

3. Derecho Penal

EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA *

Por el Dr. D. Luis Felipe RUIZ ANTÓN.

Catedrático de Derecho Penal.
Universidad de Extremadura.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES
- II. IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES Y VIGENCIA TEMPORAL
- III. IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES Y LAS SENTENCIAS DECLARATORIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD
- IV. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL Y SU EXTENSIÓN
- V. PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD Y LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES AGRAVATORIOS

* Ponencia presentada en las Primeras Jornadas de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (Cáceres, 7-10 de marzo de 1989).

I. INTRODUCCIÓN: LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES

La idea de seguridad jurídica está estrechamente vinculada al principio de legalidad de los delitos y de las penas, y así se viene reconociendo desde que el pensamiento ilustrado convirtió en lema fundamental la reflexión de que «sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador», tal como escribe Manuel de LARDIZÁBAL, que lo toma literalmente de BECCARIA ¹. El principio de legalidad implica, bajo este punto de vista, certeza, confianza, seguridad para el ciudadano, entendidas en sentido formal —como reserva absoluta de la ley para definir los delitos y sus penas—, y en sentido material, es decir, como previsión calculable de los actos propios y garantía de la orientación que se va a dar al comportamiento personal ².

Una de las manifestaciones materiales del principio de legalidad en el ámbito del Derecho penal es tanto la prohibición de dictar leyes con efectos retroactivos desfavorables, como de aplicarlas a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor y, de igual forma, en sentido

1 Manuel de LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas*, Madrid 1782, p. 70; cfr. C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, traducción de F. Tomás y Valiente, Madrid 1974, 74.

2 Estas ideas se encuentran plasmadas con toda precisión en nuestros clásicos; baste citar a José Marcos GUTIÉRREZ, *Discurso sobre los delitos y las penas*, p. 34, en *Práctica criminal de España*, III, 2.^a ed., Madrid 1819, cuando comenta que entre los requisitos de las penas es uno que las prescriba el legislador, pues de otro modo «reinarían la arbitrariedad, ignorancia, incertidumbre, confusión y desorden en las causas criminales, y no sabrían los ciudadanos, como deben saberlo, y es muy conveniente lo sepan, calcular los peligros y males a que les exponían sus delitos».

perjudicial para el afectado. Se trata del reconocimiento de un ámbito de libertad al individuo, frente al derecho de castigar del Estado, y que desde los clásicos hasta nuestros días se resume en el pensamiento de que hay que estimar permitido todo aquello que no se halla expresamente prohibido ³.

El principio de irretroactividad en el marco del Derecho penal debe ser entendido además como una de las exigencias propias del Estado de Derecho ⁴. El artículo 9.3 de la Constitución proclama, en este sentido, «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Es la norma básica de nuestro ordenamiento jurídico en cuestiones de irretroactividad, y sobre ella es preciso construir el alcance y significado que debe darse al principio. El resto de las disposiciones con un contenido penal que hacen referencia al tema —dentro de la propia Constitución, así, el artículo 25.1, o fuera de ella, como los artículos 1, 2, 23, 24, 80 y 81 del Código penal— no pueden ser interpretados sino en función de la inicial declaración que contiene el artículo 9.3 de la Constitución. Además, adviértase que el artículo 25.1 de la Constitución es por sí solo insuficiente para comprender toda la trascendencia de la prohibición de retroactividad en materia penal pues, en rigor,

3 Cfr. Francisco de CÁRDENAS, «De los delitos y de las circunstancias legales que lo constituyen, según los artículos 1.º y 2.º del Código penal», en *El Derecho Moderno*. Revista de Jurisprudencia y Administración, VI, Madrid 1849, 271: «Consiste la libertad civil en hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido por la ley, y semejante facultad sería ilusoria si no estuviéramos seguros de que una ley posterior no había de castigar las acciones que practicáramos con arreglo a otra anterior». Puede consultarse, en el mismo sentido, Windfried HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, Traducción y notas de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Barcelona 1984, pp. 313 y ss.; Reinhart MAURACH - Heinz ZIPP, *Strafrecht*, AT, 1, 6.ª ed., Heidelberg 1983, 149.

4 Así, Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*. Parte general, traducción y adiciones de Derecho español, por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, I, Barcelona 1981, 183; Albin ESER, en A. SCHÖNKE y Horst SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 21 ed., München 1983, parágrafo 2, n. marginal 1. Günther JAKOBS, *Strafrecht*. AT, Berlin, New York 1983, 78. Entre las declaraciones, baste citar Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, artículo 11.2; Convenio Europeo para la protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, artículo 7; Pacto internacional de Derechos civiles y políticos, de 19 de diciembre de 1966, artículo 15.

incluye la garantía criminal pero no la penal ⁵. Esta última puede quedar burlada ya que su sentido literal también se respetaría cuando se aplicase retroactivamente una pena más severa a un delito previsto anteriormente. Y exactamente lo contrario sucede con lo dispuesto en el artículo 23 del Código penal, ya que puede entenderse referido tan sólo a la irretroactividad de las penas; ciertamente que mediante un adecuado complemento con lo establecido en el artículo 1, párrafo primero, y el artículo 2, párrafo primero —abstención por parte del juez de todo procedimiento si el hecho no está penado por la ley— ha de estimarse cubierta en el Código penal tanto la garantía criminal como la penal por la prohibición de retroactividad desfavorable ⁶.

