exigencia (idoneidad), la pena serviría para la prevención de delitos. En la primera variante, si antes del vencimiento del plazo de la ley, Pedro volviera a realizar el mismo hecho, se le volvería a imponer la sanción prevista en ésta. Lo mismo ocurriría si fuera otra persona la que, antes del vencimiento del plazo, realizara la misma conducta. Es cierto que –esto vale para todas las variantes– si Pedro u otra persona realizara el mismo comportamiento una vez terminada la vigencia

de la ley, no se le castigaría. Pero, en estricto rigor, en este caso no podría decirse que se trate, con exactitud, de *la misma* conducta. Encender luces de noche en una vivienda durante una guerra y con evidente peligro de bombardeo no es lo mismo que hacerlo cuando no existe guerra alguna.²¹⁵ Luego, como si se volviera a realizar *la misma* conducta, ésta se castigaría, puede afirmarse, en nuestro ejemplo, que la pena que se impusiera o mantuviera a Pedro sería apta para el fin de prevenir delitos. En cuanto a la segunda exigencia (necesidad), la pena que se impusiera o mantuviera a Pedro sería necesaria. La sociedad sigue considerando la vida humana como un bien jurídico lo suficientemente importante como para ser objeto de tutela penal y sigue estimando la conducta de encender luces en la noche, en época de guerra, poniendo en peligro la vida de muchas personas, lo suficientemente grave como para recibir una pena. La pena que se impusiera o mantuviera a Pedro sería socialmente útil para asegurar la eficacia preventiva de la ley temporal que prevé dicha sanción y de las eventuales leyes temporales más severas, de las que la sociedad quiera valerse a futuro, como lo explicamos en el ejemplo anterior. En otros términos, no ha cambiado la valoración social acerca del merecimiento de pena y de la necesidad de pena del comportamiento de Pedro. Finalmente, en cuanto a la tercera exigencia (proporcionalidad en sentido estricto), la pena que se impusiera o mantuviera a Pedro sería estrictamente proporcionada, dado que la conducta que él realizó, en las circunstancias en que tuvo lugar, sigue estimándose portadora de una gravedad y de una nocividad social tales que justifican la intervención penal. Por lo tanto, en conclusión, en este caso tampoco hay motivo para aplicar retroactivamente el régimen ordinario más favorable cuando recobre su vigor.

3. Lo dicho permite concluir que, dentro del concepto de leyes temporales, atendido que el art. 2.2 del Código Penal español impide la aplicación retroactiva del régimen ordinario más favorable a los hechos realizados durante el vigor de éstas, deben incluirse las leyes penales más severas que el régimen común, que se fijan a sí mismas una fecha máxima de vigencia.

²¹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 216, señalando lo mismo para un ejemplo similar; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, cit., pp. 190 y s.

V.12.2.2. *Ley más severa que limita expresamente su vigencia a un determinado suceso (ley excepcional)*

1. Imaginemos el siguiente caso de ley que limita su vigencia a un hecho, que eleva las penas de un delito contemplado en el régimen penal ordinario. Supongamos que tiene lugar una grave alteración del orden público y se acuerda la declaración del estado de sitio o de excepción. Se promulga entonces una ley que aumenta las penas para los delitos de tenencia de armas prohibidas y de tenencia de armas de fuego reglamentadas sin licencia o permiso necesario, limitando expresamente su vigencia a la duración del estado de sitio o de excepción. Juan es sorprendido portando armas prohibidas y –primera variante– es juzgado durante la vigencia de la ley excepcional, o bien –segunda variante–, es juzgado cuando ha recobrado su vigor el régimen ordinario, o bien –tercera variante–, es condenado bajo la vigencia de la ley excepcional y, mientras cumple condena, recobra su vigor el régimen común. En nuestra opinión, en este caso si a Juan se impusiera –en las dos primeras variantes– o se mantuviera –en la variante tercera– la pena más severa prevista en la ley excepcional, no se vulneraría el principio de prohibición de exceso. En efecto, dicha pena sería idónea. Si –en la primera variante– Juan, antes de la finalización del estado de sitio o de excepción, volviera a ser sorprendido portando armas prohibidas, se le volvería a imponer la pena prevista en la ley excepcional. Igual cosa pasaría si otra persona realizara tal conducta. Y el régimen común, al recobrar su vigor, sigue considerando dicha pena como adecuada, aunque con distinta intensidad. Además, tal pena sería necesaria. Es verdad que si, una vez que cese el vigor de la ley excepcional, Juan volviera a realizar el mismo hecho, sólo se le impondría la pena más suave prevista en el régimen ordinario. Lo mismo sucedería si fuese otra persona quien lo hiciera. Pero esta diferencia de pena no transforma en excesiva la aplicación de la ley excepcional. Para la sociedad, el orden público sigue siendo un importante interés que requiere protección penal y el portar armas prohibidas en períodos de alteración de aquél sigue considerándose lo suficientemente grave como para recibir una sanción penal mayor que la prevista para períodos de normalidad. La imposición o el mantenimiento de esta pena más severa son socialmente útiles, al asegurar la eficacia preventiva de la propia ley excepcional más severa y de eventuales leyes excepcionales más rigurosas, de las que

la sociedad quiera valerse en el futuro, como lo explicamos más arriba a propósito de las leyes más severas que se fijan a sí mismas una fecha máxima de vigencia. Luego no ha cambiado la valoración social sobre el merecimiento y la necesidad de pena de la conducta realizada por Juan. Finalmente, la pena sería estrictamente proporcionada, ya que el hecho que realizó sigue siendo considerado de una gravedad y de una dañosidad social tales que justifican su imposición o mantenimiento. Por lo tanto, en este caso, al igual que en los anteriores, no se advierte motivo para la aplicación retroactiva del régimen ordinario más favorable.

2. Imaginemos ahora un caso de ley que limita expresamente su vigencia a la ocurrencia de un determinado hecho, que tipifica como delito un comportamiento no previsto como tal en el régimen penal ordinario. Supongamos que se desata una mortal epidemia y que la vía de contagio es cualquier contacto físico con el portador del virus. Se promulga entonces una ley que reprime penalmente la conducta consistente en estrechar la mano de alguien y que limita su vigencia a la duración de la epidemia. Pedro es sorprendido estrechando la mano de alguien a quien saludaba y –primera variante– es juzgado bajo la vigencia de la ley excepcional, o bien –segunda variante–, es juzgado cuando la ley excepcional ya ha dejado de regir, o bien –tercera variante–, es condenado bajo la vigencia de la ley excepcional y, mientras cumple su condena, recobra su vigor el régimen ordinario más favorable. En este caso, a nuestro juicio si a Pedro se impusiera –en las dos primeras variantes– o se le mantuviera –en la tercera variante– la pena prevista en la ley excepcional, o sea, si no se aplicara retroactivamente el régimen ordinario más favorable cuando entre en vigor, no resultaría afectado el principio de prohibición de exceso. Dicha pena sería idónea para la prevención de delitos. Si Pedro –en la primera variante–, antes de que termine la epidemia, volviera a estrechar la mano de alguien, se le volvería a castigar. Igual cosa sucedería si otra persona lo hiciera durante la epidemia. Y si bien es cierto que si Pedro u otra persona –en cualquiera de las tres variantes–, una vez concluida la epidemia, o sea, después del cese de la vigencia de la ley excepcional, estrechara la mano de alguien, no se le sancionaría, también lo es que, en estricto rigor, no se trataría de *la misma* conducta. No es lo mismo estrechar la mano de una persona cuando existe una epidemia mortal debida a un virus que se contagia por cualquier contacto físico, que hacerlo cuando no existen estas circunstancias. Puede afirmarse entonces que si se

realizara *la misma* conducta ésta se sancionaría, por lo que la pena de Pedro sería adecuada al fin de prevención de delitos. Además, dicha pena sería necesaria. Para la sociedad, la vida humana sigue siendo un bien jurídico lo suficientemente importante como para recibir protección penal, y la conducta de estrechar la mano de alguien cuando hay una epidemia descontrolada, debida a un virus altamente mortal que se contagia con cualquier contacto físico, poniendo en peligro la vida de esa persona, sigue siendo considerada lo suficientemente grave como para recibir una pena. La sanción que se impusiera o mantuviera a Pedro sería socialmente útil para no debilitar la eficacia preventiva de la ley excepcional que prevé dicha pena y la fuerza preventiva de eventuales leyes excepcionales más severas que la sociedad quisiera a futuro promulgar, como ya lo explicamos más arriba. En otras palabras, la valoración social acerca del merecimiento y de la necesidad de pena de la conducta de Pedro no ha cambiado. Por último, la pena que se le impusiera o mantuviera sería estrictamente proporcionada, porque el comportamiento que realizó, con las circunstancias que lo rodearon, sigue considerándose de una nocividad social y de una gravedad tales que justifican dicha intervención penal. En consecuencia, en este caso, al igual que en los anteriores, no procede la aplicación retroactiva del régimen común más benigno.

3. Lo recién señalado permite afirmar que, dentro del concepto de leyes temporales, deben incluirse también las leyes penales más severas que limitan expresamente su vigencia a un determinado hecho (leyes excepcionales), dado que el Código Penal ordena no aplicar retroactivamente el régimen común más benigno a los hechos realizados durante la vigencia de aquéllas.²¹⁶

²¹⁶ Incluye dentro del concepto de leyes temporales las leyes excepcionales, entre otros, CARBONELL MATEU, *Derecho penal...*, cit., p. 149. En contra, BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, cit., vol. I, pp. 108 y s., afirmando que en las leyes excepcionales, desaparecida la situación de excepcionalidad, la pena deja de ser necesaria, por lo que el régimen ordinario más favorable debe aplicarse retroactivamente, y que lo confirmaría el hecho de que el Código Penal no alude expresamente a esta clase de leyes; POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal. Parte general*, cit., t. I, p. 367. En el mismo sentido, considerando el Código Penal de 1973, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal. Parte general*, cit., p. 179.

