

LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE

ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ*

I. INTRODUCCIÓN

Los artículos 44 y 386 del Código Político del Estado Libre Asociado (E.L.A.) de Puerto Rico disponen lo siguiente:

Art. 44. *Efecto de la derogación — Infracción anterior.* La revocación de una ley creando un delito no constituye impedimento para acusar o perseguir y castigar un hecho ya cometido con infracción de la ley así revocada, a menos que no se declare expresamente en la ley derogatoria el propósito de impedir tal persecución o castigo.¹

Art. 386. —*Pena, confiscación o responsabilidad anterior.* La derogación de cualquier estatuto por la Asamblea Legislativa no tendrá el efecto de exonerar o eximir de ninguna pena, embargo, confiscación o responsabilidad en que se hubiere incurrido bajo dicho estatuto, a menos que la ley derogatoria así lo dispusiere expresamente, y se tendrá por vigente dicho estatuto, al objeto de sostener la respectiva acción o proceso para exigir el cumplimiento de dicha pena, embargo, confiscación o responsabilidad.²

Por su parte, el artículo 4 del Código Penal del E.L.A. de Puerto Rico dispone así:

* Profesor de Introducción al Derecho y Derecho Penal, Universidad de Chile. Profesor Visitante de Derecho Penal, Universidad de Puerto Rico. Agradezco a Tania Giovanetti Rivera y a Justo Méndez Molina por su ayuda prestada como asistentes de investigación. Un agradecimiento especial al Profesor Ernesto L. Chiesa Aponte, quien llamó mi atención sobre los casos del Tribunal Supremo comentados críticamente aquí y estuvo siempre dispuesto a discutir mis puntos de vista. No es exagerado decir que hasta en mi crítica a sus opiniones estoy en deuda con él.

¹ 2 L.P.R.A. § 252 (1982).

² 2 L.P.R.A. § 253 (1982).

En las páginas que siguen me propongo contribuir a satisfacer esa necesidad. La tesis que aquí defenderé consiste en sostener que a pesar de su aparente incongruencia, las disposiciones del C.Pol. y del C.P.P.R. son susceptibles de integración en un mismo esquema regulativo. En este esquema, el C.P.P.R. ordena la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, y el C.Pol. la aplicación preteractiva, por regla general de la ley penal más favorable y excepcionalmente de la ley más desfavorable. Según la tesis que defenderé, todas estas disposiciones pueden ser reconducidas a un mismo planteamiento de política criminal —la relevancia de constatar la continuidad o discontinuidad de las valoraciones expresadas en la ley— y sirven en conjunto de complemento a la prohibición constitucional de aplicación retroactiva de leyes desfavorables o prohibición de leyes *ex post facto*.

Tal como espero demostrarlo, esta tesis arriba a resultados coincidentes con los propugnados por parte importante de la doctrina y jurisprudencia norteamericanas, así como por la doctrina continental más diferenciada. Con ello se evita tanto la aplicación ciega de la doctrina de la supresión y su contrapartida estatutaria, como del principio de la favorabilidad. La aplicación ciega de aquella doctrina y después de su remedio estatutario es el gran error histórico de la tradición angloamericana en esta materia, padecido también, aunque en menor medida, por la jurisprudencia puertorriqueña. La aplicación ciega del principio de la favorabilidad es el riesgo que se cierne hoy en día sobre la tradición europea continental. Remediar el primer mal y prevenir el segundo es el deber de una dogmática atenta a consideraciones de razonabilidad político-criminal.

II. LA CUESTIÓN GENERAL DEL ÁMBITO DE VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL

Con el fin de evitar confusiones y malentendidos es conveniente iniciar el análisis de los problemas que presenta la determinación del ámbito de validez de la ley penal con algunas precisiones terminológicas. En un uso que se remonta a Luis Jiménez de Asúa,⁸ se distingue entre la prospectividad (o actividad sin más) y la extractividad de la ley penal, atendiendo a

⁸ 2 LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, TRATADO DE DERECHO PENAL 617 (1964).

la relación existente entre el tiempo de vigencia de la ley penal y el momento del acaecimiento del hecho punible.⁹ Así, si el acaecimiento del hecho punible tiene lugar durante el período de vigencia de la ley penal, la aplicación de ésta a aquél es un caso de actividad o prospectividad de la ley. Si el hecho punible acaece antes de que haya comenzado o después de que haya expirado el período de vigencia de la ley penal, la aplicación de ésta implica extractividad: aplicación retroactiva en el primer caso y ultractiva en el segundo.

Los efectos de la ley en el tiempo no se determinan atendiendo solamente a la relación entre el tiempo de vigencia de la ley y el tiempo en que acaece el hecho que se juzga, sino también atendiendo a su relación con el tiempo en que se realiza el acto institucional de aplicación de la ley. Desde este punto de vista, la ley puede estar vigente cuando se la aplica institucionalmente o bien encontrarse derogada en ese momento. Con el término "preteractividad" se designará en adelante la aplicación institucional de una ley penal formalmente derogada, es decir, que ha perdido su vigencia formal al momento de su aplicación judicial en una sentencia, en la cual se juzga un hecho que sin embargo fue cometido bajo su vigencia o, excepcionalmente, con anterioridad a su vigencia.¹⁰ Puesto que la preteractividad de la ley

⁹ La constatación de ambos eventos es una cuestión sujeta a reglas. Esto es obvio tratándose de la vigencia de la ley, cuya existencia es un hecho institucional, es decir, dependiente de reglas constitutivas. Pero también la cuestión de cuándo debe entenderse realizado un delito de comisión u omisión para efectos de su correlación con la ley aplicable es cubierta usualmente por alguna regla del sistema jurídico (en el caso de Puerto Rico, el art. 11 del C.P.P.R., 33 L.P.R.A. § 3043 (1983)).