Y si tradicionalmente el principio de irretroactividad se vinculaba casi exclusivamente con los delitos y las penas, hoy no resulta nada pertinente limitar su alcance al ámbito del Derecho penal. Con base en el artículo 9.3 de la Constitución cualquier disposición sancionadora desfavorable o limitadora de derechos individuales entra de lleno en las exigencias de la prohibición de retroactividad ⁷, lo que no es más que una derivación consecuente de la idea de seguridad jurídica, también reconocida en el propio artículo.

De cuanto llevo dicho cabe extraer, como primera conclusión, que el principio de irretroactividad de las leyes penales obliga no solamente al juez en la aplicación de las mismas, sino al propio legislador, y por ello hay que entenderlo como uno de los fundamentos del Estado de Dere-

5 Cfr. Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Barcelona 1985, 65; Juan BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal Español. Parte general*, Barcelona 1984, 75.

6 Por el contrario, la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, en el artículo 1.1 dispone: «No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración, ni sancionada con pena distinta a la que se halle legalmente establecida». La garantía criminal y la penal quedan amparadas expresamente por la prohibición de retroactividad.

7 Sobre la polémica en torno a si el principio es extensible también al ámbito del Derecho administrativo, cfr. LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicoadministrativas*, Sevilla, 1982. Véanse, además, las STC 42/1987, de 7 de abril y 3/1988, de 21 de enero.

cho: todo individuo debe saber de antemano cuáles son las posibles consecuencias de sus actos, y la Constitución debe asegurar la confianza del ciudadano frente a imprevisibles o arbitrarios cambios legislativos susceptibles de ser aplicados retroactivamente o con absoluto desprecio del pensamiento inherente a la garantía de generalidad de las leyes ⁸.

Por tanto, el fundamento de la prohibición de retroactividad de los delitos y sus penas se encuentra —por encima de cualquier otra consideración— en la idea de seguridad jurídica ⁹. Razonamientos de diferente índole no son más que un desarrollo consecuente de este pensamiento; y así, desde un punto de vista de técnica jurídica cabe admitir que si la norma penal (presupuesto y consecuencia) desempeña una función de determinación o de motivación, resulta una exigencia lógica el que la ley preceda al comportamiento regulado ¹⁰. Y de igual modo, desde una óptica de política criminal, puesto que las penas tienen una finalidad preventiva, como forma de contener la futura comisión de delitos, es de todo punto necesaria la previa formulación en la ley de la conminación penal ¹¹.

8 Estas ideas se repiten incesantemente en los penalistas; a modo de ejemplo, Luis SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios*, II, 2.ª ed., Madrid 1903, 101; Hans-Joachim RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, AT, I, 5.ª ed., Frankfurt am Main, 1987, parágrafo 1, n. marginal 17.

9 Así, Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Derecho penal*. Parte general, 2.ª ed., Valencia 1987, 136; MIR PUIG, *Derecho penal*. Parte general, 63; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*. Parte general, 71. «Se trata de impedir la arbitrariedad del legislador»; José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, 2.ª ed., Madrid 1981, pp. 211 y s.; José María RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte general, 11 ed., por A. Serrano Gómez, Madrid 1988, 210, Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal*. Parte General, Barcelona 1986, 72; Gerardo LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal español*, 3.ª ed., Madrid 1989, pp. 116 y ss.; RUDOLPHI, en *SK*, AT, parágrafo 1, n. 7 (seguridad y calculabilidad del derecho); HASSEMER, *Fundamentos*, 320 (protección de la confianza).

10 Cfr. HASSEMER, *Fundamentos*, 320; JESCHECK, *Tratado*, 184; ESER, en SCHÖNKESCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, parágrafo 2, n. 1; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht*, AT, 1, 162. Véase, también, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, p. 72.

11 Cfr. José Ramón CASABÓ RUIZ, en *Comentarios al Código penal*, II, Barcelona 1972, 35; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Parte general, Madrid 1977, 131. Menos interés tiene para el Derecho penal pretender fundamentar la irretroactividad en la teoría de los derechos adquiridos; cfr. CEREZO MIR, *Curso*, 212.

II. IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES Y VIGENCIA TEMPORAL

La irretroactividad de las leyes penales y el principio de vigencia temporal deben operar como dos reglas necesitadas de coordinación. Su plena correspondencia es privativa de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 de la Constitución). En ambos casos la ley no puede regular ni tampoco aplicarse sino a aquellos hechos cometidos bajo su período de vigencia temporal (*tempus regit actum*).