V.12.2.3. *Ley más severa cuya provisionalidad se puede determinar examinando su contenido y fin, mediante una labor de interpretación*

1. Imaginemos un caso de esta clase de leyes, que eleve las penas de un delito contemplado en el régimen penal ordinario. Supongamos que tiene lugar en el país una crisis económica con fuga de capitales. Los bancos, prácticamente no prestan dinero. Para desincentivar el mercado negro del crédito de dinero y la estipulación de intereses superiores al máximo legal permitido, se promulga una ley que aumenta las penas del delito de usura. Dicha ley no se ha fijado a sí misma una fecha máxima de vigencia, ni tampoco ha limitado expresamente su vigor al acaecimiento de un determinado suceso, pero se ha dictado para enfrentar una crisis que para el legislador es temporal. Después de su entrada en vigor, Juan presta dinero a alguien, con intereses superiores a los permitidos y –primera variante– es juzgado bajo la vigencia de la misma ley; o bien –segunda variante–, es juzgado después de que dicha ley es derogada, porque la crisis ha desaparecido, volviendo el delito de usura a tener la pena que inicialmente tenía; o bien –tercera variante–, es condenado bajo la vigencia de la ley y, mientras cumple condena, termina la crisis y la ley es derogada, volviendo el delito de usura a su pena original. Examinemos qué ocurriría si a Juan no se le aplicara retroactivamente la pena más leve del delito de usura. Por lo que respecta a la exigencia de idoneidad, la pena más grave que se le impusiera o mantuviera sería adecuada para prevenir la usura. Si Juan, vigente aún la ley, volviera a realizar la misma conducta, se le volvería a imponer la pena prevista por aquélla. Lo mismo sucedería si cualquier otra persona lo hiciera. Y después de la derogación de la ley, dicha pena seguiría siendo considerada idónea, aunque con una intensidad menor al recuperar la usura su penalidad original. Sin embargo, en lo que respecta a la exigencia de necesidad, las cosas no son tan claras, especialmente desde el punto de vista de la utilidad social de la intervención penal. Ello es así, porque no nos parece que en este caso la imposición o el mantenimiento de la pena más severa prevista en la ley sean imprescindibles para asegurar su eficacia preventiva, del modo en que lo son para asegurar la fuerza preventiva de las leyes que ya hemos aceptado calificar como “temporales”. Dijimos más arriba, a propósito de la necesidad de pena de los hechos realizados bajo la vigencia de las leyes “temporales”, que desde una perspectiva *ex ante*, si se contara con que el régimen

común más favorable será siempre aplicado en forma retroactiva al recuperar su vigor, decaería la eficacia preventiva de las leyes más severas, que se fijan a sí mismas una fecha máxima de vigencia o limitan expresamente su vigor a un determinado suceso, al saber de antemano, quienes cometen el delito que ellas prevén, que sólo sufrirán la pena más leve establecida en el régimen común. En otras palabras, estas leyes cuentan con una especial necesidad de pena. Pero nada de esto ocurre en la situación en análisis. En este caso las personas, incluido Juan, no podían saber, dado que la ley no lo decía expresamente, que ésta iba a tener una vigencia transitoria, que sólo iba a ser temporal. Es cierto que la provisionalidad de la ley podía determinarse, examinando su contenido y fin mediante una labor de interpretación. Sin embargo, no era posible descartar que la transitoriedad se convirtiera en permanencia. No pocas leyes penales que se han dictado para hacer frente a situaciones que se han supuesto transitorias –sin señalar un plazo máximo de vigencia ni limitar su vigor a la ocurrencia de un suceso determinado–, han pasado a tener una duración permanente en el tiempo.²¹⁷ Además, en nuestro ejemplo algunas personas podrían haber concluido que la ley sería temporal y otras, que sería duradera. Por otra parte, para quien concluyera que sería temporal, no era posible calcular cuándo cesaría su vigor, porque el término de la vigencia dependía de una decisión del legislador, que éste podía o no adoptar, cual era derogar la ley.²¹⁸ Luego, la situación de Juan y del resto de las personas era exactamente igual a la de cualquier sujeto que comete un delito en un momento en que el ordenamiento jurídico reconoce la aplicabilidad retroactiva de eventuales leyes penales posteriores más favorables. En consecuencia, en el caso en estudio, si a Juan se

²¹⁷ La posibilidad de que esto ocurra ha sido reconocida por el Tribunal Supremo alemán, al señalar que “un precepto promulgado originariamente como ley temporal puede perder incluso posteriormente ese carácter si las circunstancias temporales inicialmente previstas como transitorias, y para las que el precepto estaba concebido, se mantienen durante mucho tiempo”. BGH 6, pp. 36 y ss.; pp. 14 y ss., citado por BLANCO LOZANO, *La aplicación temporal de las normas penales*, cit., pp. 293 y s.; EL MISMO, *Tratado...*, cit., p. 184.

²¹⁸ Recuérdese que la derogación, necesaria para que termine la vigencia de la ley en examen, no se requiere para el cese del vigor de las leyes que se fijan a sí mismas una fecha máxima de vigencia o las que limitan expresamente su vigor a la ocurrencia o subsistencia de un determinado suceso, bastando, respectivamente, el vencimiento del plazo o la desaparición de las circunstancias que motivaron su promulgación. *Vid. supra*, capítulo I, punto 1.2.7.3, párrafo 1 y punto 1.2.7.4, párrafo 1.

impusiera o mantuviera la pena por usura prevista en la ley anterior, tendría lugar una intervención penal que carecería de la necesidad de pena propia de una ley “temporal”. Podría existir necesidad de pena por otras razones –caso en el cual, si concurren también las restantes exigencias del principio de prohibición de exceso, no habría motivo para aplicar retroactivamente el régimen ordinario más favorable, como ocurre con cualquier ley penal–, cuestión que en nuestro ejemplo y en otros habría que evaluar caso a caso, pero no por las que se fundan en la estructura de dicha clase de leyes.

2. Analicemos ahora otro caso de leyes de esta clase, pero que tipifique como delito un hecho que el régimen ordinario no contemple como tal. Imaginemos que tiene lugar una sequía en el país, la peor en mucho tiempo, debido a la escasez de lluvias. La falta de agua amenaza la subsistencia y el normal funcionamiento de la sociedad. Para desincentivar el despilfarro de agua, se promulga una ley que sanciona como delito la conducta de consumir dicho líquido en una cantidad superior a diez litros diarios. Esta ley no señala un plazo máximo de vigencia, ni tampoco limita expresamente su vigor a un determinado suceso, pero se ha promulgado para paliar una crisis que se sabe temporal, porque las predicciones de los estudiosos vaticinan fuertes lluvias en el próximo invierno. Pedro consume en un día once litros de agua y –primera variante– es juzgado durante la vigencia de la ley, o bien –segunda variante– termina la sequía y es juzgado después de que la ley ha sido derogada, o bien –tercera variante– es condenado durante la vigencia de la ley y mientras cumple la condena la sequía finaliza y la ley es derogada. Si no se aplicara retroactivamente a Pedro el régimen ordinario, que no tipifica como delito el comportamiento por él realizado, o sea, si se le impone o mantiene la pena que establecía la ley ya derogada, ocurriría algo parecido a lo explicado en el ejemplo anterior. Podría afirmarse que tal pena cumpliría la exigencia de idoneidad, porque si bien es cierto que si Pedro u otra persona, una vez derogada la ley, consumiera en un día once litros de agua no se le castigaría, también lo es que, en rigor, no se trataría de *la misma* conducta. No es lo mismo hacer esto en una época de sequía que amenaza la subsistencia y el funcionamiento de la sociedad, que hacerlo en un tiempo de normalidad. Luego, podría decirse que si tuviera lugar *la misma* conducta, ésta se castigaría, por lo que la pena de Pedro sería adecuada para prevenir delitos. Pero el cumplimiento de la exigencia de necesidad de dicha pena no se explicaría por la necesidad de pena propia de las leyes

“temporales”. Como en nuestro ejemplo la ley no había señalado plazo de vigencia, ni tampoco había limitado en forma expresa su vigor a algún hecho, nadie podía saber que iba a tener una duración transitoria. Es verdad que su provisionalidad se podía colegir, pero también lo es que era imposible descartar que a la larga fuera una ley de duración permanente, como ha ocurrido con algunas leyes penales que se han dictado para enfrentar situaciones que se han creído transitorias. Por otro lado, para quienes concluyeran que sería una ley temporal, no resultaba posible prever cuándo finalizaría su vigencia, porque ello dependía de que el legislador derogara la ley, decisión que podía o no adoptar. Luego, la situación de Pedro era igual a la de cualquier persona que delinque en una época en la que el ordenamiento jurídico reconoce el efecto retroactivo de las leyes penales más benignas. Por lo tanto, si se le impusiera o mantuviera la pena contemplada en la ley anterior, se verificaría una intervención penal que no tendría la necesidad de pena característica de una ley “temporal”. Podría haber necesidad de pena por otros motivos —y así fuera no sería procedente aplicar retroactivamente el régimen común más favorable, siempre que concurrieran las restantes exigencias del principio de prohibición de exceso, como ocurriría con cualquier otra ley penal que se crea más benigna—, lo que en este ejemplo y en otros habrá que examinar caso a caso, pero no por los que se explican por la peculiar estructura de las leyes “temporales”.