¹⁰ El uso del término "preteractividad" es estipulativo. La doctrina hispanoamericana utiliza por lo general indistintamente el término ultractividad para referirse tanto a la aplicación de una ley a un hecho cometido después del término de su vigencia como a la aplicación de una ley formalmente derogada en el juzgamiento de un hecho acaecido durante (o antes) de su vigencia. Véase 2 JIMÉNEZ DE ASÚA, *supra* nota 8, en las págs. 617-18, 641-46. Hacer una distinción terminológica me parece no obstante imprescindible, porque la preteractividad y la ultractividad son posibilidades de validez temporal de la ley que mantienen una relación completamente distinta con la institución de la derogación expresa. La ultractividad en sentido estricto es incompatible con la derogación: ésta consiste precisamente en cancelar la vigencia de una ley de modo que no pueda continuar aplicándose a hechos futuros. En cambio, la preteractividad de la ley derogada, es decir, su posibilidad de aplicación judicial posterior a su derogación, es uno de los rasgos que definen la institución de la derogación, por contraste con otras formas (auténticas) de termina-

penal se determina en relación con el momento del acto institucional —y no con el momento de la comisión del hecho punible—, no es necesariamente una forma de extractividad, como sí lo es la ultractividad. La preteractividad puede eventualmente implicar extractividad, como en el caso de la aplicación retroactiva de una ley formalmente derogada (este es el caso de las así denominadas “leyes intermedias”). Pero por regla general la preteractividad tiene lugar como aplicación prospectiva de una ley penal formalmente derogada.¹¹

El marco normativo para la determinación judicial de la validez temporal de la ley penal se encuentra formado por tres principios básicos. De éstos, la norma fundamental es la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal más desfavorable, también denominada prohibición de leyes *ex post facto* o prohibición de retroactividad *in malam partem*. Los otros dos principios, que completan el marco normativo, son el mandato de aplicación retroactiva de la ley favorable (retroactividad *in bonam partem*), y el mandato de aplicación preteractiva, ya sea de la ley favorable, como complemento de la prohibición de retroactividad *in malam partem*, o bien de la ley desfavorable, como precisión al alcance del mandato de retroactividad *in bonam partem*, según la concepción de éste último que aquí se defenderá.

Teniendo en consideración este juego recíproco de los principios en cuestión, no es de extrañar que la doctrina intente examinarlos en un mismo contexto sistemático y que busque partir

ción de la validez de una norma, como por ejemplo la anulación. Sobre esta particularidad de la derogación en la teoría general del derecho hispanoamericana, véanse Eugenio Bulygin, *Tiempo y Validez*, en CARLOS E. ALCHOURRÓN & EUGENIO BULYGIN, ANÁLISIS LÓGICO Y DERECHO 195 (1991); JOSEF AGUILÓ, SOBRE LA DEROGACIÓN 83-85, 102-06 (1995). En la doctrina penal hispanoamericana, el autor que con más claridad ha reconocido esta diferencia entre la ultractividad y la preteractividad es Ricardo Núñez: “El tiempo de vigencia de la ley no debe confundirse con el momento de su aplicación judicial. Esta puede suceder, respecto de los hechos cometidos durante su vigencia, después de la derogación de la ley, sin que, en este caso, se pueda hablar de ultractividad [sic] de la ley”. 1 RICARDO NÚÑEZ, DERECHO PENAL ARGENTINO 132 (1959).

¹¹ Por esta razón no puede sostenerse, como lo hace Jiménez de Asúa, que la aplicación preteractiva de una ley penal sea por definición una excepción al principio general de la no extractividad, si es que la noción de extractividad se basa —como él la concibe— en la relación temporal existente entre la ley y el hecho punible. 2 JIMÉNEZ DE ASÚA, *supra* nota 8, en la pág. 641.

de un principio más general, del cual puedan deducirse todos ellos, como consecuencias más particulares.¹² Es sin embargo más que dudoso que exista semejante principio.

Si se parte de la tesis general que la ley aplicable al juzgamiento del hecho punible es la que se encontraba vigente al momento de su comisión,¹³ debe concluirse que el mandato de aplicación retroactiva *in bonam partem* es una excepción a ese principio, que requiere por lo tanto justificación adicional. Si, a la inversa, se adopta como principio general que la ley aplicable es la que se encuentra vigente al momento de la sentencia,¹⁴ entonces son tanto la prohibición de aplicación retroactiva *in malam partem* como la aplicación preteractiva las excepciones necesitadas de justificación.

Quizás lo más acertado sea asumir como principio general de la validez temporal de la ley penal que la norma aplicable al juzgamiento de un hecho punible es aquella que se encontraba *formalmente* vigente al momento de la comisión del hecho y que mantiene además *materialmente* su vigencia al momento de la sentencia.¹⁵ Günther Jakobs ha desarrollado este planteamiento, haciendo ver que la correspondencia entre el contenido expresivo del castigo y el contenido expresivo de la infracción penal no queda automáticamente determinada al momento del hecho punible, sino que lo que tuvo en ese entonces el carácter

¹² Véase DORA NEVARES-MUÑOZ, DERECHO PENAL PUERTORRIQUEÑO: PARTE GENERAL § 4.3, en la pág. 88 (1994). Tal como esta autora lo señala, su exposición se encuentra fuertemente influenciada por la doctrina de Luis Jiménez de Asúa.

