

GUILLERMO OLIVER CALDERÓN

*Doctor en Derecho, Universitat de Barcelona  
Profesor de Derecho Penal  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*

# RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES



[www.editorialjuridica.cl](http://www.editorialjuridica.cl)

## I.1. JUSTIFICACIÓN DEL CAPÍTULO

1. Para aproximarse al estudio del fundamento y alcance de los principios de irretroactividad de la ley penal desfavorable y de retroactividad de la ley penal más benigna, resulta útil examinar, aunque sea someramente, las diversas etapas que atraviesan las leyes, desde su formación en las Cortes Generales hasta el término de su vigencia. Tal utilidad emana del hecho de que, como lo veremos, estas etapas originan alteraciones en la eficacia temporal de las leyes penales. Por eso se explica que en el presente capítulo nos dediquemos a analizar dichas fases. Después de ello abordaremos lo que se conoce con el nombre de sucesión de leyes penales y aludiremos a las dificultades existentes para decidir si una ley es más favorable que otra. Finalmente, incluiremos unas notas para delimitar algunos conceptos que, como los de irretroactividad y de retroactividad, suelen utilizarse para aludir a la eficacia de las leyes penales en el tiempo. Sólo entonces estaremos en condiciones de abordar la parte medular de nuestro estudio, tarea que realizamos a partir del capítulo siguiente.

## I.2. NACIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LAS LEYES PENALES

1. La convivencia humana requiere la existencia de sistemas normativos que regulen diversos aspectos de la vida en sociedad. Las leyes, en tanto regulaciones destinadas a normar algunas de esas facetas, tienen una duración en el tiempo. No son eternas, sino que experimentan modificaciones, conforme van cambiando los intereses

sociales. Los aspectos ya normados pueden requerir algún cambio en la regulación legal. Puede surgir la necesidad de regular nuevas actividades humanas. Incluso puede estimarse que ya no es necesario que exista una regulación legal sobre ciertos aspectos. Las leyes penales no escapan a esta lógica. Se dictan nuevas leyes penales, se sustituyen leyes ya existentes y dejan de existir otras.

2. Tal como sucede con la vida de toda persona, las leyes penales nacen, tienen un tiempo de duración y desaparecen. Durante todo este período es posible distinguir varios momentos que analizamos a continuación.

### I.2.1. ELABORACIÓN

1. El art. 66.2 de la Constitución establece que “las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado”. En consecuencia, la elaboración de las leyes penales tiene lugar en las cámaras legislativas de las Cortes Generales. Por su parte, el art. 81.1 de la Carta Fundamental dispone que “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, y el art. 81.2 del mismo texto señala que “la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”. Como las leyes penales tienen directa incidencia en el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas –porque prohíben u ordenan determinados comportamientos realizables en el ejercicio de tales derechos y libertades, y porque amenazan su comisión u omisión, respectivamente, con sanciones que afectan a éstos–, se estima que son leyes orgánicas,<sup>1</sup> por lo que su aprobación, modificación o derogación exige que se alcance el mencionado *quorum*.

<sup>1</sup> Así, POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal. Parte general*, t. I (5ª edición, actualizada con la colaboración de Miguel Polaino-Orts, Barcelona, 2004), p. 346. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha estimado que la exigencia de ley orgánica sólo debe entenderse referida a las leyes penales que establecen penas privativas de libertad. Así lo ha señalado, entre otras, en las SSTC 120/1998, de 15 de junio (f. j. 3º) y 234/1997, de 18 de diciembre (f. j. 10º). Cfr. CUERDA RIEZU, “Innovaciones de la más reciente doctrina constitucional sobre el principio de legalidad penal”, en QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz* (Navarra, 2001), p. 168; 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*

### I.2.2. SANCIÓN Y PROMULGACIÓN

1. Según el art. 91 de la Constitución, “el Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación”. La sanción es el acto por medio del cual el Rey, como Jefe del Estado, ordena que la ley sea obedecida por todos. Y la promulgación es el acto por el cual el Rey, verificando que concurren todos los requisitos formales establecidos en la Constitución, declara la existencia de la ley.<sup>2</sup> Estos actos son imprescindibles para el nacimiento de las leyes penales, pero no suficientes, pues para ello es necesaria, además, su publicación.<sup>3</sup>

*Cuadernos y debates*, Nº 103 (Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000), pp. 20 y s.

<sup>2</sup> En este sentido, cfr. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General* (5ª edición, Valencia, 1999), p. 140. Sin embargo, algunos autores reúnen ambos aspectos –orden de que la ley sea cumplida y declaración de su existencia– dentro del concepto de promulgación. Es el caso, por ejemplo, de CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español. Parte general*, t. I (6ª edición, Madrid, 2004), p. 215, quien afirma que “la promulgación es un acto del Jefe del Estado que declara la existencia de la ley y ordena su ejecución”. Similar, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. II (5ª edición, Buenos Aires, 1950), p. 601, y ANTÓN ONECA, *Derecho penal* (2ª edición, anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Madrid, 1986), p. 124, nota 1. Por su parte, DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *División y fuentes del derecho positivo* (Valparaíso, 1968), p. 110, identifica la sanción con la aprobación del proyecto de ley por el Poder Legislativo.

<sup>3</sup> Así, DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Parte general*, t. I (2ª edición, Madrid, 1949), p. 354; FRÍGOLS I BRINES, *Fundamentos de la sucesión de leyes en el derecho penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales* (Barcelona, 2004), pp. 493 y s., haciendo referencia a toda clase de normas, no sólo a las leyes. En contra, señalando que las leyes penales nacen con su promulgación, cfr. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español...*, cit., t. I, p. 215; CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito* (3ª edición, Madrid, 2002), p. 244. Por su parte, CARRETERO PÉREZ, “El concepto constitucional de fuentes del derecho”, en VV.AA., *La Constitución española y las fuentes del derecho*, vol. I (Madrid, 1979), p. 419, sostiene que la fase constitutiva de la ley termina con la aprobación parlamentaria de su texto. Vid. SALVADOR CODERCH, “La publicación de las leyes”, en VV.AA., *La forma de las leyes. Diez estudios de técnica legislativa* (Barcelona, 1986), pp. 263 y ss., dando cuenta de la discusión doctrinal existente en cuanto a si la publicación es un requisito constitutivo de la ley o un requisito de eficacia de la misma, y afirmando que la polémica tiene mucho de disputa verbal o terminológica, pues no están claras las diferencias de efectos jurídicos que se seguirían de profesar una u otra doctrina. Vid. también CARTAGENA DÍAZ, “Promulgación y publicación de la ley”, en VV.AA., *La técnica legislativa ante la elaboración de la ley*

## I.2.3. PUBLICACIÓN

1. La publicación de las leyes penales, al igual que la de las restantes leyes, se realiza en el Boletín Oficial del Estado. Así se desprende del art. 2.1 del Código Civil, que es de aplicación general, al prescribir 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”. Sin embargo, la Constitución no obliga a que la publicación de las leyes se realice en el indicado medio de difusión. Luego, como el citado art. 2.1 del Código Civil permite que en cada ley se contemplen reglas especiales en cuanto a su entrada en vigor y –así lo entendemos– en cuanto a su publicación, podría en una ley penal disponerse su publicación en otro medio.<sup>4</sup>

2. La publicación es un trámite destinado a que las leyes puedan ser conocidas, garantizándose de esta manera la seguridad jurídica.<sup>5</sup> Además, marca el momento del nacimiento de las mismas.

## I.2.4. VACATIO LEGIS

1. Se conoce con este nombre al período de tiempo que puede existir entre la publicación de la ley y su entrada en vigor. Ya hemos

(Centro de Estudios y Asistencia Legislativa de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1998), pp. 311 y ss., señalando argumentos a favor y en contra de considerar la publicación como un elemento integrante de la ley y concluyendo que todo depende de la regulación constitucional y legal que la institución tenga en cada país. A su juicio, la regulación chilena obliga a considerar la publicación sólo como un requisito de eficacia de la ley.

<sup>4</sup> Así, SALVADOR CODERCH, *La publicación de las leyes*, cit., p. 265.

En el caso de Chile, la posibilidad de que las leyes puedan ser publicadas en medios distintos del oficial se encuentra contemplada explícitamente en el art. 7º del Código Civil de dicho país. Véase el texto de dicho precepto en anexo de disposiciones chilenas citadas, incorporado al final de este trabajo.

<sup>5</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 141, quienes señalan que la seguridad jurídica exige que a la publicación “formal” –que identifican con la inserción del texto de la ley en el Boletín Oficial del Estado– se añada la publicación “material” de la ley, es decir, la divulgación publicitaria de su contenido. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, cit. t. II, pp. 602 y s., quien, citando a Dorado Montero, menciona distintas formas de difundir el contenido de las leyes, tales como su enseñanza en las escuelas, su lectura pública, la fijación de su texto en lugares de alta concurrencia, etc.

dicho que, como se desprende del citado art. 2.1 del Código Civil, si la ley penal no señala el instante a partir del cual entrará en vigencia, lo hará a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. En consecuencia, la regla general es que haya un período de *vacatio legis* y que éste dure veinte días.<sup>6</sup> Sin embargo, puede suceder que, por razones de urgencia, se dicten leyes penales en las que se disponga su inmediata entrada en vigor, prescindiendo de la *vacatio*<sup>7</sup> o estableciendo un período de vacancia muy breve. Fue el caso, por ejemplo, de la Ley de 19 de julio de 1976, que creó tipos penales agravados de coacciones para castigar a los piquetes de huelga, que entró en vigencia el día de su publicación.<sup>8</sup> También fue el caso de las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y 4/2005, de 10 de octubre, sobre delitos de riesgo provocado por explosivos, que entraron en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.<sup>9</sup> Al parecer, en

<sup>6</sup> En Italia se prevé un período de 15 días de vacancia desde la publicación de las leyes, a menos que se disponga otra cosa. Cfr. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione* (Milán, 1966), pp. 37 y s. En Francia la regla es que la *vacatio* sea muy breve, porque las leyes entran en vigor un día después de su publicación en el *Journal Officiel*. Vid. ROBERT, *Droit pénal général* (3ª edición, París, 1998), p. 141. En Bélgica las leyes tienen un período de vacancia de 10 días desde su publicación, a menos que en su texto se indique otra cosa. Cfr. HENNAU / VERHAEGEN, *Droit pénal général* (2ª edición, Bruselas, 1995), p. 84. En Brasil, salvo disposición en contrario, la *vacatio legis* es de 45 días desde la publicación oficial. Vid. LOPES, *Princípio da legalidade penal. Projeções contemporâneas* (Sao Paulo, 1994), pp. 83 y s. En Chile la regla es que no exista vacancia legal, a menos que se establezca lo contrario.