V.12.2.4. Conclusión

1. Atendido que el art. 2.2 del Código Penal español excluye de la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables a los hechos realizados bajo la vigencia de una “ley temporal”, creemos que dentro de tal concepto sólo hay que entender comprendidas las leyes que se fijan a sí mismas una fecha máxima de vigor y las que limitan expresamente su vigencia a la subsistencia o a la ocurrencia de un suceso (leyes excepcionales). En otras palabras, nos decantamos por un concepto restringido de ley temporal, entendido en los términos en que lo planteamos.²¹⁹

²¹⁹ Optan también por un concepto restringido de ley temporal, entre otros, FRIGOLS I BRINES, *Fundamentos...*, cit., pp. 551 y ss., especialmente p. 555, limitando dicha categoría de leyes sólo a los casos en que se protejan bienes jurídicos de primera

2. Que en nuestros ejemplos de leyes penales más severas que se fijan a sí mismas una fecha máxima de vigencia o que limitan su vigor a un acontecimiento hayamos concluido que no resulta procedente aplicar retroactivamente el régimen común más favorable, no significa que dicha conclusión sea válida para cualquier hecho realizado bajo la vigencia de esa clase de leyes. Aunque nos parecería excepcional, no es descartable que al finalizar el vigor de la ley temporal más severa y recobrar el suyo el régimen ordinario más favorable, tenga lugar un cambio en la valoración social acerca del merecimiento o de la necesidad de pena de los hechos realizados bajo la vigencia de aquella o acerca de las restantes exigencias del principio de prohibición de exceso.²²⁰ Reconoce que puede haber un cambio valorativo MIR PUIG, al sostener que “el transcurso del plazo de vigencia de las leyes temporales, previamente fijado, no supone necesariamente un cambio de criterio que haga aparecer como inadecuadas ya las penas señaladas por dichas leyes para quienes las infringieron durante su vigencia”.²²¹ Por eso nos parece afortunada la redacción del art. 2.2 del Código Penal, que después de excluir de la retroactividad *in bonam partem* los hechos realizados bajo la vigencia de una ley temporal, deja a salvo la posibilidad de disponer expresamente que a tales hechos se aplique en forma retroactiva el régimen común más benigno.²²²

importancia; CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español...*, cit., t. I, p. 237, nota 85. En la doctrina alemana, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 118, advirtiendo una incompatibilidad entre el concepto amplio de ley temporal y el principio de legalidad; TIEDEMANN, *La ley penal en blanco...*, cit., p. 85, destacando, por un lado, que las reglas que disciplinan la vigencia de las leyes penales se encuentran sujetas a redobladas exigencias de certeza y, por otro, que la cuestión de la vigencia de la ley penal no puede hacerse depender de la averiguación de su contenido o finalidad. En la doctrina portuguesa, TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de leis penais*, cit., p. 163. En la doctrina peruana, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., pp. 195 y ss., especialmente p. 200, enfatizando la necesidad de que haya una decisión formal del legislador que señale un plazo de vigencia a la ley. Acepta un concepto amplio LASCURAIN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, cit., pp. 95 y ss., 117, 131; EL MISMO, *Delito fiscal y retroactividad*, cit., pp. 461 y s.

²²⁰ Es lo que sucedería, por ejemplo, si la ley ordinaria sustituyera a la temporal antes del término inicialmente previsto para la vigencia de ésta, por considerar excesivo el tratamiento establecido en aquella. Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso...*, cit., p. 190.

²²¹ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit. (7ª edición), p. 123 (las cursivas en el original).

²²² Esta última posibilidad también ha sido contemplada en la regulación de las leyes temporales contenida en el parágrafo 2 del Código Penal alemán y en el

3. Algunos autores se han manifestado en contra de esta previsión legal.²²³ Es el caso, por ejemplo, de COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, quienes afirman que "sentar como regla general el criterio de que, en cualquier caso, los hechos realizados bajo leyes temporales o excepcionales habrán de ser juzgados conforme a éstas, significa congelar la valoración jurídica efectuada en el transcurso de una situación extraordinaria, sin tener en cuenta que ya el simple discurrir del tiempo modifica la valoración de las conductas (v. gr., encender las luces sin tomar precauciones en tiempo de guerra no parece, una vez terminada la guerra, tan grave como durante la misma). Con el paso de los años puede modificarse sustancialmente la propia idea de derecho que presidió la elaboración de la ley temporal y, en general, acabadas las circunstancias extraordinarias que motivaron la aparición de ésta, el interés del Estado en la protección disminuye. Por ello se estima preferible haber mantenido en el Código la fórmula del derogado art. 24, con la que siempre quedaba abierta la posibilidad de que el legislador futuro dispusiera otra cosa en casos particulares. Esa posibilidad cabe, no obstante, con la fórmula adoptada en el art. 2.2, pero parece más razonable que la regla sea la benignidad, y que la aplicación del régimen más gravoso necesite un precepto específico y particular, que es lo contrario de lo que este precepto establece".²²⁴ Por nuestra parte, creemos que el camino seguido por

art. 8 del Código Penal peruano. Véase el texto de estas disposiciones en la nota 191 de este capítulo. En cambio, no ha sido prevista en la regulación de las leyes temporales contenida en el art. 2 del Código Penal italiano y en el art. 2 del Código Penal portugués. Véase su texto en las notas 80 y 81 del capítulo I.

En los países que no cuentan con una regulación de los efectos de las leyes penales temporales más severas, como Chile, debe efectuarse un análisis caso por caso, a partir de las exigencias del principio de prohibición de exceso. En general, dicho análisis demostrará que al finalizar su vigor la ley temporal no habrá cambiado la valoración social acerca de tales exigencias, por lo que la retroactividad del régimen común más favorable no resultará justificada. Sin embargo, como lo afirmamos en el texto, no se puede descartar que, excepcionalmente, suceda lo contrario, caso en el cual sería procedente la retroactividad.

²²³ Vid. ZAFFARONI (coord.), *Sistemas penales y derechos humanos...*, cit., pp. 11 y ss., criticando los Códigos Penales latinoamericanos que establecen expresamente la irretroactividad de las leyes penales más benignas cuando la ley infringida sea temporal y sugiriendo su modificación en dicho aspecto.

²²⁴ COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 205. En igual sentido, LOS MISMOS, *Comentario al art. 2*, cit., p. 83; MORILLAS CUEVA, *Derecho penal. Parte general...*, cit., p. 228; MORILLAS CUEVA / RUIZ ANTÓN, *Manual de derecho*

el legislador es el correcto. No sólo porque —como lo acabamos de decir—, en general, al terminar su vigencia las leyes temporales más severas y recobrar la suya el régimen común más favorable, más que una modificación en las valoraciones del legislador sólo tiene lugar un cambio en las circunstancias, sino también porque la fórmula contraria sería inadecuada, desde una óptica preventivo-general. En efecto, la eficacia preventiva de una ley temporal más severa que el régimen ordinario se vería muy mermada, especialmente en los últimos días de su vigencia, si el ordenamiento jurídico-penal permitiera, como regla general, la aplicación retroactiva del régimen común más favorable. Piénsese, por ejemplo, en las leyes temporales que tipifican como delito un hecho que el régimen ordinario no contempla como tal. Parece que la fuerza preventiva de estas leyes no sería muy grande si se partiera de la base de la retroactividad del régimen común, es decir, de la absolución.

4. Finalmente, si el legislador decidiera hacer uso de la excepcional posibilidad de aplicar retroactivamente el régimen ordinario más favorable a los hechos realizados bajo la vigencia de una ley temporal más severa, creemos que lo normal sería que ello se hiciera en una ley que para tal efecto se dictase al terminar el vigor de la ley temporal, dado que es ese el momento en el que se podría y sería necesario saber si ha cambiado o no la valoración social.²²⁵

penal..., cit., pp. 90 y s., aludiendo al Anteproyecto de Código Penal de 1992, que en esta parte resultó casi idéntico al Código Penal de 1995. Vid. MUÑOZ CONDE, Notas a la traducción de JESCHECK, *Tratado...*, cit., 3ª edición alemana, p. 193, señalando que "sería preferible que la ley no se pronunciase expresamente en opinión doctrinalmente tan controvertida". En cambio, CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español...*, cit., t. I, pp. 237 y s., considera digna de elogio la forma en que el Código Penal regula las leyes temporales.

²²⁵ Vid., sin embargo, SERRANO BUTRAGUEÑO, *Comentario al art. 2*, cit., p. 41; QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, *Comentario al Título Preliminar*, en QUINTERO OLIVARES (dir.), MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit. (4ª edición), p. 58; QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT, *Manual de derecho penal. Parte general*, cit., p. 171, todos señalando que debe ser la propia ley temporal la que declare la aplicación retroactiva de leyes posteriores más benignas.

V.12.2.5. Breve excursus. ¿Leyes temporales en blanco?

Leyes penales en blanco como leyes temporales

1. En directa relación con el problema de optar por un concepto amplio de ley temporal o por uno restringido, se encuentra el de analizar la posibilidad de concebir las leyes penales en blanco como leyes temporales. Algunos autores, optando por un concepto amplio que incluya las leyes que no se fijan a sí mismas una fecha máxima de vigencia ni limitan su vigor a un determinado acontecimiento, pero cuya transitoriedad se desprende de su contenido y fin, por medio de su interpretación, concluyen que las leyes penales en blanco también serían leyes temporales. Ello sería así, porque una de las razones que justifican la existencia de las leyes penales en blanco es la necesidad de poder adecuar rápidamente la legislación penal en materias cuya regulación debe variar cada cierto tiempo, de acuerdo con circunstancias cambiantes, por lo que al ser temporales las normas que complementan las leyes penales en blanco, también lo serían éstas.²²⁶ Es el caso, por ejemplo, de CURY URZÚA, quien asevera que "la modificación de la norma integrativa no constituye una verdadera revaluación ético-social del hecho. Éste, en las circunstancias en que se lo ejecutó, sigue siendo *reprobable y atentatorio para el bien jurídico protegido de manera permanente* por el tipo en blanco. Lo que ha ocurrido es que, al variar la situación fáctica, la conducta del caso ya no requiere ser reprimida porque el objeto de protección no es lesionado por ella y a veces, incluso, hasta puede llegar a ser deseable estimular su ejecución; pero eso no implica una alteración del juicio que recae sobre la que se realizó en el período precedente, durante el cual era necesario prohibirla a fin de salvaguardar el interés jurídico comprometido e *invariablemente valorado como merecedor de protección penal*. Por eso, en este punto las leyes en blanco propias se deben considerar como leyes temporales, de tal manera que la simple modificación de la disposición complementaria más benigna no es aplicable en forma retroactiva".²²⁷ Como se comprenderá, el asunto no resulta en

²²⁶ Cfr. QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT, *Manual de derecho penal. Parte general*, cit., p. 171, dando cuenta del surgimiento de esta corriente doctrinal en Alemania.