¹³ Véase *id.* § 4.3.1, en la pág. 89. Adoptan la misma perspectiva en España, ENRIQUE BACIGALUPO, MANUAL DE DERECHO PENAL 56 (1984); JOSÉ A. SÁINZ CANTERO, LECCIONES DE DERECHO PENAL: PARTE GENERAL 391 (1990); JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL: PARTE GENERAL 317-18 (1993); DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, CURSO DE DERECHO PENAL: PARTE GENERAL 180 (1996).

¹⁴ Este es el punto de vista que ha desarrollado una postura minoritaria en la doctrina continental, cuyo más destacado representante es Klaus Tiedemann, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts* (“Límites Temporales del Derecho Penal”), en KARL PETERS-FESTSCHRIFT 193 (1974).

¹⁵ Por *vigencia material* no debe entenderse en este contexto la mera existencia cultural de una norma, como pura norma de moral social, sino la correspondencia del significado normativo de una disposición derogada con el significado normativo de una disposición vigente. Tal como se la concibe en este contexto, la vigencia material de la norma supone siempre un sustento formal. De lo contrario, el planteamiento no podría satisfacer las exigencias del principio de legalidad. Sobre esto véase *infra* Parte IX. D.

de un conflicto tiene que constituir también al momento de la condena un conflicto actual.¹⁶ La pérdida de esa correspondencia al momento de la sentencia es la pérdida de la vigencia material de la ley penal.

Cualquiera que sea la plausibilidad de este principio general, no puede dejar de observarse que ya su misma formulación demuestra la diferencia de criterios en virtud de los cuales se excluye la retroactividad desfavorable al acusado (exigencia de vigencia formal) y se admite tanto la retroactividad como la preteractividad favorable al mismo, como asimismo la preteractividad desfavorable (exigencia de vigencia material). En estricto rigor, pues, sólo podemos sostener que la aplicación de las normas jurídico-penales se encuentra sujeta a una prohibición de aplicación retroactiva, a un mandato de aplicación retroactiva, y a un mandato de aplicación preteractiva, todos ellos de alcance específico.

III. LA PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD *IN MALAM PARTEM*

En la concepción del Derecho penal continental, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable es una de las cuatro consecuencias básicas del principio de legalidad o principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que en este caso se enuncia con el añadido *sine lege praevia*. El principio de legalidad tiene varios fundamentos de política jurídica, pero sólo uno de ellos en rigor aplicable como fundamento de la prohibición de leyes *ex post facto*.

El principal fundamento de la mayor parte de las consecuencias del principio de legalidad se encuentra en los principios de la democracia y de la separación de poderes. Sin embargo, estos principios no pueden explicar que se imponga una prohibición al propio legislador democrático, detentador de la potestad de definir los delitos y las penas. Tampoco desde el punto de vista de la finalidad preventiva de la pena puede excluirse que tenga algún sentido la aplicación retroactiva de la pena. Esto es manifiesto tratándose de la prevención especial, pero también puede aseverarse de la prevención general intimidatoria e incluso de la prevención general de integración. Pues no puede descartarse que la aplicación a un hecho previo a la amenaza

reafirme la seriedad de esa amenaza respecto de hechos futuros, ni puede descartarse que afirme la confianza de la población en el derecho, al menos en la medida en que la ley retroactivamente aplicada mantenga una importante correspondencia con las normas de la moral social preexistentes.

Otro importante fundamento del principio de legalidad es el principio de la culpabilidad, que exige la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad de la conducta por parte del agente como presupuesto de su condena. Si bien es evidente que existe una vinculación entre esta exigencia y la vigencia de la ley penal al momento de la comisión del hecho punible, el principio de legalidad es mucho más exigente que el de culpabilidad, ya que no se conforma con que el hecho sea ilícito genéricamente considerado, sino que exige una definición convencional-legal determinada de la punibilidad y la penalidad. En la misma medida que la aplicación retroactiva de la ley puede ser compatible con la finalidad de prevención general de integración, esa aplicación retroactiva puede satisfacer también las exigencias del principio de culpabilidad.

En suma, aunque el fin preventivo de la pena y el principio de culpabilidad puedan servir de apoyo al principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, su auténtico fundamento se encuentra en el principio liberal de la protección del ciudadano frente al abuso por parte del Estado, en este caso consistente en la arbitrariedad y la imprevisibilidad de su reacción.¹⁷ Este resultado coincide ampliamente con la fundamentación dominante en la doctrina y jurisprudencia norteamericanas de la prohibición de las leyes *ex post facto*, basada en el asegura-

¹⁷ Véanse 1 REINHART MAURACH/HEINZ ZIPP, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL § 12 (trad. de la 7ma. ed., 1994); HANS HEINRICH JESCHECK, TRATADO DE DERECHO PENAL § 15, en las págs. 122-26 (trad. de la 4ta. ed., 1993); SANTIAGO MIR PUIG, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL 77 (5ta. ed., 1998); BACIGALUPO, *supra* nota 13, en la pág. 57; SÁINZ CANTERO, *supra* nota 13, en las págs. 38-40; ZUGALDÍA ESPINAR, *supra* nota 13, en las págs. 275-76; LUZÓN PEÑA, *supra* nota 13; Luis Felipe Ruiz Antón, *El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y la Jurisprudencia*, en 6 PODER JUDICIAL: NÚMERO ESPECIAL 95 (1986). Conforme al menos con la imposibilidad de deducir la prohibición de retroactividad desfavorable de los principios de la democracia y de la separación de poderes, 1 CLAUS ROXIN, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL § 5, en las págs. 144-47, 161 (trad. de la 2da ed., 1997). Basando escuetamente la prohibición de retroactividad desfavorable en la "garantía de objetividad" que debe ofrecer el principio de legalidad, JAKOBS, *supra* nota 16, en las págs 82-85.

