

EL PRINCIPIO DE VIGENCIA EN EL DERECHO PENAL

CARLOS BLANCO LOZANO*

1. INTRODUCCION

Las coordenadas en torno a las cuales se vertebra la aplicación de todo Derecho Penal son tres: el espacio, el tiempo y la persona. De este modo, y en concreta referencia a nuestro país, puede hablarse, desde tal triple perspectiva, de la aplicación o vigencia *territorial* del Derecho Penal español, de su aplicación o vigencia *temporal* y, finalmente, de su aplicación o vigencia *personal*².

Por nuestra parte, nos proponemos en el presente trabajo abordar las segunda de las cuestiones apuntadas, esto es, la aplicación o vigencia de las normas penales *en el tiempo*, así como la apasionante problemática que el tema propuesto conlleva, y hablamos precisamente de *apasionante* porque, como veremos a lo largo del presente estudio, se trata de una de las no pocas cuestiones todavía irresueltas por el Derecho Penal, tanto en su parcela normativa, como en su parcela científica y jurisprudencial.

2. ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY PENAL

Conforme al principio de legalidad, sólo pueden establecerse delitos y penas a través de la ley. Ahora bien, la ley penal, como toda obra humana, tiene una duración limitada en el tiempo, acotada entre los momentos de su promulgación y su derogación².

La promulgación es, concretamente, el acto de nacimiento de toda la ley, consistente en que el Jefe del Estado, en nuestro caso el Rey, declare la existencia de la ley legítimamente emanada de las Cortes y ordene en consecuencia su ejecución³.

*Doctor en Derecho, Profesor Asociado de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla, España.

¹Vid., ampliamente sobre tales planos de aplicación, POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal*, Parte general, t. I, "Fundamentos científicos del Derecho penal", 1996, pp. 435 ss., 457 ss., 485 ss., 497 ss., 515 ss.

²Vid., concretamente, POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal*, Parte general, t. I, "Fundamentos científicos del Derecho penal", cit., pp. 485 ss., 497 ss.

³Vid., en el mismo sentido, la línea cronológico-sistemática propuesta al respecto por CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, Parte general, I, Introducción, 5ª edic., 1996, pp. 175 ss.

A este respecto, prescribe nuestra Constitución que “el Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales y las promulgará y ordenará su inmediata publicación” (art. 91 CE).

Por su parte, el período de tiempo que media entre la publicación de la ley y su efectiva entrada en vigor es la denominada *vacatio legis*. Al respecto, el art. 2.1 del Código civil establece que “las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa”. De este modo, el período habitual de duración de la *vacatio* es de veinte días en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, cuando se trata de la ley penal, dado su peso específico de cara a la pacífica convivencia social⁴, suele resultar usual en el ámbito comparado⁵ que el período de *vacatio* se amplíe conforme a las propias previsiones de la nueva norma⁶.

Así, por ejemplo, el Código penal federal suizo de 1937 tuvo una *vacatio legis* de cuatro años⁷, y de cinco años y medio fue la de la nueva Parte general del Código penal alemán, aprobada por ley de 4 de julio de 1969⁸.

En el caso del Código penal español, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, y publicado en el BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, su entrada en vigor se produjo seis meses después de su publicación, esto es, el día 24 de mayo de 1996, conforme a lo previsto en su disposición final 7ª.

3. DEROGACION

El Código civil, en el art. 2.2, se encarga de señalar que “las leyes sólo se derogan por otras posteriores”, de donde se infiere que la derogación de una norma de rango legal debe llevarse a cabo por otra de rango igual o superior, nunca inferior, conforme al principio de jerarquía normativa, por lo demás garantizado en el art. 9.3 CE.

El precitado art. 2.2 CC añade que “la derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que esta hubiere derogado”.

Sobre este particular, el Código penal, en su disposición derogatoria, tras derogar toda una heterogénea suerte de disposiciones de carácter penal (ap. 1), establece que “quedan también derogadas cuantas normas sean incompatibles con lo dispuesto en este Código” (ap. 2).

Otra supuesto de *derogación* de la ley penal es su declaración de inconstitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional, debiendo tal vez hablarse, más que derogación propiamente dicha, de una *anulación judicial expresa*⁹.

⁴Cfr. a este respecto la delimitación conceptual y político-social de ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. Auflage, 1997, pp. 41 ss.

⁵Vid. AMELUNG, “Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzbund”, en *ZStW* 92, 1980, pp. 19 ss.