Pero si el correcto entendimiento del principio de irretroactividad significa que está vedado aplicar una ley desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, al mismo tiempo expresa que los efectos de una ley perjudicial cesan cuando ha terminado su imperio, bien porque en una sucesión de leyes se contempla la situación más benignamente o porque deja de contemplarse sin más. Vigencia formal (tiempo que media entre la entrada en vigor de la ley y su derogación) y vigencia material (aplicación exclusiva a los hechos ocurridos bajo su imperio) coinciden, lo que no siempre sucede, pues debo recordar que tanto el Código civil, en el artículo 2.3, con carácter general, y el Código penal, en el artículo 24, por lo que respecta a las disposiciones favorables, admiten la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley ¹².

Y una precisión conviene hacer en este momento. La prohibición de retroactividad significa que la imposibilidad de aplicar la ley desfavora-

¹² Los autores discuten si mediante una interpretación en sentido contrario de los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución se puede llegar a la conclusión de que el principio de retroactividad de la ley penal favorable figura entre las garantías constitucionales. La cuestión es importante para la admisión del recurso de amparo con base en el artículo 25.1 de la Constitución (art. 53.2); cfr. las STC 8/1981, de 30 de marzo y 15/1981, de 7 de mayo, 131/1986, de 29 de octubre, denegando el amparo. Véase, además, Javier BOIX REIG, «El principio de legalidad en la Constitución», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*, Bilbao 1983, 73. Por su parte COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, p. 139, nota 2, consideran que si bien la retroactividad no está excluida del artículo 9.3, no por ello puede extraerse la conclusión, mediante una interpretación en sentido contrario, de que se halla impuesta.

ble alcanza no solamente a los hechos que han tenido lugar con anterioridad a su entrada en vigor, sino también a las consecuencias o situaciones que tienen lugar bajo su vigencia, pero han sido creadas o generadas previamente por la ley anterior más benigna. También aquí debe aplicarse la ley más favorable —como una consecuencia directa de la prohibición de retroactividad de la ley perjudicial— si los hechos se cometieron bajo su imperio, aunque ciertas consecuencias ocurran ya bajo la vigencia de la más severa ¹³.

Por ello mismo el principio de irretroactividad supone admitir el pleno efecto de la ley más benigna, incluso aunque esté derogada, tanto si los hechos se cometieron estando en vigor, como si las consecuencias que generó o pudo generar su aplicación son más beneficiosas frente a la ley posterior más severa. De otro modo resulta inevitable pensar el espectro de un legislador que modifica expresamente y con carácter agravatorio la ley sin respetar los dogmas de seguridad y generalidad.

De lo expuesto se deduce que irretroactividad de la ley desfavorable y retroactividad de la más benigna necesitan también de la correspondiente coordinación. Y aunque la prohibición de retroactividad parece sugerir una sucesión de leyes ¹⁴, en realidad tal cosa no siempre sucede. También rige el principio de irretroactividad cuando una nueva ley crea un delito —criminaliza un hecho— no contemplado anteriormente de ningún otro modo en el ordenamiento jurídico.

En caso de sucesión de leyes pueden presentarse dificultades interpretativas cuando el hecho delictivo se manifiesta como un proceso. La opinión mayoritariamente aceptada es la que considera que a efectos de aplicación de la ley penal en el tiempo se ha de tomar en consideración

13 En este sentido, con respecto a la aplicación de la prisión preventiva, admitiendo la prohibición de retroactividad desfavorable, STC 32/1987, de 12 de marzo. Véase más adelante la nota 23.

14 Con respecto a la retroactividad de la ley penal más favorable (art. 23 del Código penal) se sostiene la exigencia de una sucesión de leyes. Cfr. COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, p. 135. También habría que ampliar los efectos a las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la invalidez de una ley y con ello la atipicidad de un hecho hasta entonces considerado delictivo.

la que está en vigor en el momento de llevarse a cabo la acción, y no la que rige cuando tiene lugar el resultado ¹⁵. La verdad es que declaraciones de este tipo nada es lo que solucionan, pues el principio de irretroactividad, por un lado, y el de retroactividad de la más favorable, por otro, priman sobre aquella consideración. Y por ello en los delitos en que el tipo del injusto se prolonga en su realización durante un lapso de tiempo, como sucede en los delitos integrados por varios actos, en los permanentes y en los de estado, en el delito continuado, es preciso respetar las ideas expuestas.

Las orientaciones de los autores con el fin de ofrecer pautas interpretativas son dignas de mérito, aunque tal vez no siempre se avengan con los principios establecidos ¹⁶. Las exigencias de la prohibición de retroactividad tan sólo se acatan si la totalidad de los presupuestos fundamentadores del delito o de la pena fueron realizados bajo el período de vigencia de la ley posterior más severa ¹⁷. Exactamente el pensamiento opuesto es el que rige en la aplicación de la ley más benigna: no es necesario que ningún presupuesto del delito o de la pena tenga lugar bajo su vigencia para poderla tomar en consideración en el caso de que suceda a otra más gravosa.