²²⁷ CURY URZÚA, *La ley penal en blanco*, cit., p. 125 (las cursivas en el original, la negrita es nuestra). Este autor, sin embargo, en su *Derecho penal. Parte general*, cit., t. I, p. 215, matiza su opinión, señalando que sólo en algunos casos las leyes penales en blanco pueden ser consideradas como leyes temporales. Vid. también LASCURAIN

absoluto baladí, porque si se estima que toda ley penal en blanco es una ley temporal, no podrá aplicarse retroactivamente una modificación favorable que recaiga sobre la normativa de complemento.

2. Este problema se ha discutido con fuerza en Alemania, especialmente en el ámbito de los delitos tributarios. Por medio de una ley de financiación de partidos políticos, de 22 de diciembre de 1983, se aumentó en una cantidad importante el monto de donaciones a partidos políticos susceptibles de incluirse como gastos deducibles a efectos del impuesto de sociedades. Ello representó una modificación favorable en la normativa extrapenal complementaria del tipo penal de defraudación tributaria y dio lugar a discutir la posibilidad de aplicarla retroactivamente.²²⁸ El Tribunal Supremo alemán, en su sentencia de 28 de enero de 1987, rechazó dicha posibilidad por considerar que las normas relativas a cada tributo tienen la condición de normas temporales,²²⁹ decisión que motivó críticas de un sector de la doctrina alemana.²³⁰

3. En nuestra opinión, aun optando por un concepto restringido de ley temporal, es posible concebir, en ciertos casos, las leyes penales en blanco como leyes temporales.²³¹ En otras palabras, no toda ley penal en blanco es una ley temporal en sentido estricto. Así como puede calificarse como ley temporal una ley penal "completa",²³² del mismo modo puede serlo una ley penal en blanco.²³³

SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, cit., pp. 75 y ss., aunque sosteniendo que ello no significa que siempre "quede excluida la retroactividad favorable de la norma penal nueva por variación de la norma destino de la remisión" (p. 78); EL MISMO, *Delito fiscal y retroactividad*, cit., pp. 462 y ss.

²²⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Legislación penal socioeconómica...*, cit., p. 711, nota 47; PIÑA GARRIDO, *La retroactividad de la ley penal más favorable...*, cit., p. 278, nota 49.

²²⁹ Vid. LASCURAIN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, cit., pp. 109 y s., nota 154; EL MISMO, *Delito fiscal y retroactividad*, cit., pp. 455 y s., nota 43; PÉREZ ROYO, *La aplicación retroactiva...*, cit., p. 84.

²³⁰ Cfr. TIEDEMANN, *Lecciones de derecho penal económico...*, cit., pp. 161 y s.

²³¹ En contra, FRIGOLS I BRINES, *El principio de irretroactividad...*, cit., pp. 169 y s., quien sostiene que "sólo si se usa un concepto amplio de ley temporal se podrán dar las condiciones para aceptar como leyes temporales las leyes penales en blanco".

²³² Recuérdese que sólo en forma impropia puede emplearse la expresión "ley penal completa" para distinguirla de una ley penal en blanco. Vid. *supra*, capítulo III, punto III.2.1, párrafos 1 y 2.

²³³ Cfr. GUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español...*, cit., p. 253, sosteniendo que el concepto de ley temporal alcanza a aquellos casos en que la norma extra-

Esta última posibilidad puede deberse a que la conminación penal típica sea temporal, o bien, a que lo sea la normativa que le sirve de complemento. Debemos, entonces, emplear aquí el mismo concepto de ley temporal formulado más arriba y aplicarlo a la normativa complementaria de las leyes penales en blanco. Si esta normativa se fija a sí misma una fecha máxima de vigencia o limita su vigor a la ocurrencia o subsistencia de un determinado suceso, será una normativa temporal y, por ende, será temporal toda la ley penal en blanco. En este caso, por mandato del art. 2.2 del Código Penal, no podrá aplicarse retroactivamente una modificación que recaiga sobre aquella, a menos que se disponga expresamente lo contrario. Sería el caso, por ejemplo, de una disposición de la autoridad administrativa que, atendida la deficiente situación medioambiental, disminuyera por un plazo de un año la cantidad de anhídrido carbónico que es permitido emitir, si una persona, que dentro del plazo superase dicho nivel, pretendiera que se le aplicara retroactivamente la normativa ordinaria al recobrar su vigor, a efectos del delito contra el medio ambiente. En cambio, si la normativa complementaria no se fija un plazo máximo de vigencia ni tampoco limita ésta a algún acontecimiento, aquella no podrá ser considerada temporal, ni tampoco la ley penal en blanco. Así ocurriría, verbigracia, si la normativa tributaria aumentara el límite de la cuantía exenta de tributación, a efectos del delito fiscal.²³⁴ En esta hipótesis, para decidir si procede o no

penal que completa a la ley penal en blanco es una ley temporal; PÍÑA GARRIDO, *La retroactividad de la ley penal más favorable...*, cit., pp. 279 y s., señalando que no todas las normas extrapenales integradoras de tipos penales son temporales y que, por ejemplo, no todas las normas tributarias –aunque sí muchas– lo son; TIEDE-MANN, *La ley penal en blanco...*, cit., p. 88, afirmando que la comprobación de si la normativa complementaria de la ley penal tributaria –y de cualquier otra ley penal en blanco– es de naturaleza temporal, debe efectuarse caso por caso; LASCURÁIN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, cit., p. 117, quien, defendiendo un concepto amplio de ley temporal, no advierte problema “en catalogar las normas que tipifican el delito fiscal como normas temporales en cuanto a las variaciones que sufren por la incidencia que en las mismas tienen las variaciones de las normas tributarias que cuantifican la deuda tributaria”; EL MISMO, *Delito fiscal y retroactividad*, cit., pp. 461, 469.

²³⁴ En contra, CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español...*, cit., pp. 253 y s.; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 119, nota 99 b, considerando ambos este ejemplo como un caso de ley temporal. Vid. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español...*, cit., t. I, p. 237, nota 85, señalando que las disposiciones tributarias que

aplicar retroactivamente una modificación que recaiga sobre la normativa complementaria y que se estime más favorable, debe realizarse un análisis caso por caso, a partir de las exigencias que emanen del principio de prohibición de exceso.²³⁵ Si la inaplicación retroactiva de la modificación no se traduce en una vulneración de dicho principio –como creemos que sucedería en nuestro ejemplo–, no procede la retroactividad.²³⁶ Si, por el contrario, tal

integran el tipo en blanco del delito fiscal no están sometidas a la regulación de las leyes temporales, sino a las reglas generales de irretroactividad en lo desfavorable y de retroactividad en lo favorable. Cfr. también PADOVANI, “La c. d. ‘ultrattività’ delle leggi penali finanziarie ed il principio costituzionale di uguaglianza”, en *Il Foro Italiano*, 1975-I, pp. 31 y s., haciendo referencia a las leyes penales tributarias en general, considerando que no pueden ser asimiladas a las leyes temporales ni a las excepcionales y criticando el art. 20 de la ley italiana de 7 de enero de 1929, N.º 4, que excluía de la retroactividad *in bonam partem* los hechos tipificados en las leyes penales tributarias. También CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale...*, cit., p. 102, sostiene que las leyes fiscales no son temporales ni excepcionales. Un análisis de la señalada ley puede verse en MANZINI, “L’ultrattività delle leggi penali finanziarie”, en *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 1940, t. II, pp. 65 y ss., con una valoración positiva sobre su promulgación. Dicha ley ha sido recientemente derogada por una ley de reforma del derecho penal tributario. Cfr. PULITANO, *Commentario al articolo 2*, cit., p. 25; CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, cit., p. 187.

²³⁵ En contra, DE LUCA, *Leyes penales más benignas...*, cit., pp. 84 y s.; FERRO, *La ley penal...*, cit., pp. 241 y ss., especialmente p. 246, manifestando ambos que si la ley penal en blanco no es temporal, la modificación favorable en la normativa de complemento debe siempre aplicarse retroactivamente. En el mismo sentido, SANDOVAL, *Los tipos penales en blanco...*, cit., p. 85.

²³⁶ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., pp. 583 y s., siguiendo una línea de argumentación que nos parece similar a la nuestra, al considerar, sin pronunciarse acerca de si la normativa tributaria tiene o no carácter de ley temporal, que la mayoría de las modificaciones de dicha normativa no deben ser aplicadas retroactivamente como integración del tipo delictivo, porque no expresan un cambio relevante para la valoración penal de la defraudación fiscal ni convierten en desproporcionada la pena vigente en el momento de comisión del delito. Parecido, RUIZ ZAPATERO, “Simulación negocial y delito fiscal: una sentencia (28-11-2003 [R] 2004, 91) y un voto particular (SAPB 31-7-2000)”, en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, año 2004, t. I, pp. 2549 y s. Cfr. también LASCURÁIN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, cit., p. 107: “la mayoría de los cambios de la normativa tributaria que complementan la norma penal son irrelevantes para la normativa penal: [...] su aplicación retroactiva no viene exigida por el principio de proporcionalidad ni, por supuesto, por el principio de legalidad; [...] su aplicación, en cambio, resulta disfuncional para la eficaz protección del bien jurídico de la norma penal”; EL MISMO, *Delito fiscal y retroactividad*, cit., pp. 453, 459, 468.

inaplicación comporta una infracción del mismo, la retroactividad resulta obligatoria.²³⁷

V.12.3. LEYES TEMPORALES MÁS BENIGNAS

1. Dijimos más arriba que, en general, las leyes penales temporales son más severas que el régimen ordinario. La historia así lo ha demostrado y, consecuentemente, la doctrina suele analizar solamente esta posibilidad. Sin embargo, se pueden imaginar leyes penales temporales que resulten más benignas que el régimen común. Por ejemplo, podría suceder que, a modo de experimento, el legislador decidiera, durante un tiempo determinado, rebajar las penas de algún delito.²³⁸ En tal evento, nos encontraríamos frente a una ley temporal más favorable que la regulación ordinaria. Y se plantearía el problema de determinar si dicha ley temporal podría o no ser aplicada retroactivamente a los hechos realizados antes de su entrada en vigor.