⁶SCHÖCH, “Kriminologie und Strafgesetzgebung”, en *ZStW* 92, 1980, pp. 143 ss.

⁷HAFTER, “Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts”, *Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, 1946, pp. 47 s.

⁸Vid. JESCHECK/ WEIGEND, “Lehrbuch des Strafrechts”, *Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, 1996, pp. 86 ss.

⁹Así, COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTON, *Derecho penal*, Parte general, 5ª edic., 1999, pp. 146 s.

Sobre tal materia derogatoria, prevé la Constitución que “el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada” (art. 161.1.a CE).

Ahora bien, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su art. 40.1, exceptúa “el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”.

Más concretamente, prescribe el art. 164.1 de la Magna Carta: “las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente a su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos”.

Además, “salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad” (ap. 2 del precitado artículo).

De ahí que pueda decirse, con Maunz, Dürig y Herzog, que sobre este punto los fundamentos básicos del Estado de Derecho, proclamados en la Constitución y en las disposiciones generales válidas para todo el ordenamiento jurídico, van más allá, en este ámbito de regulación, que las propias prescripciones penales contenidas en el texto punitivo¹⁰.

4. EL PRINCIPIO GENERAL DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

A) *Concepto*

Conforme al principio general de irretroactividad, la ley penal sólo se aplica a los hechos perpetrados después de su entrada en vigor, nunca a los cometidos anteriormente.

Más ampliamente, en palabras de Jescheck/Weigend, la prohibición de la retroactividad de las leyes penales significa *que una acción impune al tiempo de su comisión no puede ser considerada más tarde como punible, al igual que se excluye la posterior agravación penal. La prohibición de la retroactividad se aplica, además, a otros empeoramientos posteriores de la situación jurídica del delincuente*¹¹.

B) *Fundamentación*

Histórica e iusfilosóficamente, los orígenes de este postulado, característico del Derecho penal moderno, arrancan —como no podía ser de otro modo— de la Ilustración, apare-

¹⁰MAUNZ/ DÜRIG/ HERZOG, *Grundgesetz, Kommentar*, 4. Auflage, 1976, *Artículo 103*, núm. 109.

¹¹Jescheck/ Weigend, “*Lehrbuch des Strafrechts*”, *Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, 1996, pp. 122 s.

ciendo unido al principio de legalidad en declaraciones de derechos como las americanas de Filadelfia (1774), Virginia y Maryland (1776) o la francesa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789.

No sin profunda polémica al respecto, se trató de un principio criticado en la segunda mitad del siglo XIX a cargo de positivistas y correccionalistas, por considerar tales doctrinas la pena como un instrumento beneficioso para la curación y redención del delincuente.

Tales concepciones científicas, aprovechadas en la práctica por regímenes políticos generalmente totalitarios, desembocaron en textos legales que establecían el principio general de aplicación retroactiva de la ley penal, como los Códigos penales de Uruguay de 1933 (art. 15) o de Rusia de 1926 (art. 10), o la alemana ley denominada *Van der Lubbe*, de 28 de febrero de 1933, que en pleno régimen nacionalsocialista estableció la pena de muerte con carácter retroactivo para el autor del incendio del Reichstag, por delito de traición.

Para no ir más lejos, también dentro de nuestras fronteras, la ley de 1 de marzo de 1940, de represión de la masonería y el comunismo, se encargó de infringir el principio general de irretroactividad de la ley penal.

Más modernamente, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948 se encargó ya de prescribir, en el ap. 2 de su art. 11, que “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

Asimismo, la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 establece en su art. 7: “1. Nadie puede ser condenado por una acción u omisión que en el momento en que fue cometida no constituía una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no puede ser impuesta una pena más severa que la que era aplicable en el momento en que se cometió la infracción. 2. El presente artículo no invalidará la sentencia o pena de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de ser cometida, constituía un crimen según los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

También el Pacto Internacional de Derechos Políticos y civiles de 19 de diciembre de 1966, suscrito y ratificado por España mediante Instrumento de 13 de abril de 1977, viene a establecer, en parecidos términos a las precedentes declaraciones, que “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional” (art. 15).

Ya desde finales del siglo XIX y hasta bien entrado el XX, algunos autores fundamentaron el postulado de la irretroactividad general de la ley penal en el *respeto a los derechos*

adquiridos (Silvela¹², Pessina¹³, Antón Oneca¹⁴, entre otros), posición que ha sido con razón criticada por Cerezo Mir¹⁵ por su naturaleza civilista, además de por el hecho, humanamente ilógico, de considerar el delito como un presupuesto para adquirir el *derecho a ser sancionado* (crítica ya formulada en su día por Ferri¹⁶).