Y recuérdese que el principio de irretroactividad alcanza también a los efectos o consecuencias generados por la aplicación de la ley más favorable aunque efectivamente se produzcan estando ya en vigor la más gravosa. Y de igual modo, si la totalidad de los presupuestos del delito no tienen lugar bajo el imperio de la más severa, reitero que no podrá aplicarse; por ello si unas detenciones ilegales se prolongan de tal modo que parte del hecho se lleva a cabo estando en vigor la ley más favorable

15 Cfr. CASABÓ RUIZ, en *Comentarios*, II, pp. 38 y s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, p. 125. El Código penal Militar, artículo 4, dispone que «Se aplicarán las leyes penales militares vigentes en el momento de la comisión del delito». Véase también PANCP de 1983, artículo 6.

16 Cfr. CASABÓ RUIZ, en *Comentarios*, II, pp. 39 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, pp. 126 y ss.

17 Así, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, p. 141. Admite los principios de irretroactividad desfavorable y retroactividad favorable, STS de 13 de noviembre de 1986.

y parte bajo la vigencia de la ley posterior más gravosa, ésta no podrá tomarse en consideración. Debe tenerse presente que esta interpretación sigue unas pautas paralelas al criterio mantenido generalmente por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo que impide aplicar parcialmente una y otra ley escogiendo de cada una lo que resulte más favorable¹⁸; tal expediente implica crear una especie de tercera ley con manifiesta invasión de competencias no atribuidas a los jueces.

III. IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES Y LAS SENTENCIAS DECLARATORIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Otra importante repercusión en cuestiones de irretroactividad tienen las decisiones del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una ley penal. Es sabido que los autores las atribuyen una naturaleza *cuasilegislativa*, aunque sólo con carácter negativo¹⁹, en la medida en que las Sentencias del Tribunal Constitucional pueden invalidar leyes y disposiciones o actos con fuerza de ley (arts. 164 de la Constitución y 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Quiere esto decir que si la norma penal aplicada es declarada inconstitucional, debe respetarse en sus diversas manifestaciones las ideas sobre irretroactividad, y, de modo inverso, la de retroactividad de la ley más favorable. Y en este sentido se manifiesta el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional cuando exceptúa del régimen general, que prohíbe revisar los procesos fenecidos con fuerza de cosa juzgada, a «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 exclu-

18 Cfr. STS de 8 de abril de 1986, 25 de abril de 1986, 7 de octubre de 1986, 29 de octubre de 1986, 19 de noviembre de 1986, 4 de febrero de 1987, 23 de febrero de 1988. STC de 19 de diciembre de 1986, 131/1986, de 29 de octubre. Auto TC 369/1984, de 24 de junio.

19 Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, pp. 109 y 145, nota 7.

sión, exención o limitación de la responsabilidad». El afán enumerador podría resumirse así: aplicación de la ley penal más favorable, o simple atipicidad, cuando la declaración de inconstitucionalidad deje un vacío no regulado de otro modo; de modo inverso, prohibición de retroactividad cuando, tal vez subsanados los vicios, la nueva ley comience de nuevo a regir, incluso aunque se muestre más favorable con respecto a la declarada inconstitucional.

Un problema interesante se suscita en el caso de que la declaración de inconstitucionalidad afecte a una ley más benigna que ha sido aplicada, o era susceptible de aplicarse, con carácter retroactivo, y como consecuencia de ello nuevamente debe tomarse en consideración la ley más grave, que siempre mantuvo su imperio, y bajo cuya vigencia fue cometido el delito. La cuestión puede abordarse de forma distinta según que los hechos hayan sido o no juzgados; si fueron juzgados, la sentencia firme recaída tendrá el valor de cosa juzgada y no cabrá revisar el proceso (arts. 161.1a de la Constitución y 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). No se infringe con ello lo dispuesto en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional pues sólo obliga a modificar las sentencias en caso de que la ley penal aplicada sea la más gravosa, y aquí sucede lo contrario. La solución que así se obtiene es coincidente con las exigencias del principio de seguridad jurídica. Si el delito no fue aún juzgado, en rigor no se darán los presupuestos requeridos por la prohibición de retroactividad, pues la ley más gravosa que ahora resulta aplicable es la que también estaba en vigor —y lo mantuvo durante todo el tiempo— cuando se cometieron los hechos. En estos episodios la vía abierta por el artículo 2, párrafo segundo, no debe ser desperdiciada por los Tribunales con el fin de acomodar las sentencias, en su caso, a las previsiones de la ley más benigna declarada inconstitucional, si razones de justicia material así lo aconsejasen.

