

¿DEBE APLICARSE LA LEY PENAL INTERMEDIA MÁS FAVORABLE?

GUILLERMO OLIVER CALDERÓN
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se afirma, mayoritariamente, que las leyes penales intermedias, es decir, aquellas que son promulgadas después de la comisión del delito, pero que son reemplazadas por una tercera ley antes de la dictación de la sentencia, deben aplicarse retroactivamente cuando sean más favorables, a pesar de que ya no están vigentes al momento del fallo. Para hacer esta afirmación se suele invocar, por un lado, el tenor literal del inciso 2° del artículo 18 del Código Penal y, por otro, la idea de que no debe perjudicar al reo la dilación de los procedimientos judiciales. El autor, después de analizar el fundamento de la retroactividad de las leyes penales favorables, que a su juicio se encuentra en el denominado principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso, concluye, contra la tesis abrumadoramente dominante, que las leyes penales intermedias más benignas no deben ser aplicadas.

PALABRAS CLAVE: Irretroactividad - Retroactividad - Retroactividad *in bonam partem* - Leyes penales intermedias - Leyes penales favorables - Efecto retroactivo - Proporcionalidad - Prohibición de exceso - Legalidad penal.

ABSTRACT

In both doctrine and jurisprudence it is asserted that, most of the time, intermediate criminal laws, i.e., those enacted after the perpetration but substituted by a third law before the sentence is passed, must be retroactively applied when they are more favorable, despite their not being current at the time of the decision. To affirm the above, the literal tenor of Subsection 2nd, Article 18, of the Criminal Law is usually invoked, on the one hand; and, on the other, the idea that belatedness of legal procedures must not prove detrimental to the defendant. The author, after discussing the foundations for the retroactivity of favorable criminal laws which, in his opinion, are found in the so-called principle of proportionality in the ample sense or excessive ban, concludes that, against the overwhelmingly dominant thesis, the most benign intermediate criminal laws should of be applied.

KEY WORDS: Irretroactivity- Retroactivity - In *bonam* retroactivity - Intermediate criminal laws - Favorable criminal laws - Retroactive effect - Proportionality - Excessive ban - Criminal legality.

I. INTRODUCCIÓN

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 ley intermedia, ya que rige entre la que estaba en vigor al tiempo del delito y la vigente al momento del fallo¹. 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 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.

Si de la sucesión de leyes integrada por la ley vigente cuando se cometió el delito, la ley –o leyes, si son dos o más– 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 inciso 2º del artículo 18 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 el inciso 1º de la misma disposición legal y en el artículo 19 número 3 inciso 7º 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. Creemos que la respuesta a dicha interrogante depende del fundamento que se atribuya al principio de retroactividad de las leyes penales más benignas. Es por eso que en la primera parte de este trabajo nos proponemos examinar dicho fundamento, destinando la última parte del mismo a exponer nuestra opinión sobre el problema planteado.

II. ANÁLISIS DEL FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE

En la doctrina se han planteado diversas opiniones para explicar la razón por la cual las leyes penales son retroactivas cuando resultan más favorables. A continuación, analizamos las posturas más importantes que sobre este tema se han formulado.

1. *Consideraciones de justicia*

Algunos autores han señalado que son razones de justicia las que justifican la aplicación retroactiva de las disposiciones penales más favorables. Es el caso, por

¹ Por todos, POLITOFF LIFSCHITZ / MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago, 2004), p. 134.

ejemplo, de Maurach, quien afirma que “la rigurosa aplicación de la prohibición de retroactividad encuentra sus fronteras allí donde, en lugar de cumplirse el fin perseguido por la irretroactividad –protección del autor frente a las penas “sobrevinidas”–, se produciría un perjuicio para el sujeto. Toda modificación legal es signo de un cambio valorativo; por la supresión o atenuación de la amenaza penal, manifiesta el legislador una revisión de su concepción primitiva a favor de una más suave. Si se quisiera mantener aquí la prohibición de retroactividad, debería ser castigado el autor sobre la base de una concepción jurídica no profesada ya por el propio legislador. Con el objeto de evitar esta violación de la justicia material, se prevé la obligatoria retroactividad de la ley más benigna”². Es ésta una posición doctrinal que puede ser calificada como dominante³, dada su gran aceptación entre los autores, sea que aludan a la justicia como única fundamentación⁴ de la retroactividad de la ley penal más favorable, o que la mencionen como basamento adicional a otra u otras razones⁵.

Sin embargo, a nuestro juicio, no puede considerarse a la justicia como el motivo que explique por qué las leyes penales deben ser aplicadas retroactivamente cuando resulten más favorables. Ello, porque las mismas razones que suelen esgrimirse para sostener que sería injusto no aplicar en forma retroactiva una ley penal más benigna, que evidencia un cambio en la valoración de la conducta enjuiciada, podrían invocarse para justificar la aplicación retroactiva de leyes penales más severas que las anteriores, en tanto también demuestran un cambio valorativo del legislador. En efecto, si, como afirma Maurach, castigar al autor sobre la base de una concepción jurídica no profesada ya por el legislador, significara una violación de la justicia material, no sólo sería injusto no aplicar retroactivamente una ley penal más benigna que la anterior, sino que también lo

² MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Córdoba Roda (Barcelona, 1962), pp. 142 y s.

³ Así lo considera, junto con la posición doctrinal que alude a consideraciones humanitarias, que se analiza más adelante, SILVA SÁNCHEZ, *Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las “leyes en blanco”*, en AAVV, *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* (Madrid, 1995), p. 699, nota 9.

⁴ Cfr., NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno* (2ª edición, Santiago, 1985), pp. 199 y s.. En la doctrina española, vid., entre otros, GALLEGO DÍAZ, *Prescripción penal y prohibición de retroactividad*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, enero 1986, p. 28; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte General*, tomo I (2ª edición, Madrid, 1996), pp. 184 y s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General* (Madrid, 1978), pp. 132 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho Penal* (Madrid, 1981), p. 325.