¹⁶ GÜNTHER JAKOBS, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL 111-13 (1995).

miento de que el ciudadano recibirá de parte del Estado una advertencia adecuada (*fair warning*) acerca de las consecuencias de su acción y en la evitación de decisiones estatales arbitrarias y potencialmente vengativas.¹⁸

Esta consideración no es sin embargo pertinente para fundamentar el mandato de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. Ello es así, porque la aplicación de la ley que estaba vigente al momento de la comisión del hecho punible satisface las exigencias garantísticas del principio de legalidad y de la prohibición de leyes *ex post facto*, aunque esa ley sea más desfavorable para el acusado o condenado que la ley vigente al momento de la sentencia.

En la doctrina y jurisprudencia españolas se ha intentado no obstante basar el mandato de aplicación retroactiva *in bonam partem* en el principio de legalidad, tal como éste se encuentra consagrado constitucionalmente.¹⁹ Esta vinculación asume la forma de un argumento *a contrario sensu*, el cual sostiene que del hecho que la constitución garantiza la irretroactividad *in malam partem* se deduciría que garantiza asimismo la retroactividad *in bonam partem*.²⁰ El argumento es, por cierto, falaz. De la prohibición de la retroactividad *in malam partem* sólo puede inferirse un permiso (débil) para la aplicación retroactiva *in bonam partem*, pero no su carácter imperativo. Así lo reconoce el resto de la doctrina española.²¹ En otras palabras, el mandato de aplicación retroactiva de la ley más favorable no

¹⁸ "Through this prohibition, the Framers sought to assure that legislative Acts give fair warning of their effect and permit individuals to rely on their meaning until explicitly changed The ban also restricts governmental power by restraining arbitrary and potentially vindictive regulation". Weaver v. Graham, 450 U.S. 24, 28-29 (1981) (J. Marshall, juez ponente) (invocando diversos precedentes y la doctrina de Madison y Hamilton). Al respecto véase 1 WAYNE R. LAFAVE & AUSTIN W. SCOTT, SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW § 2.4, en las págs. 135-48 (1986), y las referencias bibliográficas en su nota al calce núm. 2 de la misma sección.

¹⁹ Véase *infra* nota 23.

²⁰ Susana Huerta Tocildo, *El Derecho Fundamental a la Legalidad Penal*, 37 REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL 81, 97-103 (1993); ZUGALDÍA ESPINAR, *supra* nota 13, en la pág. 320. La inclusión del principio de favorabilidad en el principio (objetivo) de legalidad es compartida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles.

²¹ Véase por todos 1 TOMÁS S. VIVES ANTÓN, COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL DE 1995 48-51 (1996); más recientemente, confirmando la predominancia de esta tesis, Eduardo Ruiz de Erenchum Arteché, *El "Sistema de Sucesión de Leyes" y la Problemática de la Redención de Penas por el Trabajo: Valoración*

dato de aplicación retroactiva de la ley más favorable no puede derivarse del principio de legalidad, sino que requiere un fundamento adicional. Lo más que puede sostenerse de las relaciones entre el principio de la favorabilidad y el principio de legalidad es que la retroactividad de la ley penal más favorable no se opone a la *ratio* del principio de legalidad.

Esta conclusión es de la mayor importancia para comprender que la posición y el peso específico del principio de la favorabilidad en el sistema penal no son idénticos a la posición y peso específico del principio de legalidad. La prohibición de leyes *ex post facto*, esto es, el principio de legalidad en su concreción de *nullum crimen, nulla pena sine lege praevia*, posee reconocidamente el estatus de un principio autoevidente de justicia formal.²² Desde fines del siglo XVIII existe una aceptación generalizada de este principio en los sistemas jurídicos occidentales, que se expresa en su consagración como principio de rango suprallegal y en la asunción irrestricta de las consecuencias que él conlleva. En ambos aspectos, las coincidencias entre el sistema jurídico norteamericano y, por ejemplo, los sistemas jurídicos español y alemán son impresionantes.²³

de las Aportaciones del Tribunal Supremo, 48 PODER JUDICIAL 323, 333 (1997).

²² "Taken in itself . . . a retroactive law is truly a monstrosity." LON L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW* 53 (1964).

²³ La disposición pertinente de la Ley Fundamental alemana es el art. 103-II: "Un hecho sólo puede ser penado si la punibilidad estuvo determinada legalmente antes que el hecho fuera cometido" (traducción suplida). En la Constitución española, las disposiciones respectivas se encuentran en el art. 25: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". Y en el art. 9.3: "La Constitución garantiza . . . la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales . . .". En el derecho constitucional norteamericano, las disposiciones equivalentes a las anteriores en lo que aquí interesa se encuentran en el art. I, §§ 9 (3) y 10 (1) de la Constitución federal, siendo aplicable la primera al Congreso federal y la segunda a las legislaturas estatales. La misma disposición se encuentra en el art. II, § 12 de la Constitución del E.L.A. de Puerto Rico. Finalmente, cabe señalar que la prohibición de aplicación retroactiva *in malam partem* se encuentra también consagrada en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos: Convención Europea sobre Derechos Humanos de 1950, art. 7.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1968, art. 15-1; Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969, art. 9.