IV. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL Y SU EXTENSION

La extensión que deba darse al principio de irretroactividad de la ley penal es una cuestión debatida ²⁰. El artículo 9.3 de la Constitución guarda silencio sobre los presupuestos que originan la prohibición de retroactividad y alude solamente a los efectos. De este modo hay que entender que alcanza a todo hecho o circunstancia cuya toma en consideración dé lugar a la aplicación, con carácter retroactivo, de una disposición sancionadora desfavorable o restrictiva de derechos individuales. Metodológicamente ya no puede abordarse el tema sobre la base de si el presupuesto tiene una naturaleza estrictamente penal o de otra clase (procesal, administrativa, etcétera). La irretroactividad penal comprende, bajo esta premisa, cualquier presupuesto que vaya a ser tomado en cuenta en la realización del injusto culpable y que contribuya a fundamentar desfavorablemente —y con carácter retroactivo, naturalmente— un delito o una falta (art. 25.1 de la Constitución); es indiferente tanto el lugar sistemático que ocupe en la teoría del delito, y por ello puede afectar a cualquier elemento tanto de la parte general como de la parte especial del Derecho penal. De igual modo, no es necesario que el presupuesto esté regulado por una ley penal: recuérdese que determinados delitos se configuran a partir de las previsiones de otros cuerpos jurídicos (quiebras, apropiación indebida, delitos económicos). Cualquier modificación gravosa queda sometida al principio de irretroactividad si los hechos no se cometieron bajo su vigencia.

Las mismas consideraciones deben hacerse para las leyes penales en blanco en sentido estricto: sin perjuicio de la cuestión de fondo que plantean ²¹, una alteración en la norma de rango inferior que comple-

²⁰ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, pp. 95 y ss.; CEREZO MIR, *Curso*, pp. 213 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, p. 131; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, pp. 135, 141 y ss.

²¹ Sobre su posible inconstitucionalidad, por no respetar la garantía de reserva de Ley Orgánica, baste citar a Manuel COBO DEL ROSAL y Javier BOIX REIG, «Garantías constitucionales del derecho sancionador», en *Comentarios a la Legislación penal*, I, Madrid 1982, 200; cfr. Esteban MESTRE DELGADO, «Límites constitucionales de las remisiones normativas en mate-

menta la ley en blanco puede tener un efecto agravatorio o extensivo de la responsabilidad penal.

Finalmente, otro tanto hay que decir de los Tratados internacionales celebrados válidamente y publicados oficialmente en España (art. 96.1 de la Constitución y art. 1, 5.º del Código Civil): una vez que han pasado a formar parte del derecho interno, quedan bajo los efectos de la prohibición de retroactividad tanto si regulan la totalidad del hecho o tan sólo parte de él. Lo dicho es extensible a los tratados de extradición.

Por lo que respecta específicamente a la pena, la garantía de irretroactividad alcanza a la previa determinación legal de la misma en todos sus aspectos y a los diferentes extremos de su fundamentación, agravación, extensión (art. 23 del Código penal). Pero esta consideración del problema no agota las exigencias del artículo 9.3 de la Constitución. Por ello, hay que incluir en la prohibición de retroactividad de la ley penal todo otro requisito que no opere propiamente como fundamento del delito o de la pena pero que incida en ellos de manera distinta.

Es lo que sucede con ciertos presupuestos tanto materiales (condiciones objetivas de punibilidad) como personales (causas personales de exclusión de la pena, excusas absolutorias) que por razones de política criminal hacen necesaria en unos casos la efectiva imposición de la pena y otros su exclusión. La supresión de tales requisitos significa un agravamiento y por ello deberá respetarse la garantía de irretroactividad.

Además afecta a las diferentes partes de la teoría de la pena, tanto en la fase de determinación judicial, como de medición, aplicación y ejecu-

ria penal», en *ADPCP*, 1988, 514. Admiten que rige para las leyes penales en blanco tanto el principio de retroactividad favorable como el de irretroactividad perjudicial, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, pp. 79 y s.; CEREZO MIR, *Curso*, 214; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, p. 136. En igual sentido las STS de 26 de junio de 1963, 8 de noviembre de 1963, 9 de marzo de 1964, 13 de diciembre de 1966, 25 de septiembre de 1985; esta última dice «que por Ley penal a efectos del artículo 24 del Código penal, debe entenderse todo presupuesto del cual resultan consecuencias penales. Por tanto, no sólo las que se refieren a la pena o definen figuras concretas de delito, sino también las de otras ramas jurídicas que dan contenido a las llamadas leyes penales en blanco: son modificaciones extrapenales de la ley penal, pues forman parte del conjunto de presupuestos de los que depende la pena».

ción (arts. 80 y 81 del Código penal). Y así sucederá con la inclusión de nuevos y más gravosos elementos para la concesión de la condena condicional o la libertad condicional. La cuestión que plantean los supuestos en que la nueva ley más gravosa contempla efectos generados por una ley anterior más benigna —piénsese en la aplicación de un régimen penitenciario más severo y restrictivo de derechos individuales con respecto de un delito cometido y juzgado bajo la vigencia de otra ley penitenciaria más favorable— se ha resuelto anteriormente en el sentido de considerar que la garantía de irretroactividad no sólo incluye los hechos, sino también los efectos o las situaciones generadas o creadas al amparo de la ley más beneficiosa.