2. La regulación de las leyes temporales contenida en el art. 2.2 del Código Penal español no alude a esta situación. El legislador sólo se pone en el caso de hechos realizados bajo la vigencia de una ley temporal más severa que la ley penal que la sucede, impidiendo, como regla general, la aplicación retroactiva de la ley posterior más benigna.

3. A nuestro juicio, para determinar si una ley temporal puede aplicarse o no en forma retroactiva a hechos anteriores a su entrada en vigencia, tal como lo hemos hecho *supra*, es necesario efectuar

²³⁷ Cfr., en una línea similar a la expuesta en el texto, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 119, señalando que sólo si las normas complementarias se encuentran sujetas a término, la ley penal en blanco se convierte en ley temporal a través de ellas; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 209, aseverando que sólo puede considerarse como temporal la normativa tributaria complementaria de los delitos tributarios —y la normativa que integra cualquier ley penal en blanco— que cuenta con un plazo de vigencia directa o indirectamente establecido por el legislador.

²³⁸ Proponen este ejemplo de ley temporal más favorable COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 204; LOS MISMOS, *Comentario al art. 2*, cit., p. 82; CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español...*, cit., p. 251, nota 209. Aluden también a la posibilidad de que las leyes temporales sean más benignas MORILLAS CUEVA, *Derecho penal. Parte general...*, cit., p. 227; MORILLAS CUEVA / RUIZ ANTÓN, *Manual de derecho penal...*, cit., p. 89.

un análisis a partir de las exigencias que se derivan del principio de prohibición de exceso. Si este principio resultara vulnerado con la inaplicación retroactiva de la ley temporal más favorable, la retroactividad sería obligatoria. En caso contrario, no habría motivo para la aplicación retroactiva. Un examen de esta clase es el que realizamos a continuación.

4. Imaginemos un ejemplo de ley temporal más favorable que el régimen penal ordinario. Supongamos que, con el fin de llevar a cabo investigaciones empíricas acerca de la eficacia intimidatoria de la amenaza legal de penas privativas de libertad de larga duración, se dicta una ley que elimina las penas privativas de libertad perpetuas en todos los delitos que las contemplan, fijando en su lugar una pena privativa de libertad máxima de diez años. Tal ley tiene una vigencia de un año. Juan, con anterioridad a la entrada en vigor de la ley temporal, cometió uno de los delitos que se castigaban con privación de libertad perpetua y —primera variante— es juzgado bajo la vigencia de la ley temporal más favorable, o bien —segunda variante— es condenado bajo la ley ordinaria más severa y, mientras cumple condena perpetua, entra en vigor la ley temporal más benigna. En este caso, si a Juan se impusiera —en la primera variante— o se mantuviera —en la segunda— la pena más severa prevista en la ley ordinaria vigente al momento de los hechos, es decir, si no se aplicara retroactivamente la ley temporal más favorable, no se produciría una vulneración del principio de prohibición de exceso, al imponerse o mantenerse una intervención penal que cumpliría las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, por lo que respecta a la primera exigencia, tal pena sería apta para la prevención especial y la prevención general de delitos. Si antes de entrar en vigor la ley temporal Juan volviera a realizar el mismo hecho, se le volvería a castigar. Lo mismo pasaría si cualquier otra persona lo hiciera. Y si ello tuviese lugar una vez comenzada la vigencia de la ley temporal, también se les sancionaría, aunque con una pena más leve. En cuanto a la segunda exigencia, es cierto que si Juan u otra persona, después de entrar en vigor la ley temporal, realizaran el mismo hecho, se les castigaría con una pena menos severa. Pero no puede por ello colegirse que, en la diferencia de cuantía, la imposición o el mantenimiento de la pena prevista en la ley ordinaria anterior sean excesivos por innecesarios. La valoración social acerca del merecimiento y de la necesidad de pena del comportamiento de Juan no ha variado. Para la sociedad, los bienes jurídicos protegidos

por los delitos respecto de los cuales, provisionalmente, ha operado una atenuación en las penas, siguen siendo lo suficientemente imponentes como para continuar recibiendo tutela penal en la misma forma que hasta ahora. Además, la imposición o el mantenimiento de la pena más severa prevista en la ley ordinaria seguirían siendo considerados satisfactorios y socialmente útiles. Lo que ocurre es, simplemente, que se desea contar con datos empíricos acerca de la influencia de la duración de las penas privativas de libertad establecidas en las leyes penales, en los niveles de delincuencia. Si las futuras investigaciones empíricas permitieran llegar a la conclusión de que para prevenir delitos basta la cuantía de pena prevista en la ley temporal, sólo entonces podría afirmarse que la imposición o el mantenimiento de la sanción contemplada en la ley ordinaria más severa serían excesivos por innecesarios. En tal evento, si continuara aún vigente la ley temporal —porque, de lo contrario, habría habido una ley penal intermedia más favorable, a cuya aplicación nos opondríamos, por las razones explicadas más arriba—, debería aplicarse retroactivamente. Pero mientras tales investigaciones no tengan lugar, la imposición o el mantenimiento a Juan de la pena prevista en la ley ordinaria más severa, que estaba vigente al tiempo del hecho, siguen siendo necesarios. Finalmente, en cuanto a la tercera exigencia, dicha pena sigue considerándose estrictamente proporcionada. Según la valoración social, el comportamiento que Juan llevó a cabo continúa estimándose de una dañosidad social y de una gravedad tales, que la imposición o el mantenimiento de la pena prevista en la ley ordinaria más severa resultan plenamente justificados. Por lo tanto, en este caso no existe motivo para aplicar retroactivamente la ley penal temporal más favorable.

5. De lo anteriormente señalado puede colegirse que, en general, la inaplicación retroactiva de una ley penal temporal más favorable no implica una infracción al principio de prohibición de exceso.²³⁹

²³⁹ Aluden a la incongruencia que supondría aplicar retroactivamente una ley temporal más benigna a hechos anteriores, respecto de los cuales no existían las razones que generaron la promulgación de ésta, MORILLAS CUEVA, *Derecho penal. Parte general...*, cit., p. 227; MORILLAS CUEVA / RUIZ ANTÓN, *Manual de derecho penal...*, cit., p. 89. En la doctrina italiana, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 125; PAGLIARO, *Legge penale nel tempo*, cit., p. 1073; EL MISMO, *Principii di diritto penale...*, cit., p. 133; PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, cit., p. 297; ROMANO, *Commentario...*, cit., p. 61; GALLO, *La legge penale...*, cit., p. 54. En la doctrina francesa, GROUBER, *Du conflit des lois d'incrimination et de pénalité dans*

Cuando un análisis que tome en cuenta las exigencias de dicho principio así lo demuestre, tal retroactividad resultará impropcedente y no podrá acudirse al art. 2.2 del Código Penal, que ordena aplicar retroactivamente las leyes penales favorables, para justificar la retroactividad de la ley temporal más benigna. Si se considera que esta situación cabe dentro de su literalidad, por no estar explícitamente excluida, procederá restringir teleológicamente dicha disposición para concluir que no se la debe estimar incluida. Como lo hemos dicho más arriba para excluir otros casos que podrían caber dentro del tenor literal del precepto, esta reducción teleológica, por un lado, no infringirá ninguna garantía y, por otro, asegurará el respeto del *telos* de la disposición, o sea, del principio de prohibición de exceso.²⁴⁰

V.12.4. SUCESIÓN DE LEYES TEMPORALES

1. La doctrina suele analizar el tema de las leyes penales temporales, asumiendo como supuesto que al finalizar su vigencia recobra su vigor la legislación penal ordinaria. Sin embargo, puede ocurrir que a una ley temporal suceda otra ley también temporal. En este caso, surge el problema de determinar si a los hechos realizados bajo la vigencia de la primera ley penal temporal, puede o no aplicarse retroactivamente la segunda ley penal temporal, en caso de estimarse ésta más favorable. Como se comprenderá, esta posibilidad de aplicación retroactiva cobra especial importancia en los cambios

le temps, cit., pp. 199 y s.; VITU, *Des conflits de lois dans le temps...*, cit., pp. 150 y s. En contra, en la doctrina italiana, VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 353; CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, cit., p. 94; en la doctrina francesa, ROUBIER, *Le droit transitoire...*, cit., p. 482; en la doctrina colombiana, GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado...*, cit., t. I, p. 832; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 154; en la doctrina peruana, PEÑA CABRERA, *Tratado...*, cit., p. 237; en la doctrina brasileña, COSTA, *O direito intertemporal e o Código Penal*, cit., p. 54. Cfr. CARACCIOLI, "Legalità ed irretroattività in tema di leggi tributarie", en *Diritto e pratica tributaria*, 1973, t. I, p. 212, señalando que a los hechos realizados bajo el vigor de una ley penal común, a la que sucede una ley penal financiera —que en Italia seguía el régimen de las leyes temporales, por mandato del art. 20 de la derogada ley de 7 de enero de 1929, N° 4— más benigna, procede aplicar retroactivamente la nueva ley.