Este panorama contrasta manifiestamente con lo disímil y diferenciado del proceso de consagración del mandato de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable en esos mismos sistemas jurídicos.

IV. EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN EL DERECHO PENAL CONTINENTAL

En el Derecho penal europeo continental existe una amplia recepción del mandato de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable.

En la doctrina continental se aduce como fundamento de este principio un criterio de política jurídica. Se considera políticamente inadecuado que una sentencia judicial discrepe abiertamente de la valoración legislativa vigente al momento de dictarla, cuando el hecho aparece como menos necesitado de pena o no necesitado del todo. Este razonamiento se basa en una consideración preventivo-general del fin de la pena, ya que es desde el punto de vista de la prevención que carece de sentido político-criminal aplicar una pena atendiendo a criterios de necesidad de la misma que han quedado obsoletos.²⁴

En la finalidad preventiva de la pena se encuentra un punto de contacto entre la fundamentación del principio de legalidad y la fundamentación del principio de la favorabilidad. Esta consideración común no alcanza sin embargo a hacer del principio de la favorabilidad una consecuencia del principio de legalidad, sino que sencillamente reafirma la relación de congruencia o complementariedad que existe entre ambos principios. Por lo mismo, ello no obsta a que existan sustanciales diferencias entre ellos.

²⁴ Véanse 1 ROXIN, *supra* nota 17, en las págs. 166-67; JAKOBS, *supra* nota 16, en las págs. 112, 125; 1 MAURACH/ZIFF, *supra* nota 17, en la pág. 12; JESCHECK, *supra* nota 17, en la pág. 125; BACIGALUPO, *supra* nota 13, en la pág. 58; SÁINZ CANTERO, *supra* nota 13, en las págs. 398-99; LUZÓN PEÑA, *supra* nota 13, en la pág. 182. La doctrina alemana y española más antigua proponía una fundamentación equivalente, pero en vez de referirse a la falta de necesidad de la pena desde un punto de vista preventivo sostenía que el cambio de criterios valorativos hacía de la mantención de la ley más desfavorable una vulneración de la justicia material. 1 REINHART MAURACH, TRATADO DE DERECHO PENAL 143 (1962); GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL 133-34 (1978).

La primera gran diferencia entre el principio de la legalidad y el principio de la favorabilidad se encuentra en el rango que ostentan dentro del sistema jurídico. Mientras que aquél se encuentra expresamente consagrado como un principio de rango constitucional, el principio de la favorabilidad tiene un rango meramente legal, al menos en lo que respecta a su consagración expresa.²⁵ Esto implica el reconocimiento de la potestad del legislador para establecer excepciones al principio de la favorabilidad, ordenando la aplicación preteractiva de la ley vigente al momento de la comisión del hecho punible, aunque sea más desfavorable para el acusado que la ley vigente al momento de la condena.

Lo anterior no impide que pueda dotarse al principio de la favorabilidad de un fundamento constitucional. En el derecho constitucional europeo continental, ese fundamento se encuentra en el principio de la proporcionalidad, específicamente, en la prohibición de exceso que de él se deriva. Ello es así, porque por regla general la ley que elimina la punibilidad de una conducta o atenúa su penalidad expresa la falta de necesidad de la pena preexistente. Luego, la aplicación judicial de una pena que al momento de la sentencia se encuentra legalmente reconocida como innecesaria, implica un exceso por parte del Estado, que es constitucionalmente inadmisibile.²⁶

No obstante, aún si se reconoce al principio de la favorabilidad apoyo en la Constitución, es manifiesto que su peso específico seguiría siendo diferente del peso específico del principio de la legalidad en su concreción de prohibición de retroactividad *in malam partem*.

La conclusividad del principio de proporcionalidad como parámetro de control de constitucionalidad es incomparablemente

²⁵ En el Código Penal alemán, la disposición es la § 2-III: "Si la ley vigente al momento de la terminación [de la comisión] del hecho es modificada antes de la sentencia, ha de aplicarse la ley más leve" (traducción suplida). En el Código Penal español, la disposición respectiva se encuentra en el art. 2-2: "Tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo la condena".

²⁶ Véase Jesús María Silva Sánchez, *Legislación Penal Socio-económica y Retroactividad de Disposiciones Favorables: El Caso de las Leyes Penales en Blanco*, en V.V.A.A., HACIA UN DERECHO PENAL ECONÓMICO EUROPEO 697 (1995); véase también en 1994 REV. JUR. DE CATALUNYA 87 (1994). Este argumento presupone, por cierto, que la medida de la necesidad de la pena se encuentra en su función preventiva.

menor que la de la prohibición de leyes *ex post facto*. De todas las concreciones del principio de legalidad, la garantía de la irretroactividad de la ley penal desfavorable es la de más alta certeza en su aplicación. Por cierto que existen zonas de penumbra relativas al alcance de la garantía, como por ejemplo las dudas en relación con la aplicación del principio a las medidas de seguridad, las leyes procesal-penales y las leyes sobre la ejecución de la pena, pero en todo el ámbito de su núcleo de significado, esta garantía constitucional tiene más el carácter de una regla que de un principio. Si la norma legal en cuestión es de aquellas cuya aplicación retroactiva está prohibida por la Constitución, entonces dicha prohibición es categórica. El principio de la proporcionalidad, por el contrario, es un imperativo de optimización, un estándar abierto a argumentos de ponderación con otros estándares, y, lo que es más importante, un mandato que para su concreción otorga al legislador una amplia prerrogativa de decisión.²⁷

Esta observación alcanza la médula de la segunda gran diferencia existente entre la prohibición de leyes *ex post facto* y el principio de la favorabilidad. A diferencia de la aplicación irrestricta del principio de legalidad, en todos los sistemas jurídicos es constatable el reconocimiento de importantes excepciones al mandato de aplicación retroactiva de la ley más favorable.