<sup>7</sup> En opinión de COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 187, esta práctica debe ser considerada inconstitucional por atentatoria a la seguridad jurídica, valor garantizado en el art. 9.3 de la Constitución. En el mismo sentido, GONZÁLEZ TAPIA, *Determinación del tiempo de comisión del delito* (Granada, 2002), p. 87.

<sup>8</sup> Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español...*, cit., t. I, pp. 215 y s.

<sup>9</sup> Tratándose de leyes procesales penales, ha sido también el caso de las Leyes Orgánicas 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina; 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional; 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la ley sobre la orden europea de detención y entrega, todas las cuales entraron en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Una crítica a tan breve período de vacancia, respecto de la citada Ley Orgánica 13/2003, puede verse en LANDROVE DÍAZ, *La reforma de la prisión provisional*, en *La Ley*, 2004-1, p. 1561.

la práctica la regla general –la existencia de *vacatio legis*– se ha convertido en una excepción.<sup>10</sup> Puede ocurrir también que se disponga un período de vacancia de mayor tiempo de duración para facilitar el conocimiento de nuevas leyes penales. Es lo que ha sucedido, por ejemplo, con la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que estableció el nuevo Código Penal, en cuya disposición final 7ª se fijó una *vacatio legis* de seis meses<sup>11</sup> desde su publicación completa en el Boletín Oficial del Estado, la cual tuvo lugar el 24 de noviembre de 1995.<sup>12</sup> Otro ejemplo puede apreciarse en la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la mayor parte de cuyas disposiciones entró en vigencia el 1 de octubre de 2004.<sup>13</sup> En Alemania, puede citarse el caso de la Ley de 4 de julio de 1969, que aprobó la nueva parte general del Código Penal de dicho país, el cual entró en vigencia el 1 de enero de 1975. En Chile, puede citarse el caso de la Ley Nº 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, publicada en el Diario Oficial el 7 de diciembre de 2005, cuyo art. 1º transitorio estableció una vacancia de seis meses a contar de su publicación, período que se amplió a dieciocho meses mediante la Ley Nº 20.110, publicada en el Diario Oficial el 1º de junio de 2006.

#### I.2.4.1. Clases de *vacatio legis*

1. En lo que respecta a las formas que puede adoptar la *vacatio legis* –y consecuentemente, la entrada en vigencia de las leyes–, es

<sup>10</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España...*, cit., t. I, p. 625, nota 2, afirmando que en la época en que este autor escribía ya las leyes que se dictaban solían carecer de un período de vacancia.

<sup>11</sup> A juicio de RUIZ DE ERENCHUM ARTECHE, “El ‘sistema de sucesión de leyes’ y la problemática de la redención de penas por el trabajo. Valoración de las aportaciones del Tribunal Supremo”, en *Revista del Poder Judicial*, Nº 48, año 1997, pp. 325 y s., este período de seis meses fue muy breve, lo que impidió el necesario estudio reposado del nuevo texto legal, la confrontación de opiniones autorizadas y la adaptación de los juristas a un sistema de penas absolutamente novedoso.

<sup>12</sup> Sin embargo, el art. 19 del Código Penal tuvo un período de vacancia más largo, pues sólo entró en vigor el 5 de enero de 2001, cuando adquirió vigencia la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

<sup>13</sup> Las disposiciones finales 1ª, 2ª, 3ª y 4ª de la mencionada Ley Orgánica entraron en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado y los apartados 88º, 89º y 90º de su artículo único, el día en que lo hizo la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

posible distinguir varias alternativas, que a continuación examinamos brevemente.

#### I.2.4.1.1. Período de vacancia general para toda la ley y para todo el territorio del Estado

1. Es ésta la modalidad más común. Consiste en establecer, expresamente –o en forma implícita, por aplicación de lo supletoriamente dispuesto en el citado art. 2.1 del Código Civil–, un período de *vacatio*, pasado el cual el texto de la ley entrará en vigor, íntegramente, en todo el territorio del Estado. Como ejemplo, puede citarse el caso de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, en cuya disposición final 3ª se fijó un brevísimo período de vacancia –de un día a contar de su publicación en el Boletín Oficial del Estado–, pasado el cual entró en vigencia, en forma íntegra, en todo el territorio del Estado español.

#### I.2.4.1.2. Períodos de vacancia distintos, dependiendo de la parte de la ley de que se trate, para todo el territorio del Estado

1. En esta modalidad se establecen tiempos de *vacatio* diferentes para distintas disposiciones de una misma ley, pasados los cuales éstas van entrando en vigor en todo el territorio del Estado. Fue el caso, por ejemplo, de la citada Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que estableció el nuevo Código Penal. Su disposición final 7ª fijó en su párrafo primero una *vacatio legis* para la mayor parte del Código y, en su párrafo segundo, otra para su art. 19.<sup>14</sup> También fue el caso de la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal, cuya disposición final única estableció un período de vacancia para el artículo 1º –entró en vigor el día en que lo hizo la Ley 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal– y otro distinto para el art. 2º –entró en vigencia el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

<sup>14</sup> Vid. *supra*, nota 12.

### I.2.4.1.3. Períodos de *vacatio legis* diferentes, según las distintas zonas territoriales del Estado

1. En esta hipótesis, la ley prevé diferentes períodos de vacancia, pasados los cuales va entrando íntegramente en vigencia en distintas zonas del territorio del Estado. Se trata de una modalidad que es difícil que se dé en la práctica, porque su constitucionalidad podría ponerse en duda, desde el punto de vista del respeto al principio de igualdad,<sup>15</sup> especialmente en el caso de las leyes penales, si no se cuenta con razones que justifiquen su adopción. Ello porque, en determinado momento, una misma conducta podría ser impune en una parte del territorio del Estado y punible en otra.<sup>16</sup> En todo caso, no es imposible que se dé. Verbigracia –aunque el ejemplo alude a una ley procesal–, en Chile, que según el art. 3º de su Constitución Política es un Estado unitario,<sup>17</sup> el art. 484 de su nuevo Código Procesal Penal<sup>18</sup> establece distintos períodos de vacancia y, consecuentemente, diferentes fechas de entrada en vigor del mismo para las diversas regiones del país.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Cfr. arts. 9.2, 14, 139.1 y 149.1 N° 1 de la Constitución española.

<sup>16</sup> En relación con el tema de la posible afectación del principio de igualdad, al reconocer a las comunidades autónomas competencia para complementar leyes penales en blanco, concluyendo que no se viola dicho principio si se cumplen ciertas exigencias, a pesar de que ello signifique que el ámbito de lo punible en relación con un mismo tipo penal varíe en las distintas zonas del territorio del Estado español, puede verse SILVA SÁNCHEZ, “¿Competencia ‘indirecta’ de las comunidades autónomas en materia de Derecho penal?”, en *La Ley*, 1993-I, pp. 964 y ss., especialmente, pp. 971 y ss.

El Tribunal Constitucional, en su STC 120/1998, de 15 de junio (f. j. 4º), reconoció la posibilidad de que disposiciones autonómicas puedan integrar las leyes penales en blanco. Véase un comentario de dicha sentencia en SILVA SÁNCHEZ, “Las ‘normas de complemento’ de las leyes penales en blanco pueden emanar de las Comunidades Autónomas (consideraciones a propósito de la STC (2ª) 120/1998, de 15 de junio)”, en *Revista del Poder Judicial*, N° 52, año 1998, pp. 483 y ss., especialmente, pp. 490 y ss., recalando que la existencia de normas penales en blanco que hubiesen de integrarse con disposiciones no estatales podría responder, incluso, a la más estricta apreciación del principio de igualdad, que obliga a tratar de modo distinto situaciones distintas.

<sup>17</sup> Véase el texto de este precepto constitucional en anexo de disposiciones chilenas citadas, al final de este trabajo.

<sup>18</sup> *Vid. infra*, anexo de disposiciones chilenas citadas.