⁵ ASÍ, LABATUT GLENA, *Derecho Penal*, tomo I (9ª edición, actualizada por Julio Zenteno Vargas, Santiago, 2000), p. 51. En la doctrina española, cfr., entre otros, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, tomo I (Madrid, 1996), p. 183; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* (2ª edición, anotada y puesta al día por Hernández Guijarro y Beneytez Merino, Madrid, 1986), pp. 126 y s.; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (3ª edición, Barcelona, 1990), pp. 398 y s.; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Retroactividad, ultra-actividad y extractividad de las normas penales. La suspensión de la ejecución y la sustitución de penas de prisión de 3 y 2 años impuestas conforme al Código Penal derogado*, en La Ley n° 4530, 29 de abril de 1998, p. 2.

sería negar dicha aplicación a una nueva ley más severa que la antigua. Y así se justificaría la retroactividad de todas las leyes penales, tanto las más favorables, como las menos benignas⁶. Por ejemplo, según un importante sector doctrinal, habrían sido precisamente razones de justicia las que llevaron a la aplicación retroactiva de leyes penales para castigar los crímenes nazis, que de otro modo, habrían quedado sin sanción⁷.

A la crítica recién mencionada, Rodríguez Mourullo replica que tal “argumentación no es convincente, pues olvida que la idea de justicia no opera aisladamente, sino en tensión dialéctica con las de finalidad y seguridad. Cuando se concede efecto retroactivo a la ley penal más benigna, se está realizando la idea de justicia (la ley nueva se ha promulgado por entender que es más justa que la derogada) sin entrar en conflicto con las ideas de finalidad (la ley nueva se ha promulgado por estimar que es más útil que la antigua) y de seguridad (el ciudadano no se ve sorprendido *a posteriori* por una pena más grave que la prevista al tiempo de su acción, sino que se le impone una más benigna). Por el contrario, si aplicásemos retroactivamente la ley nueva más justa que agrava la penalidad prevista en la antigua, quebrantaríamos el principio de la seguridad jurídica, principio de tan cardinal importancia en el campo penal, que obliga a veces a sacrificar la justicia [...]”⁸ No obstante, en nuestra opinión, la argumentación de dicho autor, más que rebatir la crítica antes formulada, la apoya. En efecto, su planteamiento no hace sino reconocer que la sola idea de la justicia puede conducir a la aplicación retroactiva de nuevas leyes más severas, lo que conculcaría la seguridad jurídica; si se quiere preservar este último valor, debe negarse la posibilidad de aplicar retroactivamente las leyes más perjudiciales, aunque éstas sean más justas que las vigentes al tiempo de los hechos.

2. Razones humanitarias

Es posible encontrar también en la doctrina opiniones que, para explicar cuál es la razón que justifica la retroactividad de las leyes penales más benignas, giran en torno a la idea de razones humanitarias. Así, por ejemplo, Cuerda Riezu sostiene que “sólo cabe entender la retroactividad favorable por razón de humanidad, *pietatis causa*”⁹. Junto con la posición doctrinal que ve en la justicia el

⁶ Cfr. la crítica, en el sentido indicado en el texto, de CASABÓ RUIZ, *Comentario al art. 24*, en CORDOBA RODA / RODRÍGUEZ MOURULLO / DEL TORO MARZAL / CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal* (Barcelona, 1972), p. 46; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, tomo I (5ª edición, Madrid, 1996), p. 185; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho Penal español* (5ª edición, revisada y puesta al día en colaboración con María Dolores Fernández Rodríguez, Madrid, 2000), pp. 119 y s.; LANDECHO VELASCO / MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español. Parte General* (5ª edición, Madrid, 1996), p. 146; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General* (Madrid, 1996), p. 108; MORILLAS CUEVA / RUIZ ANTÓN, *Manual de Derecho Penal (Parte General)* (Madrid, 1992), p. 85.

⁷ Cfr. una exposición y crítica de distintas opiniones sobre el tema en GIL GIL, *Derecho penal internacional* (Madrid, 1999), pp. 66 y ss.

⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 133 y s. En el mismo sentido, GALLEGO DÍAZ, *Prescripción penal*, cit., p. 28, nota 4.

⁹ CUERDA RIEZU, *La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad*

fundamento de la retroactividad penal favorable, puede afirmarse que esta opinión es mayoritaria entre los autores¹⁰, bien consideren a las razones humanitarias como única justificación¹¹, bien lo hagan en conjunto con otras razones¹².

Sin embargo, pensamos que tampoco puede afirmarse que sean, simplemente, consideraciones de tipo humanitario las que expliquen por qué se aplican retroactivamente las leyes penales cuando son más favorables que las anteriores. Si fuera éste el verdadero fundamento, el legislador podría declarar que una nueva ley más favorable que la anterior no produzca efecto retroactivo, en caso que decidiera no tomar en cuenta razones humanitarias de ninguna clase. Ello, porque no existe ningún límite al ejercicio de la potestad punitiva estatal que obligue al legislador a ser piadoso, a tener en consideración razones humanitarias al momento de crear leyes penales. Si lo hubiera, sería una verdadera obligación suya dictar cada cierto tiempo leyes de amnistía en relación con toda clase de delitos –¡qué mejor forma de demostrar piedad!–, lo que nos resultaría francamente inaceptable.

Del examen de los diversos límites al *ius puniendi*, tanto formales, como materiales, que los distintos autores reconocen, se colige que el que más se asemejaría es el denominado principio de humanidad¹³. Pero este principio, en general, se suele concebir como referido a las penas, en el sentido de exigir una cada vez menor intensidad de su afflictividad y menor duración, y de constatar que, históricamente, así ha ocurrido. En consecuencia, no puede extraerse de él la exigencia de que el legislador penal sea piadoso, por lo que, atendiendo sólo a este punto de vista, no habría inconveniente en que aquél declarase que una nueva ley más favorable no tenga efecto retroactivo.

No obstante, los autores sostienen que las leyes penales más benignas deben siempre tener efecto retroactivo, afirmación con la que, en principio, estamos de

penal en clave constitucional, en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario* (dirigido por Balado y García Regueiro, Barcelona, 1998), p. 290 (las cursivas en el original).

¹⁰ Como lo reconocen CASABÓ RUIZ, *Comentario al art. 24*, cit., p. 46; SILVA SÁNCHEZ, *Legislación penal socio-económica*, cit., p. 699, nota 9.