Una excepción generalizada se encuentra en el respeto al efecto de cosa juzgada. Desde el punto de vista del principio de la proporcionalidad, también el cumplimiento de una condena resulta un exceso, cuando hay una declaración legislativa de la falta de merecimiento o necesidad de la pena que se está cumpliendo. No obstante, el valor de la estabilidad de los efectos de las sentencias firmes es preferido por una parte considerable de los sistemas jurídicos, de modo que no basta con el principio de la favorabilidad, sino que se exige del legislador un pronunciamiento adicional y expreso, para que una ley posterior más favorable sea aplicada al condenado. Esta excepción es tan marcada, que por lo general se expresa en la formulación misma del

²⁷ Sobre el principio de la proporcionalidad véase en general ROBERT ALEXY, *TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* 111-15 (1993). Sobre su aplicación en el derecho público alemán véase Ernesto Pedraz Penalva & Victoria Ortega Benito, *El Principio de Proporcionalidad y su Configuración en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Literatura Especializada Alemanas*, 17 PODER JUDICIAL 69 (1990).

principio de favorabilidad, mediante una referencia a la sentencia condenatoria como último momento oportuno para la entrada en vigencia de la ley más favorable.²⁸

La contraexcepción más significativa a esta preferencia por la intangibilidad de la cosa juzgada se encuentra en el Derecho penal español, de vasta influencia en Hispanoamérica. Desde 1870, los códigos penales españoles han otorgado preferencia al principio de la favorabilidad por sobre el efecto de cosa juzgada, y en tal virtud han ordenado también la revisión de las sentencias firmes en caso de establecerse posteriormente una ley más favorable.²⁹ Esta enérgica aplicación del mandato de retroactividad *in bonam partem* no ha dejado de producir problemas prácticos, pero a pesar de ello suscita adhesión unánime en la doctrina.³⁰

Por otra parte, en el Derecho penal continental es también generalizado el reconocimiento de precisiones al alcance del principio de la favorabilidad, basadas en consideraciones político-criminales. La doctrina continental —y siguiéndola, la legislación— ha elaborado criterios para fundamentar restricciones al principio de la favorabilidad, aplicables aún en defecto de una declaración expresa del legislador. Estos criterios se basan en la adscripción a ciertas leyes de una pretensión de preteractividad que no es contrarrestada por el término de su vigencia formal, y que produce por lo tanto el efecto de neutralizar el principio general la aplicación retroactiva de la ley posterior más favorable. El caso más importante de estas precisiones es el de las leyes temporales.

Por "ley temporal" la doctrina continental entiende una ley penal que asigna un tratamiento punitivo más severo a ciertas conductas en consideración a circunstancias especiales y transi-

²⁸ Tal es el caso del Derecho alemán véase la § 2-III del Código Penal, *supra* nota 25.

²⁹ Art. 23 Cód. PEN. ESP. de 1870; art. 8 Cód. PEN. ESP. de 1928; art. 24 Cód. PEN. ESP. de 1932; art. 24 Cód. PEN. ESP. de 1944; art. 2-2 Cód. PEN. ESP. de 1995. Lo más notable de la tradición española en esta materia es el hecho de haberse mantenido ininterrumpidamente, pese a las grandes diferencias que existieron entre las orientaciones de política criminal mantenidas por los distintos textos legales, que ha sido liberal en los Códigos de 1870, 1932 y 1995 y autoritaria en los de 1928 y 1944. Para su influencia en Hispanoamérica véase 2 JIMÉNEZ DE ASÚA, *supra* nota 8, en la pág. 677.

³⁰ Por todos véase 1 JOSÉ CEREZO MIR, *CURSO DE DERECHO PENAL ESPAÑOL: PARTE GENERAL* 188 (3ra. ed. 1985).

torias. Por esta razón, el cambio de esas circunstancias hace innecesaria la mantenimiento futura de ese tratamiento punitivo específico, pero no altera su adecuación como tratamiento punitivo de las conductas que fueron cometidas bajo dichas circunstancias especiales. La nueva regulación —que usualmente es la regulación general, transitoriamente desplazada por la ley temporal— no implica una nueva valoración político-criminal de los hechos punibles cometidos bajo la vigencia de la antigua regulación.

Esta consideración político-criminal se estima implícita en las leyes penales que tienen un plazo preestablecido para el término de su vigencia formal (de aquí la denominación de “leyes temporales”). Ello es así, porque por regla general, cuando una ley establece un tratamiento penal específico para acciones que se cometan u omitan dentro de un período determinado, lo hace considerando que dentro de ese plazo dichos comportamientos tienen una significación social peculiar que hace necesario ese tratamiento penal.³¹

Usualmente, la doctrina agrega a la razón anterior consideraciones de eficacia de la ley temporal para defender su carácter de excepción al principio de la favorabilidad. Estas consideraciones apuntan al hecho obvio de que si no hubiera certeza acerca de la aplicación preteractiva de la ley penal temporal mientras más cerca estuviera el plazo de término de su vigencia menos efecto preventivo tendría ella.³² Pero este argumento no