Más modernamente Casabó Ruiz, al amparo de los Instrumentos internacionales precitados, venía entendiendo como fundamento de este principio, no sin cierta abstracción vaguedad, *la dignidad de la persona humana*¹⁷.

La doctrina alemana, por su parte, viene mayoritariamente fundamentando la irretroactividad de las disposiciones penales no favorables al reo no ya en las propias garantías inherentes al principio de culpabilidad¹⁸ (por cuanto el punto de referencia del reproche de culpabilidad no es la ley en sí, sino el contenido material del injusto¹⁹).

Los puntos decisivos a este respecto fundamentador serían, en consecuencia, básicamente tres:

a) El principio de seguridad jurídica, como viene reconociendo la jurisprudencia germana²⁰.

b) La razón, como indica Gründwald, de que no cabe admitir leyes *ad hoc*, las cuales fácilmente podrían ser promulgadas bajo la conmoción de un concreto caso, resultando luego, a consecuencia de una ponderación a distancia en el tiempo, *excesivamente severas conforme al principio de proporcionalidad punitiva*²¹.

c) Finalmente, como simplifican Jescheck/Weigend, la consideración de que el mandato normativo *sólo puede motivar al delincuente cuando existe como ley al cometerse el hecho*²².

En resumidas cuentas, este principio es en nuestra opinión, siguiendo en tal punto a la jurisprudencia y a la doctrina alemanas, una exigencia derivada del más general principio de seguridad jurídica.

Y es que, a mayor abundamiento en tal sentido, la Constitución española garantiza ambos principios expresamente enlazados: la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, y la seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

¹²SILVELA, *El Derecho penal estudiado en sus principios y en la legislación vigente en España*, t. II, 1879, p. 118.

¹³PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, trad. de GONZALEZ DEL CASTILLO, con notas de ARAMBURU Y CUELLO CALON, 4ª edic., 1936, p. 214.

¹⁴ANTON ONECA, *Derecho penal*, Parte general, 1949, p. 105.

¹⁵CEREZO MIR, *o.c.*, pp. 178 s.

¹⁶FERRI, *Principii di Diritto criminale*, 1928, p. 149.

¹⁷CASABO RUIZ, en CORDOBA RODA/ RODRIGUEZ MOURULLO/ DEL TORO MARZAL/ CASABO RUIZ, *Comentarios al Código penal*, t. II, 1972, p. 35.

¹⁸Así, MAURACH/ ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Teilband I, 8. Auflage, 1992, p. 151.

¹⁹En contra, SAX, "Grundsätze der Strafrechtlehre", en BETTERMANN/ NIPPERDEY/ SCHEUNER, *Die Grundrechte*, Band III/2, 1959, p. 999.

²⁰Así, por ejemplo, BVerfGE 13, pp. 261 ss; 18, pp. 429 ss.

²¹GRÜNWALD, "Bedeutung und Begründung des Satzes «nulla poena sine lege»", en ZStW 76, 1964, p. 17.

²²JESCHECK/ WEIGEND, *o.c.*, p. 123.

Por lo demás, dada también la estrecha conexión del aludido principio de irretroactividad penal con el más general principio de legalidad²³, es también una necesaria exigencia derivada del propio principio de justicia material: no puede reprocharse a un sujeto una conducta si en el momento de comisión de la misma no podía tener conocimiento de su contrariedad a Derecho²⁴.

C) Regulación legal

Nuestro Código Civil, en su art. 2.3, establece ya, con carácter general, que “las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario”. La irretroactividad legal es pues la tónica general en nuestro ordenamiento.

Centrándonos ya en el plano punitivo, el art. 25 de la Constitución proclama además expresamente el principio de irretroactividad de la ley penal: “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituían delito, falta (...) según las leyes vigentes en aquel momento” (*vid.* al respecto STC 150/1989, de 25 de septiembre).

Como no podía ser de otro modo, el propio Código Penal se encarga también de explicitar tal principio: “no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad” (art. 2.1 CP; sobre tal temática, cfr., entre otras, SSTS de 31 de enero de 1996, 13 de junio de 1969, 25 de mayo de 1970, 12 de marzo de 1975, 27 de febrero de 1981, 10 de junio de 1981, 30 de junio de 1982, 29 de noviembre de 1982, 10 de noviembre de 1989, 23 de mayo de 1990, 17 de diciembre de 1990, 27 de septiembre de 1991, 23 de octubre de 1991, 29 de mayo de 1992 y 16 de marzo de 1994).