¹¹ Cfr. PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado* (Madrid, 2000), p. 303; CUELLO CALÓN, *Adiciones a la 4ª edición de la traducción de Elementos de Derecho Penal de Enrique Pessina* (Madrid, 1936), pp. 220 y s.; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho Penal español*, cit., pp. 119 y s.; LANDECHO VELASCO / MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español*, cit., p. 145. En la doctrina colombiana, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal. Parte General* (3ª edición, Bogotá, 1997), p. 145.

¹² Vid. LABATUT GLENA, *Derecho Penal*, cit., p. 51. Cfr., en la doctrina española, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 183; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit., p. 126; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, cit., pp. 398 y s.; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 185; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Retroactividad*, cit., p. 2.

¹³ Cfr., entre otros, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General* (6ª edición, Barcelona, 2002), pp. 127 y s.; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 80 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (Barcelona, 1992), p. 261; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General* (5ª edición, Valencia, 1999), pp. 99 y s.; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de la 4ª edición alemana de José Luis Manzanera Samaniego, Granada, 1993), p. 23.

acuerdo, pero que, en nuestra opinión, demuestra que la retroactividad penal favorable no tiene su explicación en supuestas consideraciones humanitarias, sino en otra clase de razones.

3. *Fines de defensa social*

En la doctrina se han planteado también opiniones que señalan que puede encontrarse un fundamento de la retroactividad de las leyes penales más favorables en consideraciones de defensa social. Es el caso, por ejemplo, de Antón Oneca, quien junto con aludir a razones humanitarias y de justicia, explica que “la ley nueva expresa las exigencias de la defensa social y las concepciones ético-jurídicas dominantes en el momento de su nacimiento. Toda ley penal debería ser retroactiva”¹⁴.

En nuestra opinión, sin embargo, no resulta satisfactorio afirmar que sean razones de defensa social las que expliquen por qué las leyes penales deben ser retroactivas cuando sean más benignas. Puede sostenerse aquí la misma argumentación que esgrimimos para rechazar que pueda verse en la idea de justicia el fundamento de la retroactividad penal favorable. En efecto, si, como sostiene Antón Oneca, la nueva ley expresa las exigencias de defensa social y las concepciones ético-jurídicas dominantes en el momento de su promulgación, no se divisa la razón por la que sólo deban ser retroactivas las leyes penales más favorables. En las leyes penales más severas también se expresan aquellas exigencias y concepciones, por lo que una fundamentación que apunte a fines de defensa social debería, necesariamente, conducir a la aplicación retroactiva de todas las leyes penales, tanto las perjudiciales, como las benignas¹⁵. Por lo tanto, creemos que la explicación de por qué las leyes penales más favorables deben tener efecto retroactivo debe ser buscada, acudiendo a otra clase de consideraciones.

4. *Cambio en la valoración de la conducta*

Se ha sostenido también por algún autor que el fundamento de la retroactividad de las leyes penales más favorables se encuentra en la modificación de la valoración que la sociedad hace de ciertos comportamientos. Así, por ejemplo, Serrano Alberca señala que el fundamento de la retroactividad *in bonam partem* “se encuentra más que en razones humanitarias, en el *cambio valorativo de la conducta* operado en el ordenamiento jurídico”¹⁶.

No creemos que se pueda sostener que el fundamento de la aplicación retroactiva de las leyes penales más favorables sea el cambio valorativo de la conducta. Desde luego, si se produce una modificación en la legislación penal para atenuar

¹⁴ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit., p. 126 (las cursivas son nuestras).

¹⁵ Cfr. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit., pp. 126 y s., quien después de señalar que toda ley penal debería ser retroactiva, afirma que “sin embargo, las desfavorables no lo son, porque tropiezan con los derechos adquiridos del individuo a no ser castigado por hechos ni con penas que no estuviesen previamente establecidos; pero en el sector de los preceptos penales no limitado por tal principio queda libre expansión a la retroactividad”.

¹⁶ SERRANO ALBERCA, *Comentario al art. 25, en Comentarios a la Constitución*, VV.AA. (2ª edición, Madrid, 1985), p. 507 (las cursivas son nuestras).

su rigor –o bien para aumentarlo–, es porque ha habido un cambio en la valoración social de determinados comportamientos humanos. Pero este cambio valorativo no explica por qué la nueva normativa tenga que ser aplicada con efecto retroactivo. Lo único que explica es la necesidad de adaptar la legislación penal a la nueva valoración social. Por lo tanto, afirmar que es el cambio valorativo de la conducta el fundamento de la retroactividad de las leyes penales más favorables, nos parece una argumentación incompleta, que requiere un paso más en la búsqueda de aquella fundamentación.

Por otra parte, podríamos repetir aquí la misma crítica que hicimos más arriba frente a la posición doctrinal que ve en la idea de justicia o en fines de defensa social el fundamento de la retroactividad de las leyes penales más benignas. En efecto, aún si aceptásemos que lo que justifica la aplicación retroactiva de las leyes penales más favorables es el cambio en la valoración de la conducta, no divisamos la razón por la cual no puedan tener efecto retroactivo las leyes penales más severas, en tanto éstas también son expresión de una nueva valoración del comportamiento. Acudir a la idea de modificación en la valoración serviría, entonces, para justificar la aplicación retroactiva de todas las leyes penales, tanto las favorables, como las desfavorables. Luego, no puede encontrarse aquí el verdadero fundamento de la retroactividad de las leyes penales más benignas.

5. *Principio de igualdad ante la ley*

Es posible también encontrar en la doctrina opiniones que, buscando un fundamento para la aplicación retroactiva de las leyes penales más favorables, acuden al denominado principio de igualdad ante la ley. Es el caso, verbigracia, de Pérez Royo, quien afirma que “para encontrar una fundamentación acabada de la regla que ocupa nuestra atención [la de la retroactividad de las leyes penales más benignas], ha de tenerse en cuenta [...] la *exigencia de igualdad*, en los términos específicos en que ésta se recoge tradicionalmente en la aplicación de las normas penales. Efectivamente, lo que de manera expresa ha querido el legislador es que, a la hora de valorar la antijuridicidad de una conducta o el merecimiento de pena para la misma, el juzgador aplique la norma vigente en el momento del juicio (e incluso más allá, mientras persista la pena), *valorando por igual* las conductas cometidas antes y después de la entrada en vigor de esa norma, siempre que de ella se derive un resultado más favorable para el reo”¹⁷.