<sup>19</sup> Sin embargo, para evitar posibles alegaciones de inconstitucionalidad del señalado precepto del Código Procesal Penal, se introdujo en la Constitución chilena, previamente, una disposición transitoria, la 36ª (actualmente es la 8ª), que facultó en forma expresa al legislador para establecer fechas diferentes de

### I.2.4.2. *Conveniencia de la vacancia legal*

1. En cuanto a la mayor o menor conveniencia de que el legislador penal establezca períodos de *vacatio legis*, parece necesario proclamar una mayor utilización de ella, para dar a los órganos judiciales un tiempo para conocer las leyes penales y prepararse para su aplicación. Además, debe tenerse presente la innegable tendencia legislativa de los últimos años, cada vez más acentuada, de crear nuevos tipos penales con vagas descripciones de conductas punibles y exagerada presencia de elementos normativos.<sup>20</sup> Esta característica de la moderna política criminal no sólo dificulta, en cierta forma, la comprensión de la materia punible por parte de los encargados de aplicar las leyes penales, sino también, en mayor medida, la posibilidad de que los ciudadanos tengan cabal conocimiento de las prohibiciones y mandatos penales. En dichas circunstancias, resulta del todo aconsejable que exista un tiempo entre la publicación de la ley y su efectiva entrada en vigor, para que en ese período los jueces alcancen a prepararse y se difunda a los ciudadanos el contenido de las leyes.<sup>21</sup> De este modo, se contribuiría a disminuir las dificultades de comprensión de la materia punible,<sup>22</sup> antes de que las leyes entren

entrada en vigencia del mencionado Código, permitiendo su aplicación gradual en las diversas regiones del país. *Vid.* su texto en anexo de disposiciones chilenas citadas, incluido en la parte final de este trabajo.

<sup>20</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal. Introducción* (2ª edición, Madrid, 2000), pp. 106 y ss., especialmente p. 108, aludiendo a esta característica como una de las notas de lo que él denomina “tendencia neocriminalizadora y expansionista de la moderna política criminal”. También SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición, Madrid, 2001), p. 100, señalando que el abandono del mandato de determinación es una característica del derecho penal de la globalización, fenómeno que, a su juicio, opera como multiplicador de lo que él llama “expansión del derecho penal”.

<sup>21</sup> Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España...*, cit., t. I, p. 625, afirmando que en el sistema de la *vacatio legis*, “la ley no comienza a aplicarse hasta pasado un determinado plazo, *el suficiente para facilitar el conocimiento general de su contenido*” (las cursivas son nuestras).

<sup>22</sup> Sin embargo, no resulta posible aspirar a un conocimiento acabado de las prohibiciones y mandatos penales, sino a uno aproximado, dado que los medios que se utilizan para poner en contacto a los ciudadanos con las normas son indirectos. Cfr., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (Barcelona, 1992), p. 256.

en vigencia.<sup>23</sup> Por eso concordamos con GONZÁLEZ TAPIA, cuando afirma que “la *vacatio legis* en derecho penal merece una ‘revisión al alza’”.<sup>24</sup>

### I.2.5. ENTRADA EN VIGENCIA

I. Para mayor precisión en la terminología empleada, debemos señalar que cuando hablamos de *vigencia* de las leyes, queremos aludir a su reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico. En cambio, cuando nos referimos a la *eficacia* de las mismas, pretendemos señalar su capacidad de producir efectos jurídicos.<sup>25</sup> La vigencia y la eficacia de las leyes no necesariamente son coincidentes. Desde luego, una ley vigente produce efectos jurídicos. Pero una ley que ha perdido

<sup>23</sup> No obstante, nos parece que para la mejor comprensión del significado de ciertas cláusulas de las que la ley se vale, la *vacatio legis* no siempre resulta de utilidad, siendo necesario a veces esperar la interpretación que de ellas hagan los tribunales. Es el caso, por ejemplo, de la expresión “cantidad de notoria importancia” contenida en la circunstancia 6ª del art. 369.1 del Código Penal.

<sup>24</sup> GONZÁLEZ TAPIA, *Determinación del tiempo...*, cit., p. 87. Con todo, nos parece que la necesidad de que exista un período de vacancia disminuye considerablemente cuando se trata de leyes penales favorables, especialmente las que despenalizan una conducta. En este sentido, cfr. CHOCLÁN MONTALVO, “‘Vacatio legis’ y norma penal favorable. Una cierta incompatibilidad conceptual” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 604, 18 de diciembre de 2003, pp. 5 y s., criticando que la vacancia de casi un año establecida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, para las normas penales afectadas por la reforma, haya alcanzado a algunos supuestos de despenalización de comportamientos, como, por ejemplo, el conducir vehículos de motor y ciclomotores careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil (art. 636.2 del Código Penal). Otro caso de *vacatio legis* que fue criticado por parte de la doctrina, porque incidía en disposiciones penales favorables, fue el de la ley de 24 de diciembre de 1962, sobre uso y circulación de vehículos de motor, que estableció un período de vacancia de un año. Cfr. FERNÁNDEZ ARÉVALO, “El principio de retroactividad de las leyes penales en la de 24 de diciembre de 1962, sobre uso y circulación de vehículos de motor”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. XLVI, 1963, I, pp. 376 y ss. Véase también, en la doctrina brasileña, LOPES, *Principio da legalidade penal...*, cit., p. 106.

<sup>25</sup> Recogemos así la distinción que entre ambos conceptos efectúa GONZÁLEZ TAPIA, *Determinación del tiempo...*, cit., p. 82 y, especialmente, p. 84, donde identifica el período de vigencia de la ley con su *eficacia formal*, reservando la denominación de *eficacia material* a lo que en el texto entendemos por eficacia. Vid. también Díez-PICAZO, *La derogación de las leyes* (Madrid, 1990), pp. 165 y ss.; SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi* (Milán, 1969, reimpresión 1987), p. 2.

su vigencia –como se verá más adelante en este trabajo– también puede producirlos, por el juego de los principios de irretroactividad general y de retroactividad excepcional de las leyes penales.<sup>26</sup>

2. La entrada en vigor de las leyes penales no presenta características que la diferencien de la de otra clase de leyes. Es éste el instante a partir del cual comienzan a producir efectos. Este momento se produce al terminar la *vacatio legis*, en caso de que ésta exista. De conformidad con el ya citado art. 2.1 del Código Civil, si en la correspondiente ley penal no se indica el momento a partir del cual entrará en vigencia, debe entenderse que lo hará una vez que transcurra el plazo de veinte días desde su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado. Y si no existe un período de vacancia –lo cual sólo puede ocurrir si la ley así lo dispone en forma expresa–, la entrada en vigor se identifica con el momento en que se produce la publicación.

### I.2.6. BREVE EXCURSO. ¿EFECTOS DE LAS LEYES PENALES ANTES DE SU ENTRADA EN VIGENCIA? EL CASO CHILENO

1. Hemos dicho que las leyes penales comienzan a producir efectos cuando entran en vigor y que ello tiene lugar cuando termina la *vacatio legis*, siempre que ésta exista. Sin embargo, ha habido casos en los que se ha aplicado una ley penal antes de su entrada en vigencia, especialmente cuando esa ley ha sido más benigna que la vigente al tiempo del hecho. En Chile esto ha contado con el beneplácito de la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, a partir del tenor literal del art. 18 del Código Penal de este país, que para aplicar retroactivamente una ley penal más favorable sólo exige que después de cometido el delito “se promulgare” otra ley más benigna, sin requerir que ésta haya sido publicada ni que se encuentre vigente.<sup>27</sup> En nuestra opinión, se

<sup>26</sup> En este sentido, cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general* (Madrid, 1978), p. 124: “La eficacia material de la ley penal se determina, en principio, con arreglo a la duración de su vigencia formal” (las cursivas son nuestras). Vid. también RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general* (18ª edición, Madrid, 1995), pp. 207 a 209, quienes distinguen entre vigencia formal y material, queriendo aludir a lo que en el texto entendemos por vigencia y eficacia, respectivamente.

<sup>27</sup> Así, entre otros, CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, t. I (2ª edición, Santiago, 1996), p. 211; ETCHEBERRY, *Derecho penal. Parte general*, t. I (3ª edición,

debe dejar de lado esta posición y prescindir de la literalidad en esta materia, por las razones que a continuación exponemos.<sup>28</sup>

2. Según el art. 19 del Código Civil chileno, cuando el sentido de la ley es claro, no debe desatenderse su tenor literal.<sup>29</sup> Luego, lo importante no es la claridad puramente gramatical o semántica, sino la referida al alcance de la ley.<sup>30</sup> El sentido de una ley no es claro cuando se muestra oscuro –confuso, falta de claridad, poco inteligible–, ambiguo –admite distintas interpretaciones– o contradictorio –pugna con el sentido atribuido a otra ley o a otra disposición de la misma ley–.<sup>31</sup> Pues bien, el sentido de la expresión “promulgare” en los párrafos 2º y 3º del art. 18 del Código Penal chileno –en los que se consagra la retroactividad *in bonam partem*– no es claro, por ser contradictorio con el que se asigna a la expresión “promulgada” en el párrafo 1º del mismo artículo. En este párrafo se consagra la exigencia de irretroactividad general de toda ley penal, que la doctrina

Santiago, 1999), p. 144; POLITOFF LIFSCHITZ / MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general* (1ª edición, Santiago, 2004), pp. 131 y s.; MUÑOZ GAJARDO, *Aplicación retroactiva de las leyes 19.450 y 19.501. Jurisprudencia de la Corte Suprema* (Santiago, 1998), pp. 27 y ss.; MATUS ACUÑA, *La ley penal y su interpretación* (Santiago, 1994), pp. 59 y s. En contra, MERA MUÑOZ, “En torno a la aplicabilidad del texto original de la Ley Nº 19.450”, en *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*, Nº 1, Concepción, 1999, p. 198. Pueden verse también, entre otras, las sentencias de la Corte Suprema chilena de 16 de marzo de 2000, rol 3608-99, redactor Enrique Cury; de 17 de enero de 2000, rol 4153-99, redactor Vivian Bullemore; de 7 de octubre de 1999, rol 2757-99, redactor José Luis Pérez.

Véase el texto del mencionado precepto en anexo de disposiciones chilenas citadas, al final de este trabajo.