²⁴⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Legislación penal socioeconómica...*, cit., pp. 719 y ss., cuya argumentación recogemos en el texto.

en la normativa complementaria de las leyes penales en blanco, en aquellos casos en que éstas puedan ser concebidas como auténticas leyes temporales.²⁴¹

2. Pocos son los autores que se han preocupado de examinar este problema. Los que lo han hecho se han inclinado, mayoritariamente, por la aplicación retroactiva de la ley temporal a los hechos realizados bajo la vigencia de otra ley temporal anterior más severa. Así, por ejemplo, POLAINO NAVARRETE sostiene que "frente al singular supuesto de la *sustitución* de la ley penal temporal por una ley penal ordinaria, recobra plena eficacia positiva el principio de retroactividad de la ley penal más favorable cuando la norma *posterior* es también *temporal*, y en cuanto tal responde en esencia a idénticas características estructurales a la anterior, dando lugar a una *sucesión de leyes penales (temporales) homogéneas*. Son leyes penales *temporales*, pues su vigencia cronológica está *ex origine* delimitada, y son *homogéneas* ambas, tanto por el contenido normativo que las singulariza, como por las motivaciones legislativas en su ámbito relevantes en orden a la tutela de concretos bienes jurídicos en determinadas circunstancias criminológicas, así como por los objetivos que pretenden dar respuesta a excepcionales exigencias político-criminales. La *sucesión cronológica* de una *ley penal temporal* por otra *ley penal temporal* más benigna que la precedente ofrece un supuesto nomológico que, por su propia estructura normativa, exige el mismo tratamiento punitivo que la derogación de una ley penal ordinaria (no temporal) por otra de igual naturaleza y menor gravedad punitiva, a saber, el pleno reconocimiento de la eficacia retroactiva de la ley penal menos gravosa".²⁴²

²⁴¹ Lo pone de relieve SILVA SÁNCHEZ, *Legislación penal socioeconómica...*, cit., p. 711, hablando de una "sucesión de leyes temporales".

²⁴² POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal. Parte general*, cit., t. I, p. 369 (las cursivas en el original). En igual sentido, EL MISMO, *Sobre los límites temporales de vigencia...*, cit., pp. 231 y s.; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, cit., p. 190; RODRÍGUEZ DE VESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 216; CASABÓ RUIZ, *Comentario al art. 24*, cit., p. 55, nota 62; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, cit., pp. 100 y s. En la doctrina portuguesa. TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de leis penais*, cit., p. 167. En la doctrina italiana, VASSALLI, "Successione di più leggi eccezionali", en EL MISMO, *Scritti giuridici*, vol. I, cit., pp. 4 y s., 25, 32 y s.; SINISCALCO, *Tempus commissi delicti...*, cit., p. 1113. En contra, FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 83 y s.; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 56; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale...*, cit., p. 102; ROMANO, *Commentario...*, cit., p. 61; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 353 y s. Por su parte, GALLO, *La legge penale...*, cit.,

3. A nuestro juicio, para responder a la pregunta de si cabe aplicar retroactivamente una ley temporal a hechos realizados bajo la vigencia de otra ley temporal anterior más severa, debe seguirse el mismo camino recorrido a propósito de otros problemas que hemos examinado, esto es, acudir al principio de prohibición de exceso. Si la inaplicación retroactiva de la segunda ley temporal supone infringir dicho principio, la retroactividad será obligatoria. Si, en cambio, tal principio no resulta vulnerado, no procederá la retroactividad. A continuación, examinaremos dos casos hipotéticos, a la luz del mencionado principio.

4. Imaginemos, retomando un ejemplo expuesto más arriba, que durante una guerra entre los países A y B, el segundo dicta una ley para sancionar penalmente, mientras dure el conflicto bélico, con pena de cinco años de privación de libertad, la conducta de encender luces en las noches, por lo peligroso que resulta al facilitar bombardeos por parte de las fuerzas del país A. Avanzada la guerra, el país B promulga otra ley, que rebaja la pena por el mismo comportamiento a dos años de privación de libertad, por lo que al país A ya no le quedan bombas de alto poder destructivo, sino sólo algunas de muy baja dañosidad. Supongamos que Juan encendió luces en su vivienda bajo la vigencia de la primera ley temporal, lo que permitió que aviones enemigos, utilizando las bombas con que entonces contaban, destruyeran un sector residencial, provocando muchas muertes. Juan, quien sobrevivió al ataque, es juzgado por su delito bajo la vigencia de la segunda ley temporal –primera variante– o bien, es juzgado y condenado bajo el vigor de la primera ley temporal y, mientras cumple la condena, entra en vigencia la segunda ley –segunda variante–. En nuestra opinión, si a Juan se impulsiera –en la primera variante– o se le mantuviera –en la segunda– la pena prevista en la ley temporal más severa, en otros términos, si no se aplicara retroactivamente la ley temporal más benigna, no se produciría una vulneración al principio de prohibición de exceso. Por lo que respecta a la exigencia de idoneidad, la pena de Juan sería adecuada al fin de prevención de delitos. Si él (punto de vista de la prevención especial) u otra

pp. 56 y ss., sostiene que no puede darse al problema una solución unívoca y que todo depende de la *ratio* de cada una de las leyes temporales en sucesión (aunque, a su juicio, el apartado 4º del art. 2 del Código Penal italiano impone una solución: la regla del *tempus regit actum*).

persona (punto de vista de la prevención general) realizarán el mismo comportamiento bajo la vigencia de la segunda ley temporal, se les castigará, aunque con una intensidad menor. En cuanto a la exigencia de necesidad, la pena de Juan también la cumpliría. Es cierto que si él u otra persona realizaran la misma conducta bajo la ley temporal posterior más benigna, se les impondría la pena más leve. Pero no debe colegirse de ello que, en la diferencia de cuantía, la imposición o el mantenimiento de la pena prevista en la ley temporal más severa sean excesivos. En estricto rigor, no podría decirse que se trate exactamente del *mismo hecho*. Encender luces de noche en una vivienda durante una guerra, exponiendo a muchas personas al peligro de ser impactadas por bombas de gran poder de destrucción y morir, no es lo mismo que hacerlo cuando las bombas que pueden caer son de escasa dañosidad. La sociedad sigue estimando la vida humana como un bien jurídico lo suficientemente importante como para protegerlo penalmente, frente a comportamientos tan graves como encender luces en la noche, en tiempo de guerra, exponiendo a muchas personas al peligro de perecer por efecto de bombas de alto poder destructivo. Luego, no ha variado la valoración social sobre el merecimiento de pena de la conducta de Juan. Tampoco ha cambiado la valoración social acerca de la necesidad de pena de ese comportamiento, toda vez que para la sociedad la intervención penal prevista en la ley temporal más severa sigue siendo considerada satisfactoria y útil. Finalmente, la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto también resultaría satisfecha, atendido que el hecho realizado por Juan, con las circunstancias que lo rodearon, sigue considerándose de una gravedad y de una nocividad social tales que justifican la intervención penal más severa, según la siguiente relación: al peligro de un daño mayor, corresponde una pena más grave; al peligro de un daño menor, corresponde una pena más leve. Por lo tanto, en este caso no procede aplicar retroactivamente la ley temporal más benigna.

5. Adaptemos ahora el mismo ejemplo. Supongamos que el país B dicta la segunda ley penal temporal, que rebaja la pena para la conducta de encender luces de noche durante la guerra, porque se ha comprobado que las bombas del país A siempre han sido de muy escaso poder destructivo, lo que unido a la solidez de los edificios del país B, hace que el peligro para la vida de las personas no sea tan grande como para justificar una pena tan alta como la prevista

en la ley temporal anterior más severa. Juan realiza el hecho bajo la vigencia de la primera ley temporal y –primera variante– es juzgado bajo el vigor de la segunda, o bien –segunda variante– es condenado bajo el vigor de la primera, pero mientras cumple la condena, entra en vigencia la segunda. A nuestro juicio, en este caso, a diferencia del anterior, si a Juan se impusiera –en la primera variante– o mantuviera –en la segunda– la pena contemplada en la ley temporal más severa, es decir, si no se le aplicara retroactivamente la ley temporal más favorable, se infringiría el principio de prohibición de exceso. En efecto, tendría lugar una intervención penal que, siendo idónea para la prevención de delitos –si Juan u otra persona realizaran la misma conducta bajo la vigencia de la segunda ley temporal, igualmente se les castigaría–, no sería necesaria en aquella cuantía en que la pena prevista en la primera ley excede la contemplada en la segunda. Ha cambiado la valoración social acerca del merecimiento de pena del comportamiento de Juan, producto de los nuevos conocimientos. Ahora se sabe que el hecho por él realizado no era tan grave como para ser reprimido con una pena tan alta. Consecuentemente, la imposición o el mantenimiento de la pena prevista en la ley temporal más severa, tampoco serían estrictamente proporcionados, toda vez que, según los nuevos conocimientos, la conducta de Juan no era portadora de una gravedad y de una nocividad social tales que justificaran una sanción penal tan elevada. Por lo tanto, en este caso la retroactividad resulta obligatoria.

6. El análisis que se acaba de efectuar revela que no es posible dar una respuesta unívoca al problema planteado. Unas veces, procede aplicar retroactivamente la ley temporal a los hechos realizados bajo el vigor de otra ley temporal más severa. Otras, dicha aplicación retroactiva no es procedente. Todo depende de si la retroactividad se traduce en una vulneración del principio de prohibición de exceso o no.

7. Cualquiera sea el resultado al que se llegue después de analizar un caso concreto, a partir del principio de proporcionalidad en sentido amplio, la redacción del art. 2.2 del Código Penal español puede representar un problema para poner en práctica la solución que se estime satisfactoria. Por un lado, si se arriba a la conclusión de que debe aplicarse retroactivamente la ley temporal a los hechos realizados bajo la vigencia de la ley anterior, también temporal, más severa, su puesta en práctica se dificulta al ordenar la citada disposición que los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley

temporal se juzguen conforme a ella. Por otro, si se concluye que no procede dicha aplicación retroactiva, debe tenerse presente que el mencionado precepto obliga a conceder efecto retroactivo a las leyes penales que favorezcan al reo.