Nos parece que tampoco puede verse en la igualdad ante la ley el fundamento de la aplicación retroactiva de las leyes penales más favorables¹⁸. La exigencia

¹⁷ PÉREZ ROYO, *La aplicación retroactiva de la ley penal más favorable en los casos de modificaciones en la normativa tributaria*, en Revista Técnica Tributaria n° 43, octubre – diciembre 1998, pp. 78 y s. (las cursivas son nuestras), aludiendo también, como fundamento de la retroactividad de las leyes penales más favorables, a los principios de intervención mínima y de prohibición de exceso.

¹⁸ Cfr. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 196, nota 13, considerando más que discutible la derivación de la retroactividad de la ley penal más favorable, directamente, del principio de igualdad ante la ley.

de igualdad podría servir para explicar por qué el efecto retroactivo de las leyes penales más benignas beneficia, sin distinción alguna, a todas las personas que hubiesen realizado conductas delictivas con anterioridad a su entrada en vigor. Pero no da respuesta a la pregunta de por qué resulta obligatorio dar efecto retroactivo a aquellas leyes. Luego, no puede servir por sí sola de fundamento de dicha retroactividad.

Además, la exigencia de igualdad resultaría respetada, aun cuando no se diera aplicación retroactiva a las leyes penales más favorables y se mantuviera una irretroactividad absoluta de toda ley penal, porque el principio de igualdad obliga a tratar en forma igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales. Entre quienes realizan una conducta delictiva durante la vigencia de una ley penal más severa y quienes actúan estando en vigor una ley nueva más benigna, existe una diferencia fundamental: los primeros infringen una norma primaria, en tanto que los segundos no lo hacen; o bien, ambos contravienen una norma primaria, pero aquéllos lo hacen en un momento en que la norma secundaria establece un tratamiento jurídico-penal más duro que el contenido en la norma secundaria bajo la vigencia de la cual lo hacen éstos. Por lo tanto, un estricto respeto del principio de igualdad podría conducir a negar aplicación retroactiva a las leyes penales más favorables, consagrándose un sistema de absoluta irretroactividad de toda ley penal.

Por otro lado, la argumentación de Pérez Royo, que parte de la base de que la regla general es la aplicación por el juez del Derecho vigente en el momento de la sentencia, o sea, la retroactividad, salvo que ello conduzca a un resultado desfavorable para el reo, es de difícil aplicación en Chile. Ello, porque, de conformidad con lo previsto en el inciso 3º del artículo 18 del Código Penal, la retroactividad de las leyes penales más favorables se extiende incluso a los casos en que ya existe sentencia firme¹⁹. Luego, no puede explicarse dicha retroactividad como la simple aplicación por el juzgador del Derecho vigente al momento de dictar sentencia²⁰.

6. Principio de legalidad

También se encuentran en la doctrina opiniones que señalan que el fundamento de la retroactividad de las leyes penales más favorables se halla en el propio principio de legalidad. En este sector doctrinal destaca HUERTA TOCILDO, quien afirma que “el principio de legalidad penal tiene también atribuida una función de garantía de la libertad individual que quedaría empañada, por no decir anulada, si la ley posterior más favorable, ya sea porque convierte en lícito lo que antes era ilícito, ya sea porque reduce la pena que previamente correspondía a ese mismo hecho, careciera de incidencia respecto de las conductas llevadas

¹⁹ Otro tanto ocurre en España, país en cuyo Código Penal se extiende la retroactividad favorable a los casos en que se ha dictado sentencia firme y el reo se encuentra cumpliendo la pena impuesta (art. 2.2). No sucede lo mismo en Alemania, país en cuyo Código Penal se fija como límite para la aplicación retroactiva de las leyes penales más favorables, el momento de la dictación de la sentencia (parágrafo 2).

²⁰ Cfr. la crítica a similar argumentación de Klaus Tiedemann, en SILVA SÁNCHEZ, *Legislación penal socio-económica*, cit., p. 697, nota 1.

a cabo bajo la vigencia de la ley a la que ha venido a sustituir. Incidencia que, por lo acabado de decir, no trae por fundamento, como frecuentemente ha sostenido la doctrina, motivos “pietistas” o humanitarios, ni obedece a una concesión “graciosa” del legislador, sino que le vincula, al ser una derivación más del significado político y democrático del principio consagrado en el art. 25.1 C.E. y de su función de garantía de la libertad individual, que impide que se sigan restringiendo los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando ello ya no se juzga necesario, o que pervivan unas sanciones cuya gravedad ha sido cualitativa o cuantitativamente atenuada²¹. Es decir, Huerta Tocildo sostiene que el fundamento de la retroactividad de las leyes penales más benignas se encuentra, en último término, en el principio de legalidad penal, al cual dicha autora le atribuye una función de garantía de la libertad individual²².

No nos parece que el fundamento de la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables sea el principio de legalidad penal. Al aparecer en las primeras Declaraciones²³, Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos²⁴ y Constituciones²⁵, el principio de legalidad penal fue consagrado a través de una

²¹ HUERTA TOCILDO, *Principio de legalidad y normas sancionadoras*, en El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Cuadernos y debates nº 103, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, 2000), p. 35. También LA MISMA, *El derecho fundamental a la legalidad penal*, en Revista Española de Derecho Constitucional nº 39, año 1993, p. 97.

²² Similar, ARROYO ZAPATERO, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, en Revista Española de Derecho Constitucional nº 8, 1983, p. 18.

²³ Cfr. la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789: “La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada” (art. 8). Vid. también la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional” (art. 11.2).

²⁴ Cfr. el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950: “1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (art. 7).