<sup>28</sup> Un análisis de lo que sigue en el texto, pero aplicado a la Ley Nº 20.084, publicada en el Diario Oficial chileno el 7 de diciembre de 2005, que estableció un nuevo sistema de responsabilidad penal de adolescentes y se dio un prolongado tiempo de *vacatio legis*, puede verse en OLIVER CALDERÓN, “¿Puede aplicarse la nueva ley de responsabilidad penal de adolescentes antes de su entrada en vigor?”, en *La Semana Jurídica*, Nº 304, Santiago, semana del 4 al 10 de septiembre de 2006, pp. 8 y s.

<sup>29</sup> Véase su texto *infra*, en anexo de disposiciones chilenas citadas.

<sup>30</sup> En este sentido, LEÓN HURTADO / MUJICA BEZANILLA, “El tenor literal en la interpretación de la ley”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales*, t. 65, 1968, Santiago, 1ª parte, pp. 224 y ss.

<sup>31</sup> Cfr. OLIVER CALDERÓN, *Sentencia interlocutoria y derechos permanentes* (Santiago, 1997), pp. 7 y s. Véase también GUZMÁN BRITO, *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes* (Santiago, 2007), pp. 127 y ss., quien plantea que no existe claridad en el sentido de la ley cuando sus términos, expresiones, frases o discursos resultan ininteligibles, ambiguos, contradictorios, insuficientes o excesivos.

chilena acostumbra explicar como una prohibición de que las leyes penales se apliquen a hechos anteriores a su *entrada en vigencia*.<sup>32</sup> Si en el primer párrafo del citado art. 18 a la palabra *promulgarse* se le da el sentido de entrada en vigor, ¿por qué en los párrafos siguientes se le da un sentido distinto? Es evidente, por razones de seguridad jurídica, que para efectos de la irretroactividad de las leyes penales desfavorables consagrada en el primer párrafo de la indicada disposición, la expresión *promulgada* debe entenderse como sinónimo de *entrada en vigencia*, y pensamos que en los restantes párrafos debe darse a dicha expresión el mismo sentido. Parece absurdo que a una palabra haya que asignarle un significado en un párrafo y un alcance distinto en otro párrafo de *la misma disposición*.

3. No debe extrañar que en el citado art. 18 se emplee la palabra “promulgar”. Cuando en Chile se elaboró el Código Penal (1873), ya estaba vigente el Código Civil, en cuyo art. 6º originario se señalaba que “la promulgación deberá hacerse en el periódico oficial; y la fecha de la promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho periódico”. Fue en 1949 cuando, mediante la Ley Nº 9.400, se dio a dicha disposición su redacción actual.<sup>33</sup> En consecuencia, el Código Penal chileno quiso aludir a lo que hoy en día conocemos como publicación. Y como la regla general en Chile es que las leyes entran en vigor al momento de su publicación,<sup>34</sup> no es difícil entender que la retroactividad de la ley más benigna resulta procedente a partir del momento de su entrada en vigencia.<sup>35</sup>

4. Además, si los tribunales aplican retroactivamente una ley más favorable sin esperar que ésta entre en vigor, se corre el peligro de que la ley sea derogada antes de dicho momento, con lo cual se aplicaría un texto que la voluntad soberana del legislador nunca quiso que se aplicara.<sup>36</sup> Por algo los Códigos Penales modernos aluden expresamente a la *entrada en vigencia* de la ley más benigna, como el

<sup>32</sup> Por todos, GARRIDO MONIT, *Derecho penal. Parte general*, t. I (1ª edición, Santiago, 2001), p. 106.

<sup>33</sup> Véase su texto más abajo, en anexo de disposiciones chilenas citadas.

<sup>34</sup> Así se desprende del art. 7º del Código Civil chileno, cuyo texto puede consultarse en el anexo de disposiciones chilenas citadas, incluido en la parte final de este trabajo.

<sup>35</sup> Cfr. NOVOA MONREAL, *Curso de derecho penal chileno*, t. I (2ª edición, Santiago, 1985), p. 198.

<sup>36</sup> Así, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “¿Aplicación de leyes penales que carecen de vigencia?”, en *Revista del Abogado*, Nº 22, julio de 2001, p. 21.

momento a partir del cual se permite su aplicación retroactiva. Es lo que sucede, por ejemplo, con el art. 2.2 del Código Penal español de 1995, que dispone que “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”. Lo mismo ocurre con el art. 112-1 del Código Penal francés de 1992.

5. La aplicación anticipada de una ley penal más favorable podía explicarse en Chile antes de la Ley N° 17.727, de 1972. Hasta antes de esta ley, la cosa juzgada representaba en dicho país un obstáculo insalvable para la retroactividad *in bonam partem*. El art. 18 del Código Penal sólo contemplaba la posibilidad de aplicar retroactivamente una ley más benigna si ésta se promulgaba después de cometido el delito y antes de la sentencia de término. Entonces, si el tribunal no podía postergar el pronunciamiento de la sentencia condenatoria, como ello implicaba una intervención penal que devendría excesiva, se justificaba adelantar la aplicación de la nueva ley, invocando como argumento formal la expresión “promulgare”. Sin embargo, a partir de la Ley N° 17.727 este proceder perdió su justificación porque la cosa juzgada ya no fue una valla insalvable. Si la nueva ley más favorable entra en vigor después de la sentencia condenatoria firme, el tribunal que la haya pronunciado debe aplicarla y modificar su sentencia.<sup>37</sup>

6. Se podría objetar nuestra opinión, afirmando que el art. 19 número 3 párrafo 7° de la Constitución chilena obliga a la aplicación retroactiva de las leyes penales más benignas desde el momento de su promulgación.<sup>38</sup> A dicha objeción replicaríamos señalando, en primer lugar, que el texto de la citada disposición no impone la retroactividad de la ley más favorable, sino que la permite.<sup>39</sup> Y en segundo lugar, que aun si se estimara que la impone, debe tenerse presente que emplea la palabra “promulgada” sólo para aludir a la irretroactividad general de toda ley penal, “a menos que una nueva ley favorezca al afectado”, sin decir nada acerca de si la nueva ley debe estar promulgada, publicada o vigente.

7. De este modo, si se quiere seguir manteniendo la tesis tradicional, que entiende la expresión “promulgada” de los párrafos 2° y

<sup>37</sup> Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *¿Aplicación...*, cit., pp. 20 y s.

<sup>38</sup> Véase su texto más abajo, en anexo de disposiciones chilenas citadas.

<sup>39</sup> En este sentido, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “La ley penal”, en VV.AA., “Comentario de la jurisprudencia del año 2003 de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1, año 2004, p. 210.

3° del art. 18 del Código Penal chileno en su tenor literal, cada vez que una ley más benigna se fije a sí misma un período de vacancia, se producirá un conflicto entre disposiciones de rango legal (el art. 18 del Código Penal y la disposición de la hipotética ley más benigna que establezca un tiempo de vacancia). Sería un conflicto entre una disposición general anterior y una disposición especial posterior, en el que, como es obvio, ésta prevalecería sobre aquélla.<sup>40</sup>

8. Tan absurda nos parece la opinión dominante en esta materia, que no permitiría que una persona que delinca en Chile en el período de tiempo que media entre la promulgación y la publicación de una nueva ley más favorable o entre su publicación y su entrada en vigencia, se beneficiara con su aplicación retroactiva, porque la letra del art. 18 del Código Penal de este país exige para ello que *después* de la comisión del delito *se promulgue* la ley más beneficiosa. En cambio, si se entendiera la expresión “promulgare” como “entrare en vigencia”, dicha persona se beneficiaría con la aplicación retroactiva de la nueva ley cuando entrase en vigor, cualquiera hubiera sido el momento en que haya delinquirido (antes de la promulgación de la ley nueva, entre su promulgación y su publicación, o entre su publicación y su entrada en vigencia).<sup>41</sup>

#### I.2.7. TÉRMINO DE LA VIGENCIA

1. Una vez que las leyes penales entran en vigor, su vigencia se mantiene en tanto no sean derogadas. Sin embargo, no sólo con su derogación puede terminar la vigencia de una ley. También se puede producir esta situación con la declaración de su inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional, con el vencimiento de su plazo, si se trata de una ley temporal, o con la desaparición de las circunstancias para las cuales se dictó, si se trata de una ley excepcional. A continuación nos referiremos brevemente a cada una de estas hipótesis.

<sup>40</sup> Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *¿Aplicación...*, cit., p. 21.

<sup>41</sup> Por eso estimamos inconveniente que en el art. 14 del Anteproyecto de nuevo Código Penal de Chile, que a fines del año 2005 terminó de elaborar la Comisión “Foro Penal”, integrada por profesores de derecho penal de distintas universidades del país, se siga aludiendo a la “promulgación” de la ley más favorable como el momento a partir del cual se permite su aplicación retroactiva.



I.2.7.1. *Derogación*

1. En palabras de ALESSANDRI RODRÍGUEZ / SOMARRIVA UNDURRAGA, por derogación se entiende “la cesación de la vigencia de una ley en virtud de la disposición o disposiciones de otra ley posterior. Importa privar a la primera de su fuerza obligatoria, reemplazando o no sus disposiciones por otras”.<sup>42</sup> Esta forma de finalizar la vigencia de una ley se caracteriza por el hecho de que se produce sólo en virtud de otra ley posterior. Así se desprende del art. 2.2 del Código Civil, que señala que “las leyes sólo se derogan por otras posteriores”.