Además la prohibición de retroactividad cubre también cualquier otro extremo que afecta, de diferente modo, al delito o la pena, o a la situación personal de quien presumiblemente lo ha cometido o es acreedor a la sanción criminal. Por ello la polémica de si un determinado requisito (así, la querrela o la denuncia, en los delitos perseguibles a instancia de parte, o la prescripción de los delitos o las penas) ²² pertenece al Derecho penal o al procesal, para determinar si le es aplicable la prohibición de retroactividad, hoy carece de sentido. El artículo 9.3 de la Constitución es taxativo al ampliar el principio a toda norma sancionadora desfavorable o restrictiva de derechos individuales, y no cabe duda de que la supresión de cualquier requisito o garantía procesal o la ampliación de los plazos de prescripción puede entrañar una merma de dichos derechos. Incluso, siempre que la aplicación de otras medidas restrictivas de derechos individuales, como la detención o la prisión preventiva, tomen como presupuesto material un hecho delictivo cometido bajo la vigencia de una disposición más favorable, debe respetarse el principio de irretroactivi-

22 Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, pp. 143 y s.; CEREZO MIR, *Curso*, 216; BUSTOS RAMÍNEZ, *Manual*, pp. 95 y s.; Manuel GALLEGÓ DÍAZ, «Prescripción penal y prohibición de retroactividad», *RGLJ*, 1986, pp. 44 y ss. Por su parte el TS es contradictorio: no toma en cuenta los principios de retroactividad e irretroactividad en STS de 29 de mayo de 1980. Auto de 19 de febrero de 1980; por el contrario, si los aceptan, STS de 16 de mayo de 1980 y 3 de junio de 1980.

dad²³. Finalmente, los diferentes extremos que comprende la responsabilidad civil derivada de delito —restitución, reparación del daño causado, indemnización de perjuicios (art. 101 del Código penal)— en la medida en que no tengan un carácter propiamente sancionador o restrictivo de derechos individuales estarán al margen del problema estudiado.

El cuestionario que plantean las medidas de seguridad ha sido también objeto de discusión²⁴. Poco importa que se trate de predelictuales o postdelictuales, por razón de lo que voy a decir, aunque ahora sólo estoy pensando en las segundas. Y es interesante comprobar que la amplitud con que está concebida la prohibición de retroactividad en el artículo 9.3 de la Constitución obliga a plantearse de nuevo la vieja polémica de si las medidas de seguridad carecen siempre de carácter aflictivo, y representan algo beneficioso para el afectado. Así se ha entendido por algunas escuelas penales —entre nosotros por el correccionalismo²⁵— y por ello las excluían del régimen general de irretroactividad. Pero argumentos de esta naturaleza pueden encubrir serios reparos metódicos, porque siguiendo esa vía argumental otro tanto cabría decir de las penas cuando se repara en lo que dispone el artículo 25.2 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria: el fin de reeducación y de inserción social es también objetivo de nuestro sistema penal. Frente a esta

23 En el sentido del texto, la STC 32/1987, de 12 de marzo, admite el amparo «al aplicar indebidamente ...una ley posterior más restrictiva a un inculpado en situación de prisión preventiva acordada con arreglo a una ley anterior más benigna». El tema se suscitó como consecuencia de una sucesión de leyes que trataban de diferente forma el régimen de prisión preventiva en los artículos 503 y 504 de la LECrim (L.O. 7/1983, de 23 de abril y L.O. 9/1984, de 23 de diciembre). Por el contrario, de opinión diferente, en voto particular, en la propia STC, dos Magistrados manifiestas que «no es retroactiva una ley porque determine los efectos pro futuro de situaciones que hubieran nacido con anterioridad. La ley es retroactiva si pretende regular actos realizados con anterioridad a su entrada en vigor, pero no lo es cuando regula las consecuencias *a posteriori* de situaciones creadas con anterioridad».

24 Cfr. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, «Legalidad (Principio de)», en *NEJ*, Seix, XVI, Barcelona 1971, pp. 892 y ss.; CERZO MIR, *Curso*, pp. 215 y s.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, pp. 96 y s.

25 Cfr. Pedro DORADO MONTERO, *Problemas de Derecho penal*, Madrid 1895, pp. 307 y ss.; sobre el pensamiento de los correccionalistas, José ANTÓN ONEGA, *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca 1950, pp. 59 y ss.

forma de razonar, que se atiene a una consideración ideal y hoy por hoy utópica, hay que tener presente que la pena, materialmente, y en sí misma considerada, es un mal, en cuanto que implica una privación o restricción de bienes jurídicos²⁶. Y por ello mismo el artículo 9.3 y el artículo 25.2 inequívocamente se refieren a los delitos y sus penas. El mismo razonamiento debe hacerse con las medidas de seguridad.