²⁵ Cfr. entre otras, la Constitución de México, de 1917: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna” (art. 14.1); la Constitución de la República italiana, de 1947: “Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de que haya sido cometido el hecho que se pretende castigar” (art. 25.2); la Ley Fundamental de Bonn, de 1949: “Un hecho sólo se puede castigar si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho” (art. 103.2); la Constitución de Bulgaria, de 1971: “La ley que incrimina un acto determinado o que eleva la responsabilidad penal, no tiene efecto retroactivo” (art. 136.2); la Constitución española, de 1978: “La Constitución garantiza [...] la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales” (art. 9.3); “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” (art. 25.1).

prohibición de retroactividad de las leyes penales, pero sin ninguna alusión a la retroactividad de las leyes penales más benignas. Fue con posterioridad que comenzó a reconocerse en algunos Tratados Internacionales²⁶ y en ciertas Constituciones²⁷, la retroactividad *in bonam partem*. Y es comprensible que así haya sido, porque la irretroactividad de las leyes penales, parte integrante del contenido que se suele asignar al principio de legalidad, tiene un indudable carácter de garantía para los ciudadanos, en el sentido de protegerles frente a eventuales condenas sorpresivas o aumentos de pena *ex post facto*, permitiéndoles adecuar sus comportamientos a los mandatos y prohibiciones legales. O sea, haciendo posible que sepan a qué atenerse, cautelándose así la seguridad jurídica. En cambio, la retroactividad de lo favorable no representa ninguna garantía para las personas, ya que nadie puede saber, en el momento en que comete un delito, si se va a promulgar o no con posterioridad una ley que despenalice el hecho o le asigne una pena menos rigurosa. Y, por otra parte, no existiría en este caso ningún peligro de producción de un mal, del cual proteger a los ciudadanos, sino que, al contrario, una mera posibilidad de que a futuro se dicte una nueva ley penal que establezca un tratamiento más benigno para el hecho realizado, por lo que mal puede decirse que la aplicación retroactiva de las eventuales leyes penales más favorables que se promulguen sea para ellos una garantía²⁸.

Por otra parte, no compartimos la afirmación de Huerta Tocildo, en cuanto a considerar que la retroactividad de las leyes penales más benignas sea una derivación más del significado político y democrático del principio de legalidad. Generalmente, cuando los diversos autores explican cuál es el fundamento del principio de legalidad, suelen mencionar los siguientes: el liberalismo político, el principio de separación de poderes, el principio de culpabilidad y la prevención general²⁹. De éstos, los que más se vinculan con el sentido político y democrático del principio de legalidad son los dos primeros. Pero ninguno de ellos permite llegar a la conclusión de que la ley penal, cuando sea más favorable, deba ser retroactiva. El liberalismo político exige una vinculación de los poderes ejecutivo y judicial a las leyes. Esta idea se impuso merced a reivindicaciones de

²⁶ Cfr. el texto de la parte final del art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966: "Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello". Con idéntica redacción, vid. la parte final del art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969.

²⁷ Vid., entre otras, la Constitución de Portugal, de 1976: "Nadie podrá sufrir pena o medida de seguridad privativa de libertad más grave de la que está prevista en el momento de la conducta que la motive, aplicándose retroactivamente las leyes penales de contenido más favorable al imputado" (art. 29.4); la Constitución de Cuba, de 1976: "Las leyes penales tienen efecto retroactivo cuando sean favorables al encausado o sancionado" (art. 60).

²⁸ Cfr. la argumentación, en el sentido del texto, de CUERDA RIEZU, *La aplicación retroactiva de las leyes favorables*, cit., p. 290.

²⁹ Así, ROXIN, *Derecho Penal. Parte General* (traducción de la 2ª edición alemana y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Madrid, 1997), pp. 144 y ss.. Similar, BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal. Parte General* (5ª edición, Madrid, 1998), pp. 55 y ss.

la burguesía, que reclamaba contra la arbitrariedad de los jueces y gobernantes, logrando con el tiempo que se reconociera la obligación de éstos de someterse a la ley, evitándose abusos de poder. Así se explican varias manifestaciones del principio de legalidad, como, por ejemplo, la proscripción de la analogía. Pero no observamos nada en el postulado del liberalismo político, consistente en exigir este apego a la ley, que obligue a dar aplicación retroactiva a las leyes penales más benignas. Incluso en un sistema en que rija una absoluta irretroactividad de todas las leyes penales, dicho modelo no se vería alterado. Y en cuanto al principio de división de poderes, éste exige, atendido que la pena constituye la más dura de las injerencias en la libertad de las personas, que su legitimación no resida en los jueces ni en el poder ejecutivo, sino en el Parlamento, órgano que representa al pueblo. Así se explica la exigencia de que sólo la ley pueda crear delitos y penas. Pero tampoco hay algo en esta idea que conduzca a la necesaria retroactividad de las leyes penales favorables. La división de poderes resultaría intacta si se estableciera un sistema de irretroactividad de toda ley penal.

Es verdad que los ciudadanos gozan de mayores espacios de libertad en sistemas que establecen la retroactividad de las leyes penales más favorables, que en aquellos que consagran la irretroactividad de toda ley penal, sea ésta benigna o severa. Y también es cierto que las exigencias que se suelen atribuir al principio de legalidad (prohibición de analogía, prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, prohibición de retroactividad y mandato de determinación) conducen a proteger la libertad de las personas. Pero no por ello se puede afirmar que la retroactividad *in bonam partem* sea una derivación del principio de legalidad penal. Ello, porque la protección de la libertad que se consigue con el principio de legalidad, se dispensa como consecuencia de una evitación de intromisiones arbitrarias de la autoridad. En cambio, la mayor libertad que se logra con la aplicación retroactiva de las leyes penales más benignas, se obtiene a raíz de una prohibición de mantener penas innecesarias. A mayor abundamiento, es evidente que también se consiguen espacios de libertad a través de algunos de los denominados límites al ejercicio del *ius puniendi*, como por ejemplo, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos³⁰, porque en la medida en que con la intervención penal no se incremine cualquier conducta, sino que se castiguen sólo lesiones o puestas en peligro de intereses imprescindibles para el desarrollo de las personas en sociedad, más comportamientos podrán ser realizados sin correr el riesgo de sufrir la imposición de una pena. Y no por ello se puede sostener que también sean una derivación del principio de legalidad penal.