2. En cuanto a las formas que puede asumir esta clase de término de vigencia de las leyes, es posible distinguir la derogación expresa y la derogación tácita.<sup>43</sup> Ambas se encuentran consagradas en el citado art. 2.2 del Código Civil, al prescribir que “la derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello en que la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado”.<sup>44</sup> La derogación es expresa cuando la nueva ley indica, explícitamente, que la ley anterior queda abrogada.<sup>45</sup> Por ejemplo, puede citarse el apartado primero de la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que estableció el nuevo Código Penal, el cual derogó una serie de preceptos legales y reglamentarios. Otro caso de derogación

<sup>42</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ / SOMARRIVA UNDURRAGA, *Derecho civil. Parte preliminar y parte general* (Explicaciones basadas en las versiones de sus clases, redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H., 5ª edición, Santiago, 1990), t. I, p. 190.

<sup>43</sup> Sobre el tema, *vid.* ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. I (16ª edición, Madrid, 2004), pp. 197 y ss.

<sup>44</sup> En el caso de Chile, esta materia se encuentra tratada en los arts. 52 y 53 de su Código Civil. Véase su texto en anexo de disposiciones chilenas citadas, incorporado al final de este trabajo.

<sup>45</sup> Utilizamos la palabra *abrogación* como sinónimo de *derogación*, aun cuando reconocemos que, actualmente, aquélla no suele ser usada tanto como ésta. En todo caso, se debe tener presente que en el derecho romano no significaban lo mismo, ya que ambos términos se utilizaban para aludir a lo que hoy conocemos como derogación total y parcial, respectivamente. Cfr. FIERRO, *La ley penal y el derecho transitorio (retroactividad e irretroactividad)* (Buenos Aires, 1978), p. 92; DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España...*, cit., t. I, p. 630, nota 1. En la doctrina brasileña, TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal. De acordo com a Lei Nº 7.209, de 11-7-1984, e a Constituição de 1988* (4ª edición, Sao Paulo, 1991), pp. 30 y s., distingue entre abrogación y derogación, atribuyéndoles el sentido que tenían en el derecho romano.

expresa se encuentra en la Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio, cuyo artículo único suprimió los arts. 506 bis, 521 bis y 576 bis del Código Penal.<sup>46</sup> En cambio, es tácita cuando la abrogación se produce, no porque la nueva ley así lo indique en forma explícita, sino porque ésta es incompatible con la ley anterior, caso en el cual la derogación se extiende a todas aquellas disposiciones de la ley antigua que resulten inconciliables con la ley nueva. Imaginemos, como ejemplo, que se dicta una nueva ley penal destinada a establecer penalidad única para el delito de contrabando, en cuyo artículo único se dispone que, para cualquiera de las modalidades de comisión de este delito, previstas en el art. 2º de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, la pena será la que en aquella ley se fije. Esta disposición sería, evidentemente, incompatible con el art. 3º de la mencionada Ley Orgánica, que establece penas distintas según la modalidad de contrabando de que se trate. Luego, este artículo de la citada Ley Orgánica quedaría tácitamente derogado por la hipotética ley posterior.<sup>47</sup>

3. No es fácil encontrar casos en los que el legislador penal se haya valido de derogaciones tácitas *stricto sensu*.<sup>48</sup> En vez de ello,

<sup>46</sup> También puede citarse como ejemplo el párrafo primero del art. 604 del antiguo Código Penal de 1973, que derogó, expresamente, el Código Penal de 27 de octubre de 1932.

En el caso de Chile, puede citarse el art. 1º Nº 2 de la Ley Nº 19.645, de 11 de diciembre de 1999, que suprimió los delitos de anticipación y prolongación indebida de funciones públicas, que se encontraban tipificados en los arts. 216 a 219 del Código Penal.

<sup>47</sup> En todo caso, reconocemos que la técnica legislativa en el ejemplo del texto no sería la más acertada, siendo preferible una derogación expresa (parcial) destinada a sustituir el art. 3º de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, por otro en el que se fije una pena única para todas las modalidades de comisión del delito de contrabando.

<sup>48</sup> Lo reconoce ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza* (Milán, 1996), p. 106. Por su parte, la doctrina no suele mencionar ejemplos de derogaciones tácitas que hayan afectado a leyes penales. Excepcionalmente, LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal español* (5ª edición, revisada y puesta al día en colaboración con María Dolores Fernández Rodríguez, Madrid, 2000), pp. 113 y s., cita dos casos como ejemplos de dicha clase de derogación, los que, sin embargo, a nuestro juicio, corresponden más bien a hipótesis de término de la vigencia de leyes excepcionales por el cese de las circunstancias que originaron su promulgación.

En el caso de Chile, puede mencionarse lo sucedido con el art. 210 del Código Penal de este país, en el que se sigue contemplando el delito de perjurio, a pesar de que la Ley Nº 20.074, de 14 de noviembre de 2005, ha modificado el texto del art. 212 del indicado cuerpo normativo, para regular en él el mismo delito, con una pena muy inferior a la anterior.

es común hallar situaciones –a las que preferimos aludir como derogaciones tácitas “expresadas”– en las que el legislador declara que quedan abrogadas todas aquellas disposiciones anteriores incompatibles con la nueva ley.<sup>49</sup> Es el caso, verbigracia, del apartado segundo de la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en el que se señaló que quedaba derogada toda norma incompatible con lo dispuesto en el nuevo Código Penal. También es el caso de la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, cuya disposición derogatoria única declaró que quedaban derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opusieran a lo establecido en dicha ley. La verdad es que no resulta necesario que el legislador efectúe declaraciones de esta clase, ya que la derogación se produciría de todas maneras, por mandato del citado art. 2.2 del Código Civil, al disponer que ésta se extiende a todo aquello en que la ley anterior sea incompatible con la ley nueva.<sup>50</sup>

4. La derogación tácita presenta características que exigen mucha cautela en su operatividad. Ello porque, a diferencia de la derogación expresa –en la cual no hay problemas para determinar cuáles leyes quedan marginadas del ordenamiento jurídico–, necesita un procedimiento de estudio e interpretación destinado a establecer qué leyes –y dentro de ellas, qué disposiciones– deben estimarse abrogadas, por resultar inconciliables con la nueva ley.<sup>51</sup> El peligro que ello comporta para la seguridad jurídica es evidente.<sup>52</sup> Por un lado, para los destinatarios de las normas sería muy difícil saber cuál es la legislación vigente y, por otro, los jueces, en sus labores

<sup>49</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA / RUIZ ANTÓN, *Manual de derecho penal (parte general)* (Madrid, 1992); p. 81, quienes prefieren llamar a esta situación *derogación expresa genérica*, concibiéndola, por tanto, como una especie del género de las derogaciones expresas. También FIERRO, *La ley penal...*, cit., p. 94, quien denomina a esta hipótesis *derogación expresa indeterminada*. Asimismo, DÍAZ AZNARTE, *Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo (una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes)* (Valencia, 2002), p. 31, quien denomina a esta situación *derogación expresa de contenido indeterminado o incierto*.

<sup>50</sup> Así, ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., t. I, p. 198.

Lo mismo cabe concluir en Chile, por mandato del art. 52 del Código Civil de dicho país. Véase su texto en anexo de disposiciones chilenas citadas, en la parte final de este trabajo.

<sup>51</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO / GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. I (11ª edición, Madrid, 2003, reimpresión 2004), p. 111.

<sup>52</sup> Vid. VIDAL OLIVARES, “Las leyes modificatorias y la derogación de las leyes”, en VV.AA., *La técnica legislativa...*, cit., p. 273; FRIGOLS I BRINES, *Fundamentos...*, cit., pp. 502 y s.

de intérpretes de las leyes, pueden llegar a conclusiones diversas acerca de este punto, aplicando distintas leyes, según el parecer de cada uno.<sup>53</sup> Además, el principio de separación de poderes también podría ser amenazado si algunos jueces se negaren a aplicar una ley por estimarla inconciliable con otra posterior, cuando la pretendida incompatibilidad no sea tal. Por eso, alguna doctrina se cuestiona la corrección de equiparar esta forma de poner término a la vigencia de las leyes con la derogación expresa y la posibilidad de considerarla una verdadera clase de derogación.<sup>54</sup>

5. Desde otro punto de vista, la derogación de las leyes puede ser total o parcial.<sup>55</sup> Es total cuando la ley derogada desaparece completamente del ordenamiento jurídico. Un ejemplo de esta forma de derogación puede verse en lo sucedido con la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social, que fue totalmente derogada por la letra c) del apartado primero de la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que estableció el nuevo Código Penal. En el caso de Chile, puede citarse como ejemplo lo sucedido con la Ley Nº 19.366, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que fue totalmente derogada por el art. 64 de la Ley Nº 20.000, de 16 de febrero de 2005. En cambio, la derogación es parcial cuando parte de la ley derogada se mantiene vigente. Es lo que ha ocurrido, por

<sup>53</sup> Sobre estas dificultades, que se ven aumentadas cuando la incompatibilidad se produce entre una disposición legal y otra constitucional, véase PEDRAZZI, “Ai limiti tra incostituzionalità e abrogazione”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1960, pp. 902 y ss.

<sup>54</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 188 y s.; GONZÁLEZ TAPIA, *Determinación del tiempo...*, cit., p. 89. Estas y otras razones llevan a DÍEZ-PICAZO, *La derogación de las leyes*, cit., pp. 331 y ss., a sostener que la derogación por incompatibilidad no es una verdadera derogación, sino una simple suspensión de la eficacia de la ley, porque a su juicio no opera en el ámbito de la vigencia, sino en el de la eficacia o aplicabilidad.