Esto exige determinar si su concreta aplicación lleva aparejada una material privación o restricción de bienes jurídicos. Para ello es preciso valorar los diferentes factores personales —entre ellos el consentimiento del afectado— y materiales —privación o merma de libertad, limitación o supresión de otros derechos fundamentales— que concurran en la aplicación de la medida de seguridad y su posible incidencia en la afectiva restricción de un derecho individual. Cuando tal suceda, no debe existir duda de que si los hechos que motivaron su aplicación se cometieron bajo la vigencia de una normativa más benigna, la posterior agravación queda sometida a las reglas de la prohibición de retroactividad. Por ello con razón se ha apuntado que toda medida de seguridad precisa seguir el régimen general de irretroactividad, salvo que sea más favorable²⁷.

La consideración de que las medidas de seguridad se basan en la peligrosidad del sujeto y que es un estado que puede subsistir una vez que entra en vigor la ley más severa²⁸, desconoce la idea que he venido sosteniendo en el sentido de que el mejor entendimiento de la prohibición de retroactividad alcanza no solamente a los hechos sino también a los efectos que genera la aplicación de la ley más beneficiosa. Y si la declaración del estado peligroso se basó en la ley más benigna, ésta ha de ser aplicable a lo largo de todo el tratamiento.

26 Así, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, p. 555; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, p. 97.

27 La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, en la Disposición adicional segunda exige el respeto de las garantías de los artículos 23 y 24 del Código penal. El mismo criterio, con respecto a la retroactividad e irretroactividad, PANCP de 1983, artículos 1.2 y 5.1 y 2.

28 Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Legalidad (Principio de)», 892; Juan TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid 1981, pp. 204 y ss.

Por último, sirva hacer una reflexión de carácter general sobre la aplicación de cualquier otra disposición sancionadora o restrictiva de derechos individuales y que encuentre su causa en la comisión de un hecho delictivo. La cuestión puede plantearse con respecto a muy diferentes materias: aplicación de la ley penal española por razón del lugar de comisión del hecho (art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), adopción de determinadas medidas sobre el asilo y la condición de refugiado (arts. 18 y 19 de la Ley reguladora del Derecho de asilo y la condición de refugiado de 1984), y así sucesivamente.

V. PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD Y LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES AGRAVATORIOS

Un tema interesante relacionado con la irretroactividad de la ley penal desfavorable es el de si las variaciones jurisprudenciales agravatorias, posteriores a la comisión del hecho delictivo, están sometidas al régimen general. La cuestión fue muy debatida en la República Federal de Alemania al modificarse el criterio de los tribunales de justicia sobre el grado alcohólico que debía estimarse como suficiente para poner en peligro la seguridad del tráfico de los automóviles ²⁹. De forma reiterada los jueces venían operando con el criterio de que una persona debía ser considerada como absolutamente incapaz de conducir un vehículo de motor, sin posibilidad de prueba en contrario, cuando se superaba una concentración de alcohol en la sangre del 1,5 por 1.000; pero a partir de un determinado momento, y como consecuencia de nuevos conocimientos médicos e indicaciones de organismos especializados, la jurisprudencia modificó su pare-

29 Cfr. ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, parágrafo 2, n. 9; RUDOLPHI, en SK, AT, parágrafo 1, n. 8; MAURACH-ZIPFF, *Strafrecht*, AT, 1, 151; JAKOBS, *Strafrecht*, 88; JESCHECK, *Tratado*, 185, nota 34; HASSEMER, *Fundamentos*, pp. 325 y ss. En la bibliografía española, Fulgencio MADRID CONESA, *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*, Valencia, 1982, pp. 9 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Notas*, en HASSEMER, *Fundamentos*, 326.

cer y fijó el límite en el 1,3 por 1.000³⁰. El problema estaba planteado: surgieron dudas de si podía tomarse en cuenta este cambio jurisprudencial con respecto a los hechos realizados con anterioridad a la nueva interpretación y, consecuentemente, estimar delictivo un comportamiento que en el tiempo de su ejecución no era apreciado como tal por los tribunales de justicia.

Está claro que no se trata aquí de los episodios en que la variación de la jurisprudencia es consecuencia directa de la toma en consideración de una nueva ley posterior —no importa su naturaleza penal o no penal— que conduce a la aplicación en sentido agravatorio de una norma de carácter penal vigente en el momento de cometerse al hecho delictivo. Como tampoco de los supuestos a que hace referencia el artículo 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en el sentido de que «la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad».

Cabe imaginar que una sentencia del Tribunal Constitucional obligue a modificar la jurisprudencia en sentido agravatorio con posterioridad a la comisión del delito y antes de ser enjuiciado. En ambos casos debe respetarse el principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables o restrictivas de derechos individuales pues la alteración jurisprudencial agravatoria está motivada por un cambio legislativo o *cuasi-legislativo* llevado a cabo con posterioridad a la ejecución de los hechos. No se trata de un problema de interpretación sino de aplicación de la legislación vigente.