El Tribunal Supremo español, por otro lado, ha afirmado, claramente, que la retroactividad *in bonam partem* no es una derivación del principio de legalidad. Así, ha señalado que “el principio de legalidad protege la confianza de los ciuda-

³⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., pp. 267 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 124 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal* (3ª edición, Valencia, 1993), pp. 233 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General* (4ª edición, Barcelona, 1994), pp. 107 y s.

danos en los ámbitos de libertad que establece el orden jurídico en el momento de su actuación. El interés del ciudadano, por el contrario, en ser beneficiado con leyes posteriores a su hecho que le sean más beneficiosas que las vigentes en el momento en el que se decide a vulnerar el orden jurídico, carece de relevancia constitucional en el marco del principio de legalidad, dado que no afecta en modo alguno al ejercicio del derecho a la libertad. En efecto, la infracción de la norma legal que acuerda la retroactividad de las leyes penales más favorables (art. 2.2 CP), no infringe ninguna de las prohibiciones que se derivan del principio de legalidad, es decir, no constituye una vulneración de la exigencia de ley previa (“*lex praevia*”), ni de la ley cierta (“*lex certa*”), ni de la ley aplicada estrictamente (“*lex stricta*”) ³¹.

Bacigalupo sostiene que “vulnerar el principio de legalidad significa, precisamente, contradecir su fundamento” ³², afirmación con la que estamos de acuerdo. Pues bien, en atención a que si se niega aplicación retroactiva a las leyes penales más favorables no se contraviene ninguno de los fundamentos del principio de legalidad penal, no puede verse en este principio el basamento de la retroactividad *in bonam partem*.

7. Fundamentación compleja

Es posible también encontrar en la doctrina opiniones que, buscando el fundamento de la aplicación retroactiva de las leyes penales más favorables, proponen una justificación compleja integrada por varias ideas. Así, por ejemplo, Luzón Peña afirma que “el *fundamento* de la retroactividad de la ley más favorable responde principalmente al cambio de valoración jurídica en sentido desincriminador o atenuatorio que expresa la nueva ley, por lo que parece más *justo* [...] aplicarla también a los hechos anteriores, tratándolos igual que a los cometidos con posterioridad, y más adecuado, puesto que ya no parece *necesario* (a efectos preventivo-generales ni especiales) penar, o penar tanto, tales conductas [...]; además, tal retroactividad tiene un sentido humanitario o pietista, similar al de otras regulaciones o construcciones de orientación *pro reo*. Y aquí, a diferencia de lo que sucede cuando la nueva ley es desfavorable, no se opone a la retroactividad la posible infracción de las garantías para la seguridad jurídica por no aplicar la ley vigente durante el hecho” ³³.

No compartimos la opinión de quienes consideran que la retroactividad de las leyes penales más favorables tiene una justificación compleja, en la medida en que dentro de las varias razones que suelen mencionarse como fundamento, se

³¹ STS 1356/1997, de 11 de noviembre, fundamento jurídico 1° (RJ 1997\7854).

³² BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal*, cit., p. 57.

³³ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 183 (las cursivas en el original). Cfr. también SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, cit., pp. 398 y s., aludiendo a consideraciones humanitarias y de justicia; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit., pp. 126 y s., mencionando razones de humanidad, justicia y fines de defensa social; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Retroactividad*, cit., p. 2, señalando motivos de justicia, necesidad de pena y de humanidad; PÉREZ ROYO, *La aplicación retroactiva*, cit., pp. 78 y s., invocando los principios de intervención mínima, prohibición de exceso e igualdad ante la ley.

incluyen ideas que nosotros ya hemos rechazado. En efecto, los autores que proponen una fundamentación compuesta insertan en ella, entre otras explicaciones, consideraciones de justicia, motivos humanitarios o de piedad, fines de defensa social y exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, ideas todas que no compartimos por las razones más arriba esgrimidas, a las que remitimos al lector.

8. *Principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso*

Hay también autores que sostienen que el fundamento de la retroactividad de las leyes penales más favorables se encuentra en el denominado principio de prohibición de exceso. Es el caso, verbigracia, de Silva Sánchez, quien afirma que “el principio general de irretroactividad de las leyes penales cuenta con una significativa excepción. Se trata de la admisibilidad de la aplicación retroactiva de las disposiciones favorables al reo, cuyo fundamento reside en razones político-criminales que Cobo y Vives, por ejemplo, [...] reconducen a las exigencias del principio de *prohibición de exceso*”³⁴.

En nuestra opinión, están en lo correcto quienes señalan que es el principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso el fundamento de la aplicación retroactiva de las leyes penales más benignas. Si se dicta una ley que elimina la punibilidad de un hecho, la pena impuesta por el mismo hecho –

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Legislación penal socio-económica*, cit., p. 699 (las cursivas son nuestras). Cfr. también COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 195 y s.; LOS MISMOS, *Comentario al art. 2*, en *Comentarios al Código Penal* (dir. Cobo del Rosal, Madrid, 1999), tomo I, p. 73; LOS MISMOS, *Retroactividad de las disposiciones favorables en materia de contrabando*, en *Comentarios a la Legislación Penal* (dir. Cobo del Rosal, coord. Bajo Fernández, Madrid, 1984), tomo III, Delitos e infracciones de contrabando, p. 585; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable* (Madrid, 2000), pp. 31 y ss; GÓRRIZ ROYO, *La problemática de las remisiones normativas y de la retroactividad de las leyes penales favorables en relación a los delitos sobre la ordenación del territorio*, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, n° 1, 1998, p. 90; PÉREZ ROYO, *La aplicación retroactiva*, cit., 78 y s., sin que el principio de prohibición de exceso sea para este autor el único fundamento de la retroactividad *in bonam partem*. Similar, aludiendo al principio de *necesidad de pena*, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 112; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, cit., pp. 176 y s.; BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALAREE, *Lecciones de Derecho Penal* (Madrid, 1997), tomo I, p. 107; CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales* (3ª edición, Valencia, 1999), pp. 140 y s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte General* (Valencia, 1998), pp. 127 y ss.; EL MISMO, *Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social* (Madrid, 1995), pp. 121 y ss., utilizando una argumentación en términos de necesidad de pena, para negar retroactividad a la cláusula de regularización tributaria de la Ley española del IRPF de 1991, en el delito de defraudación tributaria. Cfr. también FIORE, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada* (3ª edición, trad. Aguilera de Paz, Madrid, 1927), p. 442, quien no obstante sostener que el fundamento de la retroactividad de las leyes penales favorables se encuentra en la idea de justicia, agrega un argumento de proporcionalidad “entre la contravención realizada o la violación de la ley, con el mal que se reconozca por el legislador como necesario y eficaz para restablecer el orden jurídico”, añadiendo que “sería arbitrario fijar una pena exorbitante, o sea, superior a lo que pueda ser exigido, con arreglo a la razón penal, para conseguir el fin racional de la pena, es decir, la tutela del orden jurídico”.