En su concreto ámbito de aplicación, también el Código Penal Militar español se encarga de proclamar expresamente este principio, tal vez con menos destreza técnica que la apuntada en las anteriores disposiciones: “se aplicarán las leyes penales militares vigentes en el momento de la comisión del delito” (art. 4 CPM).

²³Cfr. al respecto SCHONKE/ SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24. Auflage, 1991, des von SCHÖNKE begründeten, von SCHRÖDER zwischenzeitlich fortgeführten und von LENCKNER/ CRAMER/ ESER/ STREE neubearbeiteten Werkes, parág. 2, núms. 4 ss.

²⁴Cfr. jurisprudencialmente, entre otras resoluciones germanas sobre este punto, BVerfGE 18, pp. 224 ss.; BGH 21, pp. 157 ss.; BGH VRS 32, pp. 229 ss.; OLG Karlsruhe, en *NJW* 1967, pp. 2167 ss.; OLG Celle Nds. Rpfl. 1968, pp. 90 ss. y OLG Frankfurt, en *NJW* 1969, pp. 1634 ss.

5. EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MAS FAVORABLE

A) CONCEPTO

Conforme a tal principio, sí son de aplicación retroactiva aquellas disposiciones penales que resulten favorecedoras para el reo²⁵.

La jurisprudencia alemana ha venido a definirlo en los siguientes términos, acaso excesivamente amplios en nuestra opinión: “Si en el momento de la condena el juzgador considera que una conducta es menos merecedora de pena o incluso que no lo es en absoluto, desde el punto de vista político criminal no tendría el menor sentido castigar pese a ello conforme a la concepción vigente en el momento del hecho, que entretanto ha quedado superada. A ese respecto hay que tener en cuenta la ley más benigna incluso en la instancia de revisión, si la atenuación no se produjera hasta después del fallo en primera instancia”²⁶.

B) FUNDAMENTACIÓN

a) Principio de justicia

Por lo que a la doctrina respecta, el principio de irretroactividad de la norma penal más favorable para el reo, ha sido fundamentado por algunos autores atendiendo al criterio de justicia material inspirador de todo Ordenamiento Jurídico (*vid.* Preámbulo y art. 1.1 CE), y más concretamente, de todo Derecho Penal²⁷.

En tal sentido, parece obvio, para autores como Pessina²⁸, Cuello Calón/Camargo Hernández²⁹, Antón Oneca³⁰ o Rodríguez Mourullo³¹, entre otros, que si las valoraciones sociales sobre la gravedad del hecho cometido han cambiado benignamente, y tal cambio ha sido consecuentemente plasmado en la ley, no resulta *justo social, jurídica ni político-criminalmente*, aplicar al reo una ley antigua, ya derogada, más desfavorable y obsoleta.

Siguiendo a la apuntada doctrina, la jurisprudencia, concretamente en la STS de 30 de octubre de 1992 fundamenta asimismo la aplicación de este principio en “razones de justicia”.

²⁵ *Vid.*, ampliamente sobre la cuestión, SOMMER, *Das «mildeste Gesetz»* i. S. d. parág. 2 III StGB, 1979, pp. 83 ss.

²⁶ BGH 20, pp. 77 ss.

²⁷ Así, MAURACH/ ZIPF, “Strafrecht”, *Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, 1992, p. 160.

²⁸ PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, cit., p. 214.

²⁹ CUELLO CALON, *Derecho penal*, revisado y puesto al día por CAMARGO HERNANDEZ, t. I, Parte general, vol. 1º, 18ª edic., 1980, p. 232.

³⁰ ANTON ONECA, *Derecho penal*, Parte general, cit., p. 106.

³¹ RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Parte general, 1977, p. 133.

b) Falta de legitimidad del Ius puniendi estatal

Otros autores, como Ferrer Sama, entienden que *el Estado carece de título jurídico para aplicar la ley anterior más desfavorable para el reo cuando ya ha sido conforme a Derecho derogada por otra más favorable*³².

c) Principio de seguridad jurídica

Tal criterio, el de la seguridad jurídica (refrendado en el art. 9.3 CE), en cuanto fundamentador del principio de referencia ha sido propuesto también por el P. Jerónimo Montes³³, Casabó Ruiz³⁴ y Cerezo Mir³⁵, entre otros diversos autores.

d) Principio de humanidad

Este fundamento ha sido el esgrimido para justificar la aplicación retroactiva de la norma penal más favorable para el convicto por autores como Pacheco³⁶ o Quintano Ripollés³⁷, entre otros.