8. Nos parece que para poner en práctica las soluciones que se consideren satisfactorias en esta materia, debe interpretarse la señalada disposición teleológicamente, atribuyéndole un significado que permita alcanzar su fin, cual es el principio de prohibición de exceso. De este modo, habría que concluir que cuando este principio conduzca a la aplicación retroactiva de la ley temporal a los hechos ocurridos bajo la vigencia de la ley temporal anterior más severa, debe darse preferencia a la parte del precepto en que se declara que "tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo". Y cuando dicho principio obligue a sostener la improcedencia de la retroactividad, debe darse preeminencia a aquella parte en que se dispone que "los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella". Sólo así se respetaría el *telos* de la disposición.

9. Por último, si se negare aplicación retroactiva a una ley temporal, en el juzgamiento de hechos ocurridos bajo el vigor de otra ley temporal anterior más gravosa, en aquellos casos en que la retroactividad resulta obligatoria por mandato del principio de prohibición de exceso, atendida la consagración constitucional que éste tiene, queda siempre a salvo, con las limitaciones apuntadas más arriba para otros casos de vulneración de dicho principio, la posibilidad de interponer un recurso de casación por infracción de precepto constitucional –además de por infracción de precepto legal, concretamente, del art. 2.2 del Código Penal– y un recurso de amparo por vulneración de libertades o derechos fundamentales.

V.13. CANCELACIÓN DE ANTECEDENTES PENALES Y RETROACTIVIDAD

1. De conformidad con lo que hemos concluido en este capítulo, en ciertos casos procede la aplicación retroactiva de la ley penal y en otros es improcedente. Cuando la retroactividad es obligatoria, surge el problema de determinar si ésta alcanza a la eliminación de los antecedentes penales, cuando el tratamiento penal es más favorable por haber convertido en impune el hecho realizado por

la persona condenada. Esto se encuentra en directa relación con el problema de determinar hasta qué momento puede tener lugar la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable.

2. A diferencia de lo que sucede en otros países,²⁴³ en España la cosa juzgada no supone un límite para la retroactividad *in bonam partem*. El reconocimiento que hace el art. 2.2 del Código Penal acerca del efecto retroactivo de las leyes penales favorables, "aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena", así lo demuestra.²⁴⁴

3. Sin embargo, si bien no existen dudas en que la retroactividad penal favorable puede llevar a modificar una sentencia firme, sí las hay en la determinación de si cabe o no tal retroactividad cuando el condenado ya ha terminado de cumplir la condena.²⁴⁵

²⁴³ Como, por ejemplo, Alemania, país en el que la retroactividad *in bonam partem* no puede pasar por encima de una sentencia firme; o bien, Italia, Francia y Portugal, países en los que la retroactividad penal favorable puede llevar a modificar una sentencia firme sólo si se trata de una despenalización de conductas. Cfr. FRICOLS I BRINES, *Fundamentos...*, cit., pp. 427 y s. Para el caso italiano, véase una crítica al obstáculo que la cosa juzgada comporta para la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables no despenalizadoras, en CARNELUTTI, *Riflessioni sulla successione di leggi penali processuali*, cit., pp. 194, 198. Idéntica crítica para el caso francés puede verse en MATHIEU, *L'application de la loi pénale dans le temps...*, cit., p. 263. Para el caso portugués véase TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de leis penais*, cit., pp. 183 y s. En el caso de los Estados Unidos, según la regla de *common law* aplicable, una despenalización no beneficia a quienes ya estén cumpliendo condena. Cfr. LAFAYE / SCOTT, *Criminal law*, cit., pp. 106 y s.

²⁴⁴ Véase ANASTASI, "La retroactividad de la ley penal más benigna y la autoridad de la cosa juzgada", en *Jurisprudencia argentina*, t. XXXIII, Buenos Aires, 1930, pp. 13 y ss., con una panorámica de la evolución que ha experimentado la cosa juzgada como un límite a la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, en proyectos de Código Penal y en los Códigos Penales de Alemania, Italia y Argentina, entre otros países. Cfr. también COSTA, *O direito intemporal e o Código Penal*, cit., pp. 58 y ss.

²⁴⁵ En Argentina, según el art. 2 de su Código Penal, el límite a la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna está dado por la duración de la condena. En este sentido, véase BIDART CAMPOS, "Problemas en torno de un caso sobre la aplicación de la ley penal más benigna después de cumplida la condena", en *El Derecho*, N° 123, Buenos Aires, 1987, pp. 175 y ss. A pesar de ello, un sector de la doctrina de dicho país proclama la extensión de la retroactividad *in bonam partem* más allá de la extinción de la pena. Cfr. ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 122: "Por duración de la condena debe entenderse cualquier tiempo en que persista algún efecto jurídico de la sentencia condenatoria, que abarca el registro de la misma en el correspondiente organismo estatal, el cómputo de sus efectos para obtener cualquier beneficio o incluso las dificultades que puede acarrearle al autor en el ámbito administrativo o laboral" (las cursivas en el original).

La doctrina se encuentra dividida en este punto. Para un sector, el momento en el que el penado termina de cumplir su condena marca el límite temporal para la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna. Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ MOURULLO afirma que "la eficacia retroactiva de la ley más favorable, como ya acontecía en el anterior Código, traspasa la santidad de la cosa juzgada (existencia de sentencia firme) y el beneficio alcanza al reo aunque éste se encuentre ya cumpliendo la condena. Dejará, en cambio, de aplicarse si la condena ha sido ya cumplida cuando entra en vigor la nueva ley".²⁴⁶ Para otro sector, la retroactividad *in bonam partem* tiene lugar incluso si se ha dado cumplimiento a la condena. Es el caso, verbigracia, de MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, quienes señalan que, "pese a que no es compartido por la totalidad de la doctrina, los efectos retroactivos de la ley posterior más favorable deben producirse también cuando el reo ya hubiere cumplido la condena, cancelándose los correspondientes antecedentes penales. Negar tal amplitud de efectos supone interpretar de manera excesivamente formalista el enunciado del art. 2.2 CP y restringir el espíritu del principio de retroactividad de las disposiciones beneficiosas".²⁴⁷

²⁴⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentario al art. 2*, cit., p. 32 (las cursivas son nuestras). En igual sentido, EL MISMO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 134; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal. Parte general*, cit., p. 176; BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALAREE, *Lecciones...*, cit., vol. I, p. 106; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, cit., pp. 184 y s., aunque admite que tras el Código Penal de 1995 cabe defender una solución intermedia, consistente en generalizar para el futuro, respecto de nuevas leyes, el criterio que establece su disposición transitoria 6ª para la aplicación retroactiva del mismo Código, según el cual la retroactividad favorable no alcanza a las sentencias ya cumplidas, salvo a efectos de no apreciación de reincidencia; ANTON ONECA, *Derecho penal*, cit., pp. 128 y s. Implícitamente, SÁNCZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal...*, cit., p. 399; MORILLAS CUEVA, *Derecho penal. Parte general...*, cit., p. 216; MORILLAS CUEVA / RUIZ ANTÓN, *Manual de derecho penal...*, cit., p. 82; MIR PUIG, ¿No siempre es aplicable...?, cit., p. 156.

²⁴⁷ MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 140 (las cursivas en el original). En idéntico sentido, COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 199 y s.; LOS MISMOS, *Comentario al art. 2...*, cit., pp. 77 y s.; CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español...*, cit., t. I, pp. 228 y ss.; QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT, *Manual de derecho penal. Parte general*, cit., p. 168, afirmando que se trata de una "tesis pacífica entre la doctrina"; CARBONELL MATEU, *Derecho penal...*, cit., pp. 141 y s.; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos...*, cit., pp. 322 y s.; CUERDA RIEZU, *Irretroactividad y retroactividad de la ley penal*, cit., pp. 3770 y s.; CASABÓ RUIZ, *Comentario al art. 24*, cit., pp. 55 y s.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, cit., p. 52; GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO DE CAVIEDES, "La aplicación retroactiva, en vía jurisdiccional, de la norma tributaria

4. En nuestra opinión, un análisis a partir del fundamento de la retroactividad *in bonam partem* pone en descubierto que ésta alcanza a la cancelación de antecedentes penales en las hipótesis de despenalización del hecho concretamente ejecutado por el condenado, por lo que la circunstancia de que la condena ya haya sido cumplida no debe representar un obstáculo en ello.²⁴⁸ Imaginemos que después de que Juan ha cumplido una condena por un delito determinado, éste es despenalizado. En tal evento, si no se aplicara retroactivamente la despenalización y no se permitiera a Juan la cancelación de sus antecedentes penales, se produciría una infracción al principio de prohibición de exceso. Por lo que respecta a la exigencia de idoneidad, ésta no se respetaría, porque es evidente que no sería apto para el fin de prevención de delitos el mantenimiento de antecedentes penales que dan cuenta de la comisión de un hecho que ya no constituye delito. Si el hecho aún fuera delito, el mantenimiento de los antecedentes penales podría servir para un fin de prevención general²⁴⁹ e, incluso, para uno de prevención especial que ponga su acento en la idea de la segregación, atendidas las conocidas consecuencias prácticas que tales antecedentes tienen, las que se traducen en la perpetuación del estigma penal, prolongando los efectos de la pena más allá de la misma, y en la mayor dificultad del condenado para integrarse en la sociedad.²⁵⁰ Pero como ya no lo es, no podría afirmarse que el mantenimiento de los antecedentes de Juan sirva para la prevención de delitos. Se nos podría replicar que los antecedentes penales son sólo un sistema de registro, por lo que no sería procedente aplicarles las exigencias que emanan del

sancionadora más favorable", en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, año 1999, t. II, p. 1372; GONZÁLEZ RUS, "Interdicción, tutela y retroactividad (La inutilidad de una transitoria)", en *La Ley* 1984-4, pp. 1099 y s. Vid. también ZAFFARONI (coord.), *Sistemas penales y derechos humanos...*, cit., pp. 13 y s., con una crítica a los Códigos Penales latinoamericanos que limitan la retroactividad penal favorable al exigir que no haya sentencia firme o que no haya concluido la ejecución de la condena, y con una recomendación de modificar los textos legales en esa parte.