³¹ Véanse 1 ROXIN, *supra* nota 17, § 5, en la pág. 64; 1 MAURACH/ZIFF, *supra* nota 17, en la pág. 20; JESCHECK, *supra* nota 17, en la pág. 126; MIR PUIG, *supra* nota 17, en la pág. 85; LUZÓN PEÑA, *supra* nota 13, en las págs. 189-91. Con anterioridad a la dictación del Código Penal de 1995, el derecho español no consagraba la excepción de las leyes temporales. No obstante ello, un importante sector de la doctrina española sostuvo que la disposición legal que establecía el principio de favorabilidad debía interpretarse en el sentido de admitir esta excepción. Véanse BACIGALUPO, *supra* nota 13, en la pág. 61; Silva Sánchez, *supra* nota 26, en las págs. 720-22; LUZÓN PEÑA, *supra* nota 13, en las págs. 189-91; matizadamente RODRÍGUEZ MOURULLO, *supra* nota 24, en la pág. 137-38; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *MANUAL DE DERECHO PENAL ESPAÑOL* 100, 101 (1984). En todo caso, la mayoría de los autores que sostenían la opinión contraria no discutían la razonabilidad político-criminal de reconocer precisiones al principio de favorabilidad, sino que las consideraban excluidas por el tenor literal de la disposición legal que consagraba el mandato de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. Por todos véase JOSÉ ANTON ONECA, *DERECHO PENAL* 129-30 (2da. ed. 1986).

³² Por todos véase 1 ROXIN, *supra* nota 17, § 5, en la pág. 64.

tiene fuerza por sí solo.³³ Como ha señalado Günther Jakobs, no se ve qué inconveniente habría en la pérdida anticipada de vigencia de una ley penal, si es que se previera anticipadamente la obsolescencia de las valoraciones expresadas en ella.³⁴ Sólo cuando se asume que esas valoraciones no pierden continuidad, pese al término de vigencia formal de la ley que las expresa, es que resulta inconveniente la pérdida de eficacia de la ley temporal.

Así pues, debe concluirse que para la doctrina continental lo crucial de las leyes temporales es que su término de vigencia obedece a la desaparición del motivo de su establecimiento pero no a un cambio en la concepción de la legislación en relación con la significación antijurídica de las acciones u omisiones reguladas por esa ley. El fundamento de la inaplicabilidad del principio de retroactividad de la ley más favorable se encuentra en la constatación de una continuidad en las valoraciones político-criminales expresadas en la ley.

Así se explica que junto a las leyes temporales en sentido estricto la doctrina continental haya elaborado el concepto de leyes temporales en sentido amplio. Estas son leyes que, a pesar de no fijar anticipadamente un plazo o condición para su término de vigencia, persiguen una finalidad que se encuentra manifiestamente vinculada a circunstancias temporales especiales, cuya desaparición, si bien priva a esas leyes de su razón regulativa, no altera su adecuación político-criminal como estándar aplicable a los hechos cometidos en las anteriores circunstancias especiales.³⁵

³³ Uno de los tantos rasgos notables del Proyecto de Libro Primero de la Parte General del Código Penal elaborado por Helen Silving es haber detectado la debilidad de este argumento, sosteniendo con lucidez que la ley debe aceptar como legítimo el esfuerzo del responsable por escapar de la punición más severa, como consecuencia del privilegio reconocido contra la autoincriminación. HELEN SILVING, *ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO* 53-54 (1976). Esta autora yerra sin embargo al no advertir que la pretensión de preteractividad de las leyes temporales tiene un mejor fundamento.

³⁴ JAKOBS, *supra* nota 16, en las págs. 117-18.

³⁵ La redacción actual de la § 2-IV del Código Penal de Alemania se encuentra deliberadamente fijada para acoger ambas clases de leyes temporales: “Una ley que sólo ha de valer para un tiempo determinado debe aplicarse a los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ella ya no esté en vigor. Esto no rige en tanto la ley disponga otra cosa” (traducción suplida). La redacción del art. 2-2 *in fine* del Código Penal español de 1995 deja la cuestión entregada a la interpretación doctrinaria y jurisprudencial: “Los hechos co-

Como salta a la vista, la explicitación del fundamento material de estos casos de inaplicabilidad del principio de favorabilidad no es sino el reverso de la formulación material del propio mandato de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. Materialmente formulado, el principio de la favorabilidad no consiste en el deber de realizar un cálculo estimativo de las penalidades alternativas conforme a las leyes que han existido y aplicar sin más —“ciegamente”— aquella que arroje el resultado menos gravoso. Por el contrario, la formulación material del principio de la favorabilidad exige entender el concepto de *ley más favorable* en el sentido de la ley que expresa una valoración distinta del hecho. La declaración del menor merecimiento o necesidad de pena expresada en la nueva ley tiene que alcanzar también, como nueva valoración, a los hechos cometidos bajo el imperio de la ley anterior.

Sólo la constatación de un cambio de valoración puede producir la pérdida de la significación del conflicto que existió entre el hecho punible y la ley penal al momento de su comisión, y sólo esa pérdida de significación hace de la mantención del antiguo tratamiento un exceso desproporcionado en la reacción estatal y por lo mismo inadmisibles en un Estado de Derecho. Por esta razón, en rigor no se trata de excepciones o restricciones al principio de la favorabilidad, que obedezcan a la preponderancia de otro interés o principio en conflicto con él, sino de casos de inaplicabilidad del principio, por ausencia de sus presupuestos fundantes. La preteractividad de las leyes temporales es una precisión del alcance del mandato de aplicación retroactiva de la ley más favorable.