También la jurisprudencia española ha seguido este criterio, por ejemplo, en las SSTS de 24 de mayo de 1969, 13 de noviembre de 1969, 30 de mayo de 1970, 20 de febrero de 1973, 12 de marzo de 1975, 5 de diciembre de 1975, 14 de febrero de de 1976, 29 de noviembre de 1976, 6 de febrero de 1982 y 23 de septiembre de 1985, entre otras.

Más matizadamente se pronuncian, por su parte, las SSTS de 14 de mayo de 1982 (“tal principio se halla consignado por comprensibles razones de humanidad y justicia”) y la más reciente de 25 de noviembre de 1991 (“razones humanitarias y de política criminal –falta de interés en penar conductas anteriormente castigadas, o en mantener una penalidad de mayor entidad–”).

e) Principio de innecesariedad

En contra de la opinión más generalizada, como es la mantenida por Cerezo Mir, que entiende que la aplicación de ultraactiva de la norma menos favorable para el reo es injusta y además, innecesaria desde la óptica político-criminal³⁸, Silva Sánchez entiende que en determinados casos la aplicación de la ley anterior más severa puede seguir siendo

³²FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. II, 1946, p. 148.

³³P. JERONIMO MONTES, *Derecho penal español*, t. I, 2ª edic., 1929, pp. 419 s.

³⁴CASABO RUIZ, en *o.c.*, p. 46.

³⁵Sobre todo ello *vid.*, ampliamente, CEREZO MIR, *o.c.*, pp. 185 ss.

³⁶PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 5ª edic., 1881, p. 296.

³⁷QUINTANO RIPOLLES, *Curso de Derecho penal*, t. I, 1958, p. 159; el mismo autor, *Comentarios al Código penal*, 2ª edic., renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por GIMBERNAT ORDEIG, 1966, pp. 309 s.

³⁸Por todos, CEREZO MIR, *o.c.*, p. 185.

necesaria desde la perspectiva de las teorías punitivas de la prevención general y especial³⁹.

A tal efecto, el autor últimamente citado viene, en suma, a proponer una interpretación teleológico-restrictiva del vigente art. 2.2 CP, proclamador del efecto retroactivo de las disposiciones penales más favorables al reo⁴⁰.

f) Interpretación a sensu contrario del art. 9.3 CE

Nuestra jurisprudencia, por su parte, ha venido fundamentando también este postulado de la retroactividad favorable de la ley penal sobre la base de una interpretación a *sensu contrario* del precitado art. 9.3 de la Constitución, garante de “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.

En efecto, en Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de marzo de 1981 se señala que “interpretando a contrario sensu este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la ley penal favorable”.

Un importante sector de la doctrina⁴¹ considera forzada tal argumentación *en negativo*, por más que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha seguido amparándose en tal criterio de interpretación (*vid.* al respecto, entre otras, SSTS 24 de septiembre de 1983, 15 de noviembre de 1983, 21 de noviembre de 1983, 20 de diciembre de 1983, 20 de enero de 1984, 31 de mayo de 1985, 19 de diciembre de 1986, 24 de julio de 1987, 1 de marzo de 1990 y 22 de abril de 1991).

En Auto de 12 de septiembre de 1994, sin embargo, el Tribunal Supremo parece cambiar de criterio al especificar que “la retroactividad de las disposiciones que favorezcan al condenado no surge de la Constitución (...) sino de la ley penal”.

Más escuetamente, entroncando la argumentación con el principio de legalidad, se pronuncian por ejemplo las SSTS de 24 de octubre de 1983, 31 de octubre de 1983, 16 de noviembre de 1983, 26 de noviembre de 1983, 12 de julio de 1985 y 8 de marzo de 1989.

C) REGULACIÓN PENAL

Como expresamente se encarga de señalar nuestro texto punitivo, “tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo” (art. 2.2 CP).

La precitada cláusula legal “aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena” contrasta con la rigidez y falta de generosidad en este sentido de pretéritos Códigos penales españoles, como los de 1848 y 1850, así

³⁹Cfr. SILVA SANCHEZ, “Legislación penal socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las ‘leyes en blanco’”, en *EPC*, XVI, 1993, pp. 451 ss.