o que se pretenda imponer— conforme a la anterior ley ya no cumpliría ningún efecto de prevención general ni especial. En tal caso, no aplicar retroactivamente la nueva ley supondría infringir el principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso, porque se mantendría —o se impondría— una pena que no sería idónea para el fin de prevención de delitos, ni necesaria para el mismo fin, ni proporcionada³⁵. En efecto, si cualquier ciudadano realiza el mismo hecho a futuro, no tendrá sanción (punto de vista de la prevención general), lo mismo que si lo repite quien lo había realizado bajo la vigencia de la ley anterior (punto de vista de la prevención especial). Luego, al no ser la pena anterior —o la que se quiera imponer según la ley anterior— idónea para prevenir delitos, tampoco será necesaria para ese fin y, en consecuencia, será desproporcionada. Y si lo que se promulga es una ley que reduce la penalidad de un hecho, el exceso de pena impuesta por el mismo hecho —o que se quiera imponer—, de conformidad con la ley anterior, tampoco cumpliría efectos de prevención. En este evento, de no aplicarse en forma retroactiva la ley nueva, se produciría una evidente vulneración del mencionado principio, al mantenerse —o aplicarse— una concreta intensidad de pena que no cumpliría las indicadas notas de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En efecto, habrá desaparecido la eficacia preventivo general y especial de las penas impuestas —o que se pretenda imponer— de acuerdo con la anterior ley más severa, en aquella medida de pena que exceda de la cuantía aplicable según la nueva ley. Luego, al no ser el exceso de pena idóneo para prevenir delitos, en esa misma medida no será necesario para dicho fin, con lo cual tampoco será proporcionado³⁶.

III. SUPUESTA APLICABILIDAD DE LAS LEYES PENALES INTERMEDIAS MÁS BENIGNAS. OPINION PERSONAL

La abrumadora mayoría 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 inciso 2º del artículo 18 del Código Penal, el cual no distingue si la ley penal más benigna promulgada con posterioridad al hecho es o no intermedia y, por otro, que no debe perjudicar al reo la dilación de los procedimientos judiciales³⁷. Tal es el parecer también de la jurisprudencia³⁸.

³⁵ Cfr. el contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso (que incluye las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) en AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal* (Madrid, 1999), pp. 137 y ss. También COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 84 y ss.

³⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Legislación penal socio-económica*, cit., pp. 699 y s., cuya argumentación recogemos.

³⁷ Cfr., POLITOFF LIFSCHITZ, *Derecho Penal* (1ª edición, Santiago, 1997), pp. 187 y s.; GARRIDO MONTT, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I (Santiago, 2001), pp. 110 y s.; ETCHEBERRY, *Derecho Penal. Parte General* (3ª edición, Santiago, 1999), tomo I, pp. 147 y s.; CURY URZÚA, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I (2ª edición, Santiago, 1996), p. 213; LABATUT GLENA, *Derecho Penal*, cit., p. 52; NOVOA MONREAL, *Curso*, cit., pp. 205 y s.; POLITOFF

No compartimos la opinión dominante en esta materia.³⁹ 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 sentencia⁴⁰. Luego, quienes consideran que el fundamento de la retroactividad de las leyes penales más benignas está en razones de piedad⁴¹, son consecuentes si siguen la posición

LIFSCHITZ / MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones*, cit., pp. 134 y s.; FONTECILLA, *La aplicación de la ley penal en el tiempo*, en Revista de Ciencias Penales, 2ª época, tomo X, nº 4, octubre – diciembre 1948, pp. 234 y s. En la doctrina española, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 118 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., pp. 107 y s.; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General* (4ª edición, Valencia, 2000), p. 160; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, cit., pp. 187 y s.; RODRÍGUEZ DEVEVA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español. Parte General* (18ª edición, Madrid, 1995), p. 215; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español*, cit., p. 185; MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho Penal Español*, cit., pp. 115 y s.; MORILLAS CUEVA / RUIZ ANTÓN, *Manual de Derecho Penal*, cit., pp. 91 y s.; LANDECHO VELASCO / MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español*, cit., pp. 147 y s.; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit., p. 127; POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General* (3ª edición, Barcelona, 1996), tomo I, pp. 506 y ss.; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, cit., p. 404; LANDROVE DÍAZ, *Introducción*, cit., pp. 124 y s.; CÓRDOBA RODA, *Notas a su traducción del Tratado de Derecho Penal de Maurach*, 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*, cit., p. 124; CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto*, cit., pp. 146 y s.; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas a su traducción del Tratado de Derecho Penal de Mezger*, cit. pp. 126 y s. En la doctrina alemana, ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 167; JESCHECK, *Tratado*, cit. (trad. Mir Puig y Muñoz Conde), p. 188; JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (2ª edición, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1997), p. 120; MAURACH, *Tratado*, cit., pp. 144 y s.; WELZEL, *Derecho Penal Alemán. Parte General* (4ª edición, traducción de la 11ª edición alemana de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago, 1997), p. 30; MEZGER, *Tratado de Derecho Penal* (trad. de la 2ª edición alemana y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, 1946), tomo I, p. 124; VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal* (4ª edición de la trad. de Luis Jiménez de Asúa de la 20ª edición alemana, con adiciones de Derecho penal español de Quintiliano Saldaña, Madrid, 1999), tomo II, pp. 102 y s. En la doctrina colombiana, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 153. En la doctrina argentina, FIERRO, *La ley penal y el Derecho transitorio* (Buenos Aires, 1978), pp. 292 y ss.

³⁸ Cfr. sentencias de la Corte Suprema, de 17 de enero de 2000, en Gaceta Jurídica año 2000, nº 235, p. 136, y de 5 de septiembre de 1936, en Gaceta de Tribunales año 1936, 2º semestre, nº 78, p. 330.

³⁹ Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *¿Aplicación de Leyes Penales que carecen de vigencia?*, en Revista del Abogado. Publicación del Colegio de Abogados de Chile, nº 22, julio 2001, p. 19, afirmando que las razones esgrimidas a favor de la tesis dominante se encuentran necesitadas de una revisión crítica.