Esta concepción material del principio de la favorabilidad, con el reconocimiento de casos de inaplicabilidad que ella implica, ha sido explícitamente propuesta en España por Jesús María Silva Sánchez para el tratamiento de la sucesión en el tiempo de las leyes extrapenales complementarias de leyes penales

metidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario”. En el contexto cultural español, eso sí, el término “ley temporal” designa más bien a las leyes temporales en sentido estricto, ya que al menos desde Jiménez de Asúa es usual referirse a las leyes temporales en sentido amplio como “leyes excepcionales”. 2 JIMÉNEZ DE ASÚA, *supra* nota 8, en la pág. 641; MIR PUIG, *supra* nota 17, en la pág. 85.

en blanco, el ámbito donde tiene mayor importancia práctica este problema.³⁶

Aunque la tesis de Silva Sánchez ha tenido alguna acogida en la doctrina española,³⁷ no puede afirmarse que represente la posición dominante. En su contra conspira, primero, la larga tradición estatutaria de consagración irrestricta del mandato de favorabilidad, y, en segundo lugar, la tendencia del derecho internacional de los derechos humanos a hacer del trato penal más favorable un derecho subjetivo público enteramente equivalente al derecho subjetivo a la irretroactividad de la ley penal desfavorable.

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966*³⁸ y la *Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969*³⁹ disponen junto a la prohibición de aplicación retroactiva de las normas punitivas, que si una ley posterior establece una pena menos severa el delincuente “se aprovechará de ello”. Esta regulación eleva de rango al mandato de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable y lo configura como la consecuencia de un derecho subjetivo público, exigible mediante las mismas acciones y los mismos procedimientos de reclamación establecidos para la protección del derecho fundamental a la legalidad penal.⁴⁰

³⁶ Véase Silva Sánchez, *supra* nota 26.

³⁷ Véase LUZÓN PEÑA, *supra* nota 13, en las págs. 190-92 y, de modo muy genérico, MIR PUIG, *supra* nota 17, en la pág. 85.

³⁸ Art. 15-1 (1966).

³⁹ Art. 9 (1969).

⁴⁰ La equiparación del derecho internacional ha producido efectos importantes en el derecho interno de los sistemas jurídicos. Los partidarios en España de la inclusión del principio de la favorabilidad en el principio de la legalidad se basan en el derecho internacional para fundar su reclamo, y exigen su consideración como un derecho subjetivo público, cuestión esta última que todavía no ha sido concedida por el Tribunal Constitucional español. Huerta Tocildo, *supra* nota 20, en las págs. 98-101. Para el contexto de Puerto Rico, el caso más significativo de esta recepción del derecho internacional es sin embargo el de Canadá. Siguiendo la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, la reforma constitucional de 1982, que estableció la nueva carta de derechos y libertades canadiense, reconoció como derechos del acusado tanto el derecho a un juzgamiento conforme al derecho vigente al momento del hecho punible como el derecho a beneficiarse del menor castigo en caso de variación de la regulación aplicable. CAN. CONST. (Constitution Act, 1982) pt. I (Canadian Charter of Rights and Freedoms), §§ 11(g), 11(i). Véase DON STUART, CANADIAN CRIMINAL LAW 27-34 (1987).

En los sistemas jurídicos en que se ha producido la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, el reconocimiento de un derecho subjetivo al tratamiento penal más favorable, oponible al propio legislador democrático, acarrea la desaparición de la prerrogativa de decisión de éste en relación con su denegación de ese beneficio. Esto es una consecuencia inevitable de su elevación de rango —legal a supralegal— y su formalización —derecho subjetivo público en vez de mero principio objetivo—. Pendiente queda, sin embargo, la determinación del ámbito de protección de este derecho fundamental. Es decir, si el supuesto de hecho —la favorabilidad de la nueva ley— ha de entenderse en términos formales y abstractos o materiales y concretos, en relación con las valoraciones expresadas en la ley. Esta interrogante es también relevante para el derecho de Puerto Rico, porque repercute en la comprensión del principio de favorabilidad, aunque ostente solamente un rango legal.

De lo dicho anteriormente se desprende que la opción correcta es la de concebirlo materialmente. La regulación internacional del principio de favorabilidad obedece al propósito de hacer manifiesto que el exceso innecesario en la reacción punitiva del Estado es ético-jurídicamente inadmisibles. Ese propósito es enteramente correcto y no cabe disentir del principio. No obstante, es claro que la satisfacción de ese propósito mediante la homologación del estatus del principio de la favorabilidad al estatus del principio de legalidad constituye una grave torpeza conceptual y categorial. Como se ha visto, el mandato de aplicación retroactiva de la ley más favorable no se deduce del principio de legalidad ni de un postulado garantista superior, común a ambos, y su implementación en los diversos sistemas jurídicos reconoce limitaciones y excepciones que evidencian su menor conclusividad como estándar de justicia. Cuando se tiene a la vista que el fundamento constitucional del principio de favorabilidad es el principio de proporcionalidad, es decir, un estándar esencialmente elástico, queda en evidencia lo improcedente de su equiparación al mucho más rígido principio de legalidad.

El único modo de restablecer la razonabilidad propia de su fundamento constitucional es interpretándolo a la luz de su finalidad de política criminal, es decir, como un mandato de aplicación retroactiva de aquella ley que efectivamente expresa un cambio de valoración legislativa del hecho, en el sentido de excluir o disminuir la necesidad de su represión penal.