La cuestión es mucho más complicada cuando la variación jurisprudencial obedece a razones que no tienen esta causa. Bajo una consideración de tipo formal cabría decir que la prohibición de retroactividad afecta sólo a los cambios legislativos en sentido estricto —y todo lo más a los *cuasilegislativos*, según se ha expuesto— y parece evidente que tal no

30 Cfr. HAFKE, «Zur Problematik der 1,3 Promille-Grenze BGHST, 21, 157», en *JuS*, 1972, pp. 448 y ss.

sucede con la mera alteración de la jurisprudencia basada en meros criterios de interpretación ³¹. Por ello en la bibliografía, los partidarios de esta tesis han acudido al expediente de resolver el problema con base en la teoría del error: en el caso de que el sujeto en el momento de realizar el hecho no hubiere en absoluto podido prever la antijuridicidad de su comportamiento, existe un error de prohibición invencible que excluye la responsabilidad criminal (art. 6 bis, a) del Código penal) ³².

Pero esta forma de razonar no es satisfactoria porque no resuelve gran número de casos: así, el de la persona que debido a sus conocimientos jurídicos considera ilícito el hecho y prevé el cambio jurisprudencial ³³; o los supuestos en que la alteración jurisprudencial no afecta propiamente a la valoración de la ilicitud del hecho, sino a otros presupuestos de la pena: no estimación de una condición objetiva de punibilidad, que hasta entonces se apreciaba como tal, o repercute en el sistema de determinación de la pena, o en la propia culpabilidad (ampliación de los sujetos a los que hay que considerar imputables) ³⁴.

Las siguientes reflexiones deben partir de una consideración previa: un cambio jurisprudencial agravatorio y posterior a la comisión del hecho, y que implica una alteración radical del criterio anteriormente mantenido de forma reiterada y constante, no es diferente, desde una valoración material, a la aplicación de una ley sancionadora desfavorable o restrictiva de derechos individuales. Se afirma que la ley y la aplicación judicial del derecho representan una unidad de la cual se deduce lo que está o no prohibido ³⁵. Por su parte el artículo 1.6 del Código civil establece que «la

31 Así, RUDOLPHI, en *SK*, AT, parágrafo 1, n. 8; JESCHECK, *Tratado*, 185, nota 34; Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, Tübingen 1970, 110.

32 Cfr. JESCHECK, *Tratado*, 186, nota 34; RUDOLPHI, en *SK*, AT, parágrafos 1, n. 8 y 17, n. 37. Véase también MADRID CONESA, *El principio*, 27.

33 COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG, 145, nota 7.

34 MADRID CONESA, *El principio*, 34 propone acudir al recurso de amparo y subsidiariamente al error de prohibición.

35 Cfr. ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, parágrafo 2, n. 9 a. Por su parte MUÑOZ CONDE, *Notas*, en HASSEMER, *Fundamentos*, 326 escribe, con autoridad: «Por la propia indeterminación de la ley penal el supuesto de hecho tiene que ser completado por vía juris-

Jurisprudencia complementará el Ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los Principios generales del Derecho». Ciertamente que el artículo 9.3 de la Constitución se refiere solamente a la irretroactividad de las *disposiciones* sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales, y formalmente, lo he dicho, un cambio jurisprudencial agravatorio no supone una variación legislativa, en sentido estricto, en cuanto que la jurisprudencia no es fuente de Derecho penal; y además, la ley sigue siendo la misma y lo único que se altera es la interpretación que hacen de ella los tribunales.

Pero con estos razonamientos se está ignorando que el principio de irretroactividad no es más que expresión de la garantía de seguridad jurídica reconocida como tal por el propio artículo 9.3 de la Constitución. Y estimo que la seguridad jurídica —fundamento de la prohibición de retroactividad desfavorable— se ve profundamente afectada cuando un cambio jurisprudencial da lugar, como efecto material, a la aplicación de la ley de forma más gravosa; y esto es lo que sucede si es interpretada de modo diferente a como venía siendo, constante y reiteradamente, en el momento de la comisión del delito. No se olvide que según el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial «la Constitución es la norma suprema del Ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales».

Lo voy a decir una vez más: irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales y seguridad jurídica son dos ideas indisolublemente unidas. Hay que admitir que la garantía de seguridad jurídica lleva aparejado el pensamiento de un previo cálculo del contenido de las decisiones judiciales conforme al criterio reiterada y constantemente mantenido por la Jurisprudencia ³⁶. Esto no

prudencial, con lo que es la propia jurisprudencia, con autorización tácita del legislador, la que, en definitiva, marca el ámbito de prohibición a que se extiende el tipo penal».

³⁶ Cfr. así, Heinrich HENKEL, *Introducción a la filosofía del Derecho*, traducción E. Gimbernat Ordeig, Madrid 1968, 552: «Un específico momento de seguridad jurídica de la judicatura lo constituye la exigencia de unidad y continuidad de la jurisprudencia».

quiere decir que se niegue la facultad de modificar de opinión a los Tribunales de justicia, sino que tan sólo se está pidiendo que en tales casos un cambio jurisprudencial agravatorio no pueda tener carácter retroactivo porque lesiona la garantía constitucional de seguridad jurídica.