²⁴⁸ Así, FRÍCOLS I BRINES, *Fundamentos...*, cit., pp. 427 y s. También, pero sin aludir al principio de prohibición de exceso, GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado...*, cit., t. I, p. 831.

²⁴⁹ Vid. GROSSO GALVÁN, *Los antecedentes penales: rehabilitación y control social* (Barcelona, 1983), pp. 395 y s., afirmando que el predominio de la prevención general sobre otros posibles fines de la pena explica la creación y el mantenimiento del sistema de antecedentes penales, como un elemento de control social.

²⁵⁰ Cfr. GROSSO GALVÁN, *Los antecedentes penales...*, cit., pp. 348 y ss., 393.

principio de prohibición de exceso, que limitan el ejercicio de la intervención penal del Estado. Tal argumentación, sin embargo, no nos parecería de recibo, porque sabido es que a los antecedentes penales se anudan varias consecuencias de indudable naturaleza jurídico-penal, como la agravante de reincidencia, la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad, la libertad condicional, etc. Luego, tampoco se satisfaría la exigencia de necesidad. Ello sería así, no sólo porque ésta parte de la base de que se cumpla la exigencia de idoneidad, sino también porque en el ejemplo ha cambiado la valoración social acerca del merecimiento y de la necesidad de pena del hecho despenalizado, por lo que la sociedad ya no consideraría necesario mantener consecuencias jurídico-penales unidas a ese mismo hecho. Por último, tampoco se cumpliría la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto, dado que la sociedad ya no considera el hecho despenalizado como portador de una gravedad o una nocividad social tales que justifiquen el mantenimiento de consecuencias jurídico-penales ligadas al mismo.

5. Sin embargo, creemos que no sólo en las hipótesis de despenalización del hecho, sino también en los supuestos de atenuación de pena, la circunstancia de que la sanción impuesta se haya cumplido no debe significar un impedimento para la retroactividad. Imaginemos que a Pedro se le impuso una pena que el Código Penal español califica como grave. Después de que la cumplió, se promulgó una ley que rebajó la sanción del delito por él cometido, asignándole ahora una pena que el mismo Código considera leve. Pedro satisfizo las responsabilidades civiles provenientes del delito, pero no han transcurrido aún cinco años, sino sólo cuatro desde que dio cumplimiento a la pena impuesta. En este caso, al igual que en el anterior, la inaplicación retroactiva de la nueva ley penal y el mantenimiento de los antecedentes de Pedro se traducirían en una vulneración del principio de prohibición de exceso. En efecto, se mantendrían unas consecuencias jurídico-penales que, siendo idóneas para la prevención de delitos, no serían necesarias. Ello sería así, porque al haber cambiado la valoración social acerca del merecimiento y de la necesidad de pena del delito cuya sanción se ha atenuado, ha variado también la valoración social sobre el tiempo durante el cual ese hecho puede producir consecuencias jurídico-penales adicionales a la pena, como las que se derivan de los antecedentes penales a que da lugar la condena por su comisión. Así las cosas, la sociedad ya no considera necesario que transcurran

cinco años desde que Pedro haya cumplido su condena (exigencia prevista para las penas graves por el art. 136.2 del Código Penal), para que se cancelen sus antecedentes penales, bastando que hayan pasado seis meses desde entonces (exigencia prevista para las penas leves por la misma disposición legal). Consecuentemente, el mantenimiento de tales antecedentes tampoco sería estrictamente proporcionado, toda vez que según la actual valoración social, el hecho concretamente realizado por Pedro ya no se estima de una dañosidad o de una gravedad tan grandes como para justificar que transcurra tanto tiempo antes de que la condena a que dio lugar deje de producir consecuencias jurídico-penales anexas.

6. Lo dicho sirve para demostrar que cuando la retroactividad *in bonam partem* resulta procedente, el hecho de que se haya cumplido condena no debe ser estimado un obstáculo. Y no consideramos que lo impida la letra del art. 2.2 del Código Penal.²⁵¹ Una interpretación atenta al tenor literal de esta disposición no puede considerar excluidos de su campo de aplicación los casos en los que la condena ya se ha cumplido.²⁵² Lo único que es posible colegir de su literalidad es que el hecho de que se haya dictado sentencia firme y el sujeto esté cumpliendo condena, no impide la aplicación retroactiva de la ley penal favorable, lo cual es muy distinto.²⁵³ Incluso, una interpretación

²⁵¹ En el caso del Código Penal de Chile, la letra de su art. 18 evita toda duda sobre el punto, al señalar expresamente que la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable tiene lugar, "sea que se haya cumplido o no la condena impuesta" (véase el texto completo en anexo de disposiciones chilenas incluido en la parte final de este trabajo). Pero esta fórmula tan amplia obligaría, ante cualquier modificación en algún modo benigna en la legislación penal, a que todos los tribunales, incluso de oficio, modifiquen todas las condenas que hayan dictado, cualquiera sea el tiempo que haya pasado y aunque ya no vivan las personas en su día condenadas ni le sobrevivan herederos. Por eso algunos autores de dicho país han propuesto, a nuestro juicio correctamente, entender tal disposición en el sentido de que sólo tenga lugar la retroactividad cuando la sentencia condenatoria esté produciendo algún efecto práctico. De otro modo, la aplicación estricta de la citada disposición superaría las posibilidades materiales de cualquier tribunal. Cfr. ETCHEBERRY, *Derecho penal. Parte general*, cit., t. I, pp. 145 y s.; CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, cit., t. I, p. 212.

²⁵² En contra, LUZÓN PENA, *Curso...*, cit., p. 184, afirmando que sólo por vía de analogía, pero no por interpretación, podría concluirse que los casos en los que la condena se ha cumplido caben dentro del citado art. 2.2.

²⁵³ En este sentido, aunque haciendo referencia al art. 24 del Código Penal de 1973, cfr. MERINO JARA / SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, "Aspectos temporales de la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, en materia de delitos contra la hacienda", en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, año 1996, t. I, pp. 1677 y s.

histórica apoya nuestra postura. La frase que concede efecto retroactivo a las leyes penales benignas, a pesar de que "hubiera recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo condena", fue introducida en la legislación penal española en el Código Penal de 1870. Los anteriores Códigos impedían la aplicación retroactiva cuando había recaído sentencia firme. Luego, la señalada frase puede entenderse como un intento del legislador por despejar posibles dudas, en el sentido de aclarar que, a diferencia de lo que ocurría antes, la firmeza de la sentencia no impide la retroactividad.²⁵⁴

7. Finalmente, si se negara la cancelación de antecedentes penales en aquellos casos en los que el principio de prohibición de exceso obliga a aplicar retroactivamente la ley penal más favorable y a eliminar aquéllos, atendida la consagración constitucional que dicho principio tiene, podría interponerse un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, con las exigencias y restricciones explicadas más arriba para otros casos de vulneración del mismo.

8. Con todo, debe recordarse que, con ocasión de importantes modificaciones en materia penal, el legislador ha limitado el radio de acción del principio de retroactividad de las leyes penales más favorables, mediante disposiciones transitorias. Ya hemos señalado que cuando ello sucede, tales disposiciones deben ser consideradas inconstitucionales.²⁵⁵ Traemos esto a colación, porque si el rechazo a la cancelación de antecedentes penales, cuando el principio de prohibición de exceso obliga a eliminar éstos, se debe a que el legislador se ha valido de una disposición transitoria para derogar parcial o totalmente la retroactividad *in bonam partem*, se presenta una alternativa. No sólo habrá violado la Constitución la autoridad que se haya negado a cancelar dichos antecedentes, sino que también lo habrá hecho el legislador. En consecuencia, además del recurso de amparo por la negativa de eliminar los antecedentes penales, sería procedente una cuestión o un recurso de inconstitucionalidad para eliminar del ordenamiento jurídico la disposición transitoria inconstitucional.

²⁵⁴ Así, CASABÓ RUIZ, *Comentario al art. 24*, cit., p. 56.

²⁵⁵ *Vid. supra*, capítulo IV, punto IV.5.1, párrafo 3.

CONCLUSIONES

Al finalizar este trabajo hemos estimado conveniente dejar establecidas, a modo de conclusiones, algunas de las más importantes afirmaciones realizadas a lo largo del mismo, separadas por capítulos.

Capítulo Primero

1. En las actuales circunstancias de la política criminal, caracterizada, entre otras cosas, por la excesiva vaguedad en la descripción de los tipos penales, resulta más necesaria la existencia de un período de *vacatio legis*, para que los operadores del derecho penal alcancen a prepararse y se difunda el contenido de las leyes a los ciudadanos. Pero esta necesidad tiende a desaparecer cuando se trata de una ley que despenaliza un comportamiento.
2. Debería generalizarse en los textos de estudio de la parte general del derecho penal el examen del vencimiento del plazo y de la desaparición de las circunstancias de excepción, como especiales causas de término de la vigencia de las leyes penales, al analizar el vigor en el tiempo de toda ley penal.
3. Parece preferible en España utilizar una concepción amplia de "sucesión de leyes penales", que incluya las hipótesis de tipificación y de despenalización, no sólo porque en estos casos cambia la legislación penal y el tratamiento legal de una clase de comportamientos humanos, sino también porque el art. 2.2 del Código Penal no distingue entre las leyes despenalizadoras y las que no lo son, a efectos de la retroactividad de las leyes penales más favorables. Lo mismo cabe decir en Chile, a partir del art. 18 del Código Penal de este país.