<sup>55</sup> Llama la atención el hecho de que la doctrina penal, en general, no suele distinguir estas dos clases de derogaciones cuando estudia el modo en que puede terminar la vigencia de las leyes penales, limitándose a diferenciar la derogación expresa de la tácita. Excepcionalmente, aluden a las derogaciones totales y parciales SÁINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal. Parte general* (3ª edición, Barcelona, 1990), p. 389; MORILLAS CUEVA, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal* (Madrid, 2004), p. 215; MORILLAS CUEVA / RUIZ ANTÓN, *Manual de derecho penal...*, cit., p. 81. Cfr. también LANDROVE DÍAZ, *Introducción al derecho penal español*, cit., p. 114, quien distingue entre derogación absoluta y relativa, para aludir a la derogación total y a la parcial, respectivamente.

ejemplo, en virtud de la letra a) del apartado primero de la disposición derogatoria única de la mencionada Ley Orgánica, al derogar el texto refundido del Código Penal de 1973, pero dejando vigentes algunos de sus artículos. Es también una derogación parcial la que ha realizado el artículo único de la Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio, que suprimió los arts. 506 bis, 521 bis y 576 bis del Código Penal, pero dejó vigente el resto de las disposiciones de este texto legal. En el caso de Chile, puede mencionarse como ejemplo lo ocurrido con el art. 7º Nº 2 de la Ley Nº 19.947, de 17 de mayo de 2004, que derogó los arts. 385 a 387 del Código Penal, los que contenían algunos delitos vinculados con la institución del matrimonio, pero dejó subsistentes otros.

### I.2.7.2. Declaración de inconstitucionalidad

1. Según el art. 161.1 letra a) de la Constitución, al Tribunal Constitucional le corresponde 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”. Por su lado, el art. 164.1 de la Carta Fundamental declara que “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 de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de 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”. Por otra parte, el art. 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional indica que “las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el ‘Boletín Oficial del Estado’”. El art. 39.1 de esta ley señala que “cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”. Y según el art. 40.2 de la misma ley, “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”. De todas estas disposiciones legales y constitucionales se desprende que las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una ley producen los efectos de una ley derogatoria, al excluir del ordenamiento jurídico la ley declarada inconstitucional. En este sentido, se afirma que el Tribunal Constitucional actúa como *legislador negativo*.<sup>56</sup> Por eso algunos autores, metafóricamente, denominan a esta situación *derogación judicial expresa*.<sup>57</sup>

### I.2.7.3. Vencimiento del plazo

1. Generalmente las leyes penales no tienen un plazo determinado de duración. Rigen en tanto no sean derogadas por otras leyes ni declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, a veces se promulgan leyes penales que se fijan a sí mismas un término de vigencia en el tiempo al finalizar el cual cesan de regir, a menos que se prolongue expresamente su período de vida.<sup>58</sup> A estas leyes se las conoce con el nombre de *leyes penales temporales*.<sup>59</sup> Por

<sup>56</sup> Cfr. DÍAZ REVORIO, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional* (Valladolid, 2001), pp. 243 y s.; PRIETO SANCHÍS, “Notas sobre la interpretación constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 9, año 1991, p. 178. Similar, pero aludiendo a la *Corte Costituzionale* italiana, GALLO, “La ‘disapplicazione’ per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice”, en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1956, p. 723; CAMAIONI, *Successione di leggi penali* (Padova, 2003), p. 144.

En el caso de Chile, después de la Ley Nº 20.050, de 26 de agosto de 2005, de reforma constitucional, también puede decirse que su Tribunal Constitucional opera como legislador negativo, toda vez que según el art. 94 de la Constitución de ese país, “el precepto declarado inconstitucional [...] se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo”.

<sup>57</sup> Cfr., por ejemplo, COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 188; POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal. Parte general*, cit., t. I, p. 349. Vid. LANDROVE DÍAZ, *Introducción al derecho penal español*, cit., p. 114, señalando ejemplos de sentencias del Tribunal Constitucional que han declarado la inconstitucionalidad de disposiciones penales.

<sup>58</sup> Vid., en la doctrina civil, ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., t. I, p. 197; Díez-PICAZO / GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, cit., volumen I, p. 111.

<sup>59</sup> Más adelante estudiaremos con mayor detalle el tema de las leyes penales temporales. Véase capítulo V, punto V.12.

ejemplo, fue una ley temporal la denominada ley de anarquismo, de 2 de septiembre de 1896, que agravaba las penas de la ley de 10 de julio de 1894 y que se fijó a sí misma, en su artículo séptimo, un plazo de vigencia de tres años.<sup>60</sup>

2. Algunos autores suelen explicar el fenómeno de las leyes penales temporales observando la necesidad que en ocasiones experimenta la sociedad, de aumentar el rigor de la legislación penal en forma transitoria en situaciones de emergencia. Por ello –afirma dicho sector doctrinal– esta clase de leyes sería más desfavorable para los imputados que la legislación ordinaria a la que viene a suceder.<sup>61</sup> Sin embargo, bien podría ocurrir que una ley temporal viniera a atenuar el rigor de la intervención penal, resultando más benigna que la legislación anterior durante su período de vigencia.<sup>62</sup>

3. Esta necesidad de intervenir penalmente en situaciones de emergencia se advierte, con especial intensidad, en el sector económico. Se suele afirmar que el carácter dinámico de la economía obliga al legislador a modificar la regulación penal frecuentemente para hacer frente a las nuevas circunstancias. En este estado de cosas, resulta natural que el derecho penal económico sea un ámbito propicio para la utilización de leyes temporales.<sup>63</sup> En situaciones

<sup>60</sup> Ejemplo extraído de JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, cit., t. II, p. 604, quien menciona otros casos más de leyes temporales observados en la historia de España y de Argentina. Otro ejemplo, ocurrido en Italia, puede verse en ARANGIO RUIZ, “In torno all’efficacia delle leggi penali temporanee”, en *Rivista Penale*, Nº 44, año 1896, p. 8.

<sup>61</sup> Aluden sólo a la posibilidad de que las leyes penales temporales sean más rigurosas, entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, cit., t. II, p. 646: “Es incuestionable que las leyes temporales y transitorias carecen de efecto retroactivo; es decir, que no pueden aplicarse a hechos perpetrados con anterioridad a su promulgación, porque *siempre son perjudiciales para los delincuentes*” (las cursivas son nuestras); RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 137 y s.; LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal. Parte general*, t. I (Madrid, 1996), pp. 189 y ss.

<sup>62</sup> Contemplan expresamente la posibilidad de que una ley penal temporal sea más beneficiosa, entre otros, MORILLAS CUEVA, *Derecho penal. Parte general...*, cit., p. 227; CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español...*, cit., p. 251, nota 209; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 204 y s. En la doctrina francesa, ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)* (2ª edición, París, 1960), p. 481; VITU, *Des conflits de lois dans le temps en droit pénal* (Nancy, 1945), p. 145; GROUBER, *Du conflit des lois d’incrimination et de pénalité dans le temps* (París, 1915), pp. 193, 199 y s. En la doctrina colombiana, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general* (3ª edición, Bogotá, 1997), p. 154. En la doctrina brasileña, COSTA, “O Direito Intertemporal e o Código Penal”, en *Revista Forense*, vol. LXXXIX, Sao Paulo, 1942, p. 54.

<sup>63</sup> Cfr. TIEDEMANN, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)* (Barcelona, 1993), p. 161. *Vid.*, sin embargo, DE FIGUEIREDO DIAS / DA COSTA

de guerra o de postguerra, por ejemplo, las leyes temporales son instrumentos que respaldan la actividad de dirección económica del Estado para enfrentar la crisis.<sup>64</sup> Esta necesidad de reaccionar en forma veloz y flexible ante el cambio de las circunstancias económicas hace que el derecho penal económico no sólo se caracterice por la presencia en él de leyes temporales, sino también por la utilización de leyes con remisiones explícitas o implícitas a otros sectores del ordenamiento, especialmente, de leyes penales en blanco.<sup>65</sup> Incluso algunos autores sostienen, por lo mismo, que las leyes penales en blanco son leyes temporales.<sup>66</sup> Sobre la corrección o incorrección de esta identificación trataremos más adelante.<sup>67</sup>

4. Llama la atención el hecho de que algunos autores, si bien estudian las leyes temporales como uno de los supuestos especiales dentro del tema de la irretroactividad general y retroactividad excepcional de la ley penal, no las analizan, ni siquiera superficialmente, al examinar la vigencia en el tiempo de toda ley penal. Como hipótesis de término de la vigencia de las leyes penales, sólo aluden a su derogación y a la declaración de su inconstitucionalidad. Creemos que debería generalizarse en los manuales al uso el análisis del vencimiento del plazo, como especial causa de término de la vigencia de las leyes penales.<sup>68</sup>

ANDRADE, “Problemas de especulação e sucessão de leis no contexto dos regimes de preços controlados e declarados”, en *Revista de Direito e Economia*, años VI-VII, 1980-1981, p. 325: “Seria, por outro lado, ilação apressada e infundada pretender, a partir da real transitoriedade, instabilidade e dinamismo do direito penal económico, concluir pela índole necessariamente temporária das respectivas leis”. En este último sentido, véase también TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de leis penais* (Coimbra, 1990), p. 166.

<sup>64</sup> *Vid.* GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general* (Piura, 2003), p. 201, nota 90, señalando que éste fue el caso de Alemania después de la Segunda Guerra Mundial, mediante la ley de simplificación de la legislación penal económica.

<sup>65</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte general* (Valencia, 1998), p. 120. En la doctrina francesa, BORRICAND, “La non-rétroactivité des textes réglementaires en matière économique ou fiscale”, en *Recueil Dalloz Sirey de Doctrine, de Jurisprudence et de Legislation*, 1978, sección Crónica, pp. 275 y ss.

<sup>66</sup> Cfr. CURY URZÚA, *La ley penal en blanco* (Bogotá, 1988), p. 125.

<sup>67</sup> *Vid. infra*, capítulo V, punto V.12.2.5.