⁴⁰Cfr. SILVA SANCHEZ, *l.u.c.*

⁴¹Por todos, *vid.* COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTON, *l.u.c.*

como de otros Ordenamientos en el ámbito comparado⁴², que se mantienen en tal punto fieles la principio de *santidad*⁴³ de la cosa juzgada⁴⁴ (cfr. por lo demás sobre la materia, en nuestra jurisprudencia, SSTS de 24 de mayo de 1969, 30 de enero de 1970, 30 de marzo de 1970, 15 de octubre de 1971, 30 de marzo de 1971, 12 de marzo de 1975, 20 de mayo de 1975, 20 de enero de 1976, 11 de enero de 1976, 11 de febrero de 1976, 21 de abril de 1976, 19 de enero de 1979, 6 de junio de 1980, 13 de febrero de 1981 y 28 de noviembre de 1983, entre otras muchas).

D) DETERMINACION DE LA LEY PENAL MAS FAVORABLE

La disposición transitoria 1ª del vigente texto punitivo de 1995 consigna que “los delitos y faltas cometidos hasta la entrada en vigor de este Código se juzgarán conforme al cuerpo legal y demás leyes penales especiales que se derogan. Una vez que entre en vigor el presente Código, si las disposiciones del mismo son más favorables para el reo, se aplicarán estas”.

La cuestión que surge a este respecto es, pues, la determinación de la ley más favorable para el reo, a cuyos efectos “se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código. Las disposiciones sobre redención de penas por el trabajo sólo serán de aplicación a todos los condenados conforme al Código derogado y no podrán gozar de ellas aquellos a quienes se les apliquen las disposiciones del nuevo Código. En todo caso, será oído el reo” (disposición transitoria 2ª; *vid.* al respecto, además, la 3ª y ss.).

Esencial resulta la antedicha alusión, que hace la disposición transitoria 2ª, a la aplicación de las normas completas de uno u otro Código, de manera que la comparación no debe efectuarse de un modo simplista, limitado a confrontar las respectivas penalidades que en abstracto corresponden al delito de que se trate en sede de Parte especial.

Por contra, la ponderación deberá tener en cuenta todas las posibles instituciones penales en juego: circunstancias eximentes, atenuantes, agravantes; catálogo, naturaleza, ejecuciones, sustituciones, suspensiones punitivas, etc. (*vid.*, ya sobre la cuestión, SSTS de 23 de junio de 1871, 8 de marzo de 1947, 3 de julio de 1948, 22 de mayo de 1991).

De este modo lo que no resulta posible, conforme a tal regulación, es la aplicación mixta de las disposiciones más benignas de una y otra ley conjuntamente, ya que, como agudamente indica la unanimidad de la doctrina (así, por ejemplo, Jiménez de Asúa⁴⁵, Antón Oneca⁴⁶, Ferrer Sama⁴⁷ Casabó Ruiz⁴⁸ Sainz Cantero⁴⁹, Rodríguez Devesa/Se-

⁴²*Vid.* BERNEREUTHER, “Promillegrenze - Präjudizänderung im Strafrecht und Rückwirkungsverbot”, en *MDR*, 1991, pp. 829 ss.

⁴³En tales términos, HÜTING/ KONZAK, “Die Sekung des Grenzwertes der absoluten Fahrunsicherheit und das Rückwirkungsverbot”, en *NZV*, 1991, p. 255.

⁴⁴KRAHL, “Fahruntüchtigkeit - Rückwirkende Änderung der Rechtsprechung und Art. 103 II GG”, en *NJW*, 1991, pp. 808 s.

⁴⁵JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho penal*, t. II., “Filosofía y ley penal”, 4ª edic., 1963, pp. 632 s.

⁴⁶ANTON ONECA, *Derecho penal*, Parte general, cit., p. 107.

⁴⁷FERRER SAMA, *o.c.*, pp. 150 s.

⁴⁸CASABO RUIZ, en *o.c.*, pp. 49 s.

⁴⁹SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, Parte general, 3ª edic., 1990, pp. 150 s.

rrano Gómez⁵⁰ o Luzón Peña⁵¹) el juzgador estaría en tal caso *creando una tercera ley*, y con ello, atribuyéndose competencias que conforme al principio de separación de poderes, corresponden exclusivamente al legislador.

En esta línea últimamente apuntada se pronuncia igualmente la jurisprudencia constitucional (STC 569/1985, de 29 de octubre) y la penal del Tribunal Supremo (SS de 14 de marzo de 1966, 23 de febrero de 1988, 30 de enero de 1989, 12 de mayo de 1989, 3 de febrero de 1990, 14 de diciembre de 1990, 22 de junio de 1991, 11 de noviembre de 1991, y 14 de julio de 1992, entre otras).