⁴⁰ Así lo reconocen JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal* (5ª edición, Buenos Aires, 1950), tomo II, p. 652; EL MISMO, *La ley y el delito. Principios de Derecho Penal* (reimpresión de la 3ª edición, Buenos Aires, 1990), p. 157; FIORE, *De la irretroactividad*, cit., pp. 452 y ss.

⁴¹ Vid. notas 11 y 12.

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 exceso⁴². 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, 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 imponerlo la segunda exigencia. Es la *necesidad* la que explica que, 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 del delito cometido⁴³. 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 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. Si se aplicase una ley intermedia más benigna que la vigente al momento del fallo, se impondría una pena 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

⁴² Vid. *supra*, II, 8.

⁴³ Cfr. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 89, afirmando que la pena proporcionada al delito, es también, en abstracto, la adecuada a la finalidad de tutela, pero que cuando esta finalidad se satisface con una pena menor o sin pena alguna, la proporcionalidad debe atender a los requerimientos de la finalidad de tutela, siendo entonces la gravedad del delito sólo un criterio para la ponderación. La proporcionalidad en sentido estricto de la pena vendría así a confluir con la necesidad de la misma.

prevista en esa ley intermedia no se considera adecuada para cumplir sus fines de prevención general y especial. Sería una pena inútil⁴⁴. Y tampoco se satisfarían las exigencias de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, puesto que estas imposiciones parten de la base de que la pena a imponer sea apta para alcanzar sus fines. No se podría sostener que al aplicar la pena prevista en la ley intermedia más favorable, se esté imponiendo 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. Y en tal caso, la pena a imponer tampoco podría ser considerada como proporcionada con la gravedad del delito cometido, de conformidad, de nuevo, con la valoración actual del legislador.

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 dictación⁴⁵. Y, por otra, que, a nuestro juicio, el artículo 18 del Código Penal, en su inciso 2º, no alude, ni siquiera implícitamente, a las leyes intermedias. 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 favorable⁴⁶.

Incluso, si se estimara que las leyes penales intermedias están comprendidas en el tenor literal del inciso 2º del artículo 18 del citado Código, dado que no están expresamente excluidas de él⁴⁷, pensamos que resulta procedente efectuar una restricción teleológica para concluir que dichas leyes no deben considerarse incluidas⁴⁸. Porque si bien es cierto que dicha disposición no realiza distingo

⁴⁴ Y 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.

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.

⁴⁵ Así, pero aludiendo al art. 2 del Código Penal español, muy similar al art. 18 de nuestro Código Penal, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, cit., pp. 191 y s., quien se opone a la aplicación de la ley penal intermedia más benigna, a pesar de sostener en p. 185 que razones humanitarias (aunque no sólo éstas) constituyen el fundamento de la retroactividad *in bonam partem*. En contra, COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 204, quienes afirman que el tenor literal del señalado precepto del Código Penal español obliga a entender que las leyes penales intermedias se hallan comprendidas en él, dado que no están excluidas

⁴⁶ Cfr. MEDINA JARA, *Manual de Derecho Penal* (Santiago, 2004), p. 166, quien afirma que lo importante es la ley vigente al momento de dictarse la sentencia, a pesar de lo cual sostiene que el art. 18 del Código Penal favorece la aplicación de la ley intermedia, porque esta disposición no exige expresamente que la ley que se aplique mantenga su vigencia al tiempo del fallo.

⁴⁷ Vid. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 204, sosteniendo que una interpretación teleológica que excluyera del art. 2.2 del Código Penal español las leyes penales intermedias, en tanto produciría consecuencias agravatorias, chocaría con los principios de la hermenéutica penal.

alguno, aplicarlo a las leyes intermedias carecería de sentido, en tanto no se cumpliría el *telos* de la misma, que, como ya hemos dicho más arriba, debe verse en el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio. Y no creemos que una restricción teleológica que excluya del indicado precepto las leyes penales intermedias, pueda ser considerada como atentatoria de garantía alguna⁴⁹. En primer lugar, porque no conduce a una ampliación injustificada del ámbito de lo prohibido, toda vez que se trata de una restricción de un mandato dirigido al juez, que atiende a la finalidad de este imperativo. En segundo lugar, porque no conlleva una vulneración de ninguna garantía formal que sirva de límite al ejercicio del *ius puniendi* (principio de legalidad y sus manifestaciones: *lex scripta, stricta, praevia y certa*). Y en tercer lugar, 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 inciso 2º del artículo 18 del Código Penal casos –las llamadas leyes penales intermedias– en que se aplicarían penas inútiles y, por ende, ilegítimas⁵⁰.

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 cometen el mismo delito, reciban una sanción diversa, únicamente, porque 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–⁵¹. 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 parte, 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

⁴⁹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Legislación penal socio-económica*, cit., pp. 719 y ss., aludiendo al art. 24 del Código Penal español de 1973, restringiendo teleológicamente dicha disposición para excluir de ella los casos de modificaciones en la normativa extrapenal de complemento de leyes penales en blanco en los que subsista necesidad de pena, con una argumentación que nos parece plenamente aplicable al inc. 2º del art. 18 de nuestro Código Penal –con una finalidad distinta– y de la cual nos valemos en el texto.

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Legislación penal socio-económica*, cit., pp. 719 y s.

⁵¹ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 119.

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.

Tampoco creemos que negar aplicación a las leyes penales intermedias más favorables pueda ser considerado como atentatorio de la seguridad jurídica, porque aquéllas originen expectativas de impunidad o de trato más favorable que se vean frustradas con la aplicación de la tercera ley más severa.⁵² 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 dictación de esta ley. Pero en caso de existir esas eventuales expectativas, no pueden estimarse garantizadas por el legislador⁵³, porque la retroactividad de las leyes penales favorables no es una garantía para los ciudadanos⁵⁴. Las únicas expectativas garantizadas por el ordenamiento jurídico 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, marco procesal y condiciones de ejecución penitenciaria que no estén señalados en una ley anterior a su perpetración.

⁵² En contra, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 118 y s.

⁵³ 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).

⁵⁴ Vid. *supra*, II, 6.