<sup>68</sup> Mencionan, explícitamente, el vencimiento del plazo de las leyes temporales como especial causa de término del vigor de la ley penal, al estudiar la vigencia en el tiempo de las leyes penales, entre otros, COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 189 y s.; MORILLAS CUEVA, *Derecho penal. Parte general...*, cit., p. 215; MORILLAS CUEVA / RUIZ ANTÓN, *Manual de derecho penal...*, cit., p. 81;

### 1.2.7.4. Término de las circunstancias excepcionales

1. Normalmente, las leyes penales se dictan para que rijan en el tiempo en forma indefinida. Sin embargo, pueden surgir situaciones anormales o excepcionales que aconsejen el establecimiento de una legislación penal de emergencia. En estos casos, las leyes que se dictan tienen un límite de vigencia en el tiempo que, a diferencia de las leyes temporales, no está determinado por una fecha tope señalada de antemano en su texto, sino por la subsistencia de la situación anormal que le sirve de fundamento y que se sabe transitoria. Cuando desaparecen las circunstancias excepcionales (guerra, terremoto, etc.), cesa también de regir la ley.<sup>69</sup> Por eso se conoce a estas leyes con el nombre de leyes excepcionales.<sup>70</sup> Por ejemplo, fue una ley excepcional la de 7 de julio de 1918, que se dictó para garantizar la neutralidad de España en la Primera Guerra Mundial, toda vez que al finalizar dicho conflicto bélico perdió su vigencia.<sup>71</sup> También fue una ley de esta clase la que durante la Segunda Guerra Mundial se dictó en Chile con el número 7.401, de 31 de diciembre de 1942, para reprimir actos de sabotaje y espionaje, que según su art. 10 debía regir “hasta que termine la participación de países americanos en la actual guerra mundial”.<sup>72</sup>

2. Si bien es cierto que las leyes excepcionales son distintas de las leyes temporales, algunos autores suelen considerar a ambas clases de leyes como especies de un género común, al que denominan leyes temporales (en sentido amplio).<sup>73</sup> Esta opción no nos parece por sí sola criticable, en la medida que se trata, únicamente, de una

SÁINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal...*, cit., p. 388; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al derecho penal español*, cit., p. 114; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, cit., t. II, pp. 603 y s. En Colombia, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 144.

<sup>69</sup> Cfr., en la doctrina civil, ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., t. I, p. 197; DÍEZ-PICAZO / GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, cit., vol. I, p. 111.

<sup>70</sup> Con más detalle, sobre el tema de las leyes excepcionales, *vid. infra*, capítulo V, punto V.12.1, párrafo 3 y punto V.12.2.2.

<sup>71</sup> Ejemplo extraído de JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, cit., t. II, pp. 604 y s., quien menciona otros casos más de leyes excepcionales. Otros ejemplos de leyes excepcionales dictadas en Italia pueden verse en VASSALLI, “Leggi penali eccezionali e divieto d’analogia”, en EL MISMO, *Scritti giuridici*, vol. I (Milán, 1997), pp. 41 y ss.

<sup>72</sup> Cfr. POLITOFF LIFSCHITZ, *Derecho penal*, t. I (Santiago, 1997), p. 189.

<sup>73</sup> Cfr., en este sentido, entre otros, CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español...*, cit., p. 251.

cuestión terminológica, siempre que se explicita que en unas leyes temporales (las excepcionales) el término de su vigencia se produce por la desaparición de las circunstancias, en tanto que en las otras (las temporales en sentido estricto) este efecto se produce por el vencimiento del plazo.

3. Tal como sucede con las leyes temporales, llama la atención el hecho de que algunos autores, si bien estudian las leyes excepcionales como uno de los supuestos especiales dentro del tema de la irretroactividad general y retroactividad excepcional de la ley penal —como una especie del género de las leyes temporales o como un caso distinto—, no las mencionan como hipótesis de término de la vigencia de las leyes penales al examinar el vigor en el tiempo de toda ley penal. Sólo hacen referencia a su derogación y a la declaración de su inconstitucionalidad. Pensamos que debería generalizarse en los textos de estudio el examen de la desaparición de las circunstancias de excepción, como especial causa de término de la vigencia de las leyes.<sup>74</sup>

## I.3. SUCESIÓN DE LEYES PENALES Y FAVORABILIDAD

### I.3.1. SUCESIÓN DE LEYES PENALES

1. Hemos señalado que las leyes penales, conforme van cambiando los intereses sociales, experimentan modificaciones. Se dictan nuevas leyes para brindar protección penal en sectores de la actividad humana que carecen de ella, se sustituyen leyes penales ya existentes y se suprimen leyes para excluir del ámbito de la intervención penal ciertos comportamientos. Estas modificaciones dan lugar a lo que se conoce con el nombre de “sucesión de leyes penales”, es decir, una variación —directa o indirecta— en la legislación penal, que se traduce en *un cambio* en el tratamiento penal que recibe *un mismo hecho*.<sup>75</sup>

<sup>74</sup> Aluden expresamente al cese de la situación excepcional, como especial causa de término de la vigencia de la ley penal, al estudiar el vigor en el tiempo de toda ley penal, entre otros, COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 190; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal...*, cit., p. 388. En la doctrina colombiana, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 144.

<sup>75</sup> Cfr. SÁINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal...*, cit., p. 390, enfatizando la idea de que debe ser la misma situación de hecho regulada en la ley anterior la que reciba un tratamiento distinto en la nueva ley.

En palabras de MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, “la exigencia de que el derecho penal exprese en cada momento histórico el orden de valores existentes en una sociedad determina que las normas evolucionen y sean sustituidas al compás de los cambios valorativos operados en el seno social. Tal sucesión de las normas vigentes por otras más adecuadas al contexto histórico se conoce como *sucesión de leyes penales*”.<sup>76</sup>

2. Con todo, la expresión “sucesión de leyes penales” puede ser tomada en dos sentidos, uno amplio y otro restringido.<sup>77</sup> La definición que se acaba de transcribir corresponde al sentido amplio. Desde este punto de vista, cualquier modificación en el tratamiento penal de un hecho constituye una sucesión de leyes penales. En un sentido estricto, en cambio, dicha sucesión sólo se presenta cuando después de la entrada en vigencia de una ley que sanciona un comportamiento como delito, se promulga otra que sigue considerándolo delictivo, pero altera su penalidad, agravándola o atenuándola. Esa es la razón por la cual algunos autores, asumiendo un concepto restringido de sucesión de leyes penales, han sostenido que no hay verdadera sucesión cuando una nueva ley crea un delito no contemplado anteriormente de ningún otro modo en el ordenamiento jurídico,<sup>78</sup> ni tampoco cuando una conducta se elimina del listado de tipos penales.<sup>79</sup> A nuestro juicio, el problema es terminológico. Para que haya una *sucesión*, es necesaria la concurrencia de dos elementos cualesquiera, uno de los cuales *suceda* al otro. Por eso parecería razonable afirmar que en la creación *ex novo* y en la despenalización de un delito no hay una sucesión de leyes penales. La ley que tipifica

un nuevo delito no sucede a ninguna otra, y a la ley que tipificaba un delito más tarde eliminado tampoco le sucede –después de la ley despenalizadora– otra ley penal. A pesar de ello, estimamos preferible la concepción amplia de “sucesión de leyes penales”. En primer lugar, porque es evidente que en estos casos habrá variado la legislación penal y habrá habido un cambio en el tratamiento penal de una clase de comportamientos humanos que de ser lícitos han pasado a considerarse penalmente ilícitos, o viceversa. Y en segundo lugar, porque quienes defienden un concepto restringido de sucesión de leyes penales, generalmente lo hacen a partir de una legislación que asigna diferentes efectos a las leyes penales más benignas, dependiendo de si éstas son o no despenalizadoras, no representando la cosa juzgada un impedimento para su aplicación retroactiva en la primera situación, pero sí en la segunda. Es el caso, por ejemplo, de los Códigos Penales de Italia (art. 2)<sup>80</sup> y de Portugal (art. 2).<sup>81</sup> Ante dicha realidad, los autores se afanan en *distinguir entre las hipótesis de abolitio criminis* –en las que puede pasarse por sobre las condenas

<sup>80</sup> “Artículo 2º. Sucesión de leyes penales. Nadie puede ser castigado por un hecho que, según la ley del tiempo en que fue cometido, no constituía delito.

Nadie puede ser castigado por un hecho que, según una ley posterior, no constituye delito; y, si ha habido condena, cesan la ejecución y los efectos penales.

Si la ley del tiempo en que fue cometido el delito y la posterior son diversas, se aplica aquella cuyas disposiciones son más favorables al reo, salvo que se haya pronunciado sentencia irrevocable.

Si se trata de leyes excepcionales o temporales, no se aplican las disposiciones de los párrafos precedentes.

Las disposiciones de este artículo se aplican también en los casos de caducidad y de fallida ratificación de un decreto-ley y en el caso de un decreto-ley convertido en ley con enmiendas” (traducción libre).

<sup>81</sup> “Artículo 2º (Aplicación en el tiempo).

1. Las penas y las medidas de seguridad son determinadas por la ley vigente en el momento de la práctica del hecho o de la realización de los presupuestos de que dependen.

2. El hecho punible según la ley vigente en el momento de su práctica deja de serlo si una ley nueva lo elimina del número de infracciones; en este caso, si ha habido condena, incluso pasada en cosa juzgada, cesan la ejecución y sus efectos penales.

3. Cuando la ley vale para un determinado período de tiempo, continúa siendo punible el hecho practicado durante ese período.

4. Cuando las disposiciones penales vigentes en el momento de la práctica del hecho punible sean diferentes de las establecidas en leyes posteriores, es siempre aplicado el régimen que concretamente se muestre más favorable al agente, salvo si éste ha sido ya condenado por sentencia pasada en cosa juzgada” (traducción libre).