6. LEYES PENALES INTERMEDIAS

En ocasiones, no frecuentes ciertamente, puede suscitarse la cuestión de que una ley penal, bajo cuya vigencia se comete el delito, se vea después sustituida por otra posterior más favorable, si bien no obstante, en el momento del enjuiciamiento del hecho, se encuentra ya vigente otra tercera, más severa, que ha derogado a la intermedia⁵².

Tal situación se planteó, por ejemplo, en nuestro Ordenamiento cuando la Ley de uso y circulación de vehículos a motor de 9 de mayo de 1950 se vio derogada por la de 24 de diciembre de 1962, cuyas disposiciones penales fueron a su vez derogadas por la Ley de 8 de abril de 1967, de reforma del anterior Código penal.

Nuestra doctrina, en criterio que nosotros compartimos, se pronuncia mayoritariamente a favor de la aplicación de la ley penal intermedia, con base en un criterio amplio, analógico casi, de consideración del postulado de retroactividad favorable (así, por ejemplo, Rodríguez Muñoz⁵³, Antón Oneca⁵⁴, Casabó Ruiz⁵⁵, Cuello Calón/Camargo Hernández⁵⁶ y Rodríguez Devesa/Serrano Gómez⁵⁷, entre otros autores).

De igual modo se ha manifestado la jurisprudencia (SSTS de 29 de febrero de 1968, 30 de mayo de 1970, 22 de enero de 1971 y 17 de abril de 1989).

También en el ámbito comparado, los Códigos penales alemán (art. 2.3) e italiano (art. 2) establecen tal criterio. En este sentido, añade Roxin que con la entrada en vigor de la ley penal intermedia, más favorable, el sujeto *adquiere una posición jurídica que sería ya inquebrantable frente a toda posterior modificación legal que le fuera desfavorable*⁵⁸.

Otros autores, como Cerezo Mir⁵⁹, entienden que tal argumentación carece de base, por cuanto la ley penal intermedia ni está en vigor en el momento de la comisión del delito ni tampoco en el de su enjuiciamiento, con lo que no resultaría aplicable al caso el art. 2.2 CP.

⁵⁰RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ, *Derecho penal español*, Parte general, 18ª edic., 1995, pp. 212 s.

⁵¹LUZON PEÑA, *Curso de Derecho penal*, Parte general, t. I, 1996, p. 186.

⁵²Cf. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Auflage, 1991, pp. 109 ss.

⁵³RODRIGUEZ MUÑOZ, *Notas a MEZGER, Tratado de Derecho penal*, traducción y notas de RODRIGUEZ MUÑOZ, 2ª edic., t. I, 1955, p. 115.

⁵⁴ANTON ONECA, *o.c.*, p. 107.

⁵⁵CASABO RUIZ, en *o.c.*, pp. 53 ss.

⁵⁶CUELLO CALON/ CAMARGO HERNANDEZ, *o.c.*, pp. 232 ss.

⁵⁷RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ, *o.c.*, p. 215.

⁵⁸ROXIN, *o.c.*, p. 107.

⁵⁹CEREZO MIR, *o.c.*, pp. 191 s.

Tal criterio, sin embargo, no lo compartimos nosotros, por entender que si el referido precepto habla, sencillamente y sin más matices al respecto, de que “tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo”, tal prescripción admite sin mayor problema la interpretación de que la ley penal más favorable, en este caso la intermedia, se aplique retroactivamente, con independencia del momento en que se materialice el proceso y de que la legislación entonces vigente resulte más severa, ya que por efecto del principio de irretroactividad ésta tampoco podría aplicarse.

Esta opinión nuestra viene también avalada por la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria alemana, fundamentalmente representada en este punto por Tiedemann⁶⁰, Mazurek⁶¹, Mohrbotter⁶² y Schünemann⁶³ —en contra de tal criterio dominante se manifiesta Grünwald⁶⁴—.

En cuanto a la primera, esto es, la jurisprudencia germana, tiene magistralmente declarado que “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”⁶⁵.

7. LEYES PENALES TEMPORALES

A) CONCEPTO: LEYES PENALES TEMPORALES EN SENTIDO ESTRICTO Y EN SENTIDO AMPLIO

Son leyes penales temporales⁶⁶ aquellas que en su propio texto establecen su período de vigencia (leyes penales temporales *en sentido estricto*)⁶⁷, o bien las que se promulgan con carácter de excepción para hacer frente a situaciones de *fuerte alteración social*⁶⁸, como pueden ser guerras, epidemias, catástrofes naturales, graves alteraciones del orden público, depresiones económicas, etc. (leyes penales temporales *en sentido amplio*)⁶⁹.

⁶⁰TIEDEMANN, “Der Wechsel von Strafnormen und die Rspr. des BGH”, en *JZ*, 1975, pp. 692 ss.

⁶¹MAZUREK, “Zum Rückwirkungsgebot gemäss parág. 2 Abs. 3 StGB”, en *JZ*, 1976, pp. 235 ss.

⁶²MOHRBOTTER, “Garantiefunktion und zeitliche Herrschaft der Strafgesetze am Beispiel des parág. 250 StGB”, en *ZStW* 88, 1976, pp. 923 ss.

⁶³SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1978, pp. 26 ss.

⁶⁴GRÜNWARD, “Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gesetzlichkeitsprinzip”, en *Arth. Kaufmann-Festschrift*, 1993, pp. 433 ss.

⁶⁵BVerfGE 81, pp. 132 ss.

⁶⁶Cfr. ampliamente LAATHS, “Das Zeitgesetz gem. parág. 2 Abs. 4 StGB unter Berücksichtigung des Blankettgesetzes”, 1991, *passim*.

⁶⁷TIEDEMANN, “Zeitliche Grenzen des Strafrechts”, en *Peters-Festschrift*, 1974, pp. 198 ss.

⁶⁸Así, RÜPING, “Blankettnormen als Zeitgesetze”, en *NStZ*, 1984, p. 450.

⁶⁹*Vid.* HASSEMER, “Zeitgesetze und Gelegenheitsgesetze in strafrechtstheoretischer und kriminalpolitischer Perspektive”, en LÜDERSSEN (Hrsg.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, 1990, pp. 201 ss.

El Tribunal Supremo alemán las ha definido, en consecuencia, en cuanto “aquellas leyes que de antemano sólo van a estar vigentes en un determinado período de tiempo, ya sea porque la fecha en que dejarán de estar en vigor esté fijada en la propia ley con arreglo a un calendario o coincidiendo con un determinado acontecimiento (leyes temporales en sentido estricto), o bien porque sea reconocible que las mismas se ciñen a situaciones temporales especiales y quedarán sin objeto con la desaparición de estas (leyes penales temporales en sentido amplio) (...) De tal modo que un precepto promulgado originariamente como ley temporal puede perder incluso posteriormente ese carácter si las circunstancias temporales inicialmente previstas como transitorias, y para las que el precepto estaba concebido, se mantienen durante mucho tiempo”⁷⁰.

B) DINAMICA OPERATIVA

Por lo general, dado el carácter de las situaciones a las que tratan de responder tales disposiciones, mediante las mismas se suelen tipificar nuevas figuras delictivas, así como elevar fuertemente las penas en general. Una vez restablecida la situación de normalidad y derogada la ley temporal, recobra su vigencia la legislación penal ordinaria⁷¹.

En muchos casos, si la alteración social que motivó la promulgación de la ley temporal no tiene una duración muy prolongada, el enjuiciamiento de los hechos puede llevarse por lo general a cabo bajo la vigencia de la legislación penal ordinaria, más benigna. En tales supuestos, conforme a lo visto hasta ahora, lo procedente sería, conforme al principio general de retroactividad de la ley penal más favorable, la aplicación de la ley ordinaria. No obstante, algunos Códigos se encargan de establecer el criterio contrario, como el italiano (art. 2, párr. 3º) o el alemán (art. 2, párr. 4º).

Nuestro Código Penal, si bien troncalmente sigue esta última línea, opta por una solución abierta al respecto⁷², al disponer en el inciso final del ap. 2, art. 2, que “los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, *salvo que se disponga expresamente lo contrario*”.

De este modo, se deja abierta la puerta de que por vía legal pueda establecerse la excepcional aplicación retroactiva de la legislación penal ordinaria más favorable. Dicha solución, finalmente, es también la adoptada por el Código Penal Militar (art. 4, párr. 2º CPM).

⁷⁰BGH 6, pp. 36 ss.; 18, pp. 14 ss.

⁷¹Cfr. HIGUERA GUIMERA, *Curso de Derecho penal militar español*, t. I, Parte general, 1990, p. 257.

⁷²En tal sentido, *vid.* CERESO MIR, *o.c.*, p. 192.