<sup>76</sup> MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general* (6ª edición, Valencia, 2004), pp. 138 y s. (las cursivas en el original).

<sup>77</sup> Lo reconoce TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de leis penais*, cit., pp. 77 y ss.

<sup>78</sup> Así, RUIZ ANTÓN, “El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia”, en *Poder Judicial*, N° especial VI, *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas*, año 1989, p. 99. Similar, VANNINI, “La legge più favorevole e il comma terzo dell’art. 2 del Codice Penale”, en *Foro Italiano*, 1932-II, c. 861; ROMANO, “Irretroattività della legge penale e riforme legislative: reati tributari e false comunicazioni sociali”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, p. 1250; CAMAIONI, *Sucessione di leggi penali*, cit., pp. 4 y s.; MUSCO, *La riformulazione dei reati. Profili di Diritto intertemporale* (Milán, 2000), p. 38. Con dudas, JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito. Principios de derecho penal* (3ª edición, Buenos Aires, 1958, reimpresión 1990), p. 150.

<sup>79</sup> Así, CAMAIONI, *Sucessione di leggi penali*, cit., pp. 4 y s.; TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de leis penais*, cit., p. 79.

firmes— y las de sucesión de leyes penales—en las que se aplica la ley nueva más benigna sólo si no hay sentencia firme.<sup>82</sup> Pues bien, nada de esto ocurre en España. El art. 2.2 del Código Penal no distingue, a efectos de la aplicación retroactiva de las leyes penales más benignas, entre las leyes despenalizadoras y las que no lo son. Lo mismo sucede en Chile, como se desprende del art. 18 del Código Penal de este país.<sup>83</sup> En consecuencia, optamos por el sentido amplio de la expresión “sucesión de leyes penales”, aunque reconocemos que tal vez sería aconsejable, por las razones terminológicas señaladas, sustituirla por otra, como “modificación de leyes penales”, “alteración en el tratamiento penal de un hecho”, etc.

3. La sucesión de leyes—en sentido amplio— a que dan lugar la entrada en vigencia de una ley penal, por un lado, o la pérdida de vigencia de una ley penal, por otro, puede traducirse en alguna de las siguientes cuatro situaciones. En primer lugar, puede suceder que un hecho antes impune pase a ser punible. En segundo lugar, puede ocurrir que un hecho antes punible se convierta en impune. En tercer lugar, puede suceder que un hecho que antes se sancionaba penalmente en determinada forma pase a ser castigado de modo más severo. Y en cuarto lugar, puede ocurrir que un hecho que antes se penaba de determinada manera pase a ser sancionado en forma menos gravosa.<sup>84</sup> Lo primero puede deberse, entre otras razones, a que se tipifique un nuevo delito, a que se suprima una eximente de responsabilidad penal, a que se elimine una excusa legal absoluto-

<sup>82</sup> Por todos, véase MUSCO, *La riformulazione dei reati...*, cit., p. XX.

<sup>83</sup> Véase su texto en anexo de disposiciones chilenas citadas.

<sup>84</sup> Vid. NOVOA MONREAL, *Curso de derecho penal chileno*, cit., t. I, p. 197. Cfr. también SERRANO BUTRAGUEÑO, “Comentario al art. 2º”, en VV.AA., *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, coordinados por Ignacio Serrano Butragueño (Granada, 1998), p. 32; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, cit., t. II, p. 606. En la doctrina argentina, véase YMAZ VIDELA, “La sucesión de leyes penales: el artículo 24 de la ley 24.769 y la derogación de la ley 23.771”, en *El derecho*, N° 176, Buenos Aires, 1998, pp. 1004 y s. Sin embargo, MORILLAS CUEVA, *Derecho penal. Parte general...*, cit., p. 216, y MORILLAS CUEVA / RUIZ ANTÓN, *Manual de derecho penal...*, cit., p. 82, reducen estas cuatro situaciones a dos: que la ley posterior otorgue a determinada conducta un tratamiento más grave que la regulación precedente, o bien, que la ley posterior sea más benigna que la anterior. Es claro que estos últimos autores adhieren a un concepto restringido de sucesión de leyes penales.

Desde luego, una quinta situación posible consiste en que la nueva ley no modifique el tratamiento penal que a un hecho le daba la ley anterior. Pero en tal evento no podría hablarse de una sucesión de leyes penales, porque, como lo hemos dicho, ésta requiere un cambio en dicho tratamiento.

ria o una condición objetiva de punibilidad o a que se suprima una causa de extinción de responsabilidad penal. Lo segundo puede explicarse, entre otros motivos, porque se despenalice un delito, porque se cree una nueva eximente de responsabilidad penal, porque se establezca una nueva excusa legal absolutoria o una nueva condición objetiva de punibilidad o porque se cree una nueva causa de extinción de responsabilidad penal. Lo tercero puede deberse, entre otras causas, a que se sustituya la pena prevista por otra de distinta naturaleza y más gravosa, a que se mantenga la naturaleza de la pena establecida, pero se aumente su duración o cuantía, a que se suprima una atenuante de responsabilidad penal, a que se cree una nueva agravante de responsabilidad penal, a que se elimine un tipo penal privilegiado respecto de otro—siempre que entre ambos medie un concurso de normas y se sostenga que el precepto agravado desplazado había concurrido efectivamente en el hecho, por lo que puede aplicarse con la eliminación del precepto preferente<sup>85</sup> o a que se establezca un nuevo tipo penal agravado. Lo último puede explicarse porque se cambie la pena establecida por otra de diferente naturaleza y menos lesiva, porque se mantenga la naturaleza de la pena prevista, pero se disminuya su cuantía o duración, porque se suprima una agravante de responsabilidad penal, porque se cree una nueva atenuante de responsabilidad penal, porque se elimine un tipo penal agravado respecto de otro—siempre que medie entre ambos un concurso de leyes—, porque se establezca un nuevo tipo penal privilegiado o por otras razones.

4. Sin embargo, no debe creerse que la sucesión de leyes penales sólo opera respecto de leyes sustantivas. También en materia de leyes adjetivas es posible hablar de una sucesión de leyes. En este caso, la entrada en vigor de una nueva ley procesal o el término de la vigencia de una ley procesal anterior pueden dar cabida a alguna de las siguientes situaciones. En primer término, que la modificación perjudique los intereses del reo al afectar sus derechos o aumentar las posibilidades de que termine siendo sancionado. En segundo

<sup>85</sup> A favor de considerar que en el concurso de leyes todos los preceptos concurren; aunque sólo uno sea aplicable, puede verse PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito* (Madrid, 1991), pp. 181 y ss. En contra, sosteniendo que sólo concurre uno de los preceptos aparentemente concurrentes, GIMBERNAT ORDEIG, “Concurso de leyes, error y participación en el delito (a propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)”, en EL MISMO, *Ensayos penales* (Madrid, 1999), pp. 375 y ss.

término, que la modificación beneficie los intereses del imputado al reducir la afectación de derechos que el proceso supone o aumentar los obstáculos que deben superarse para obtener una sentencia condenatoria. Y en tercer término, que la modificación sea neutral, en el sentido de no perjudicar ni beneficiar al reo.<sup>86</sup> Lo primero podría ocurrir, por ejemplo, porque la nueva ley aumenta el tiempo máximo de duración de la prisión provisional o elimina el requisito de querrela o denuncia previa para el juzgamiento de un delito. Lo segundo podría suceder, verbigracia, porque la ley nueva reduce el tiempo máximo de duración de la mencionada medida cautelar o exige la interposición de una querrela o de una denuncia para el enjuiciamiento de un hecho. Y lo tercero podría acontecer, por ejemplo, porque la nueva ley modifica la fórmula del juramento que deben prestar los testigos para declarar en juicio.

5. Lo mismo puede suceder en materia de leyes penales ejecutivas. En este sector del ordenamiento, la entrada en vigencia de una nueva ley o la pérdida de vigor de una ley anterior pueden traducirse en alguna de las siguientes situaciones. En primer lugar, que la ejecución de las consecuencias jurídico-penales pase a ser más gravosa para el condenado. En segundo lugar, que tal ejecución pase a ser menos lesiva. Y en tercer lugar, que la modificación no perjudique ni beneficie la condición del condenado.<sup>87</sup> Lo primero podría ocurrir si, por ejemplo, se extiende el período de tiempo de privación de libertad que el condenado debe cumplir en forma efectiva para obtener la libertad condicional. Lo segundo podría acontecer, verbigracia, si se acorta el señalado período de tiempo para conseguir dicho beneficio penitenciario. Y lo tercero podría suceder si, por ejemplo, la nueva ley dispone que quien otorgue un beneficio penitenciario sea una autoridad distinta de la que señalaba la ley anterior.

6. De lo que hemos señalado se desprende que para estar frente a una sucesión de leyes penales, lo relevante no es la sustitución

<sup>86</sup> Por cierto, otra situación posible de darse consiste en que la forma en que deba juzgarse un determinado hecho conforme a la ley anterior, no experimente modificaciones con la ley posterior. Pero en este caso no habría una verdadera sucesión de leyes, toda vez que ésta exige, como lo hemos dicho, un cambio en la regulación.

<sup>87</sup> Desde luego, otra posibilidad es que la nueva ley no modifique la forma de ejecución de las penas impuestas por determinado hecho. Sin embargo, en tal evento no habría una auténtica sucesión de leyes, por las razones dichas *supra*.

de una ley penal –sustantiva, adjetiva o ejecutiva– por otra, sino el cambio en el tratamiento punitivo de un hecho que la modificación legal supone.<sup>88</sup> Debe tratarse de un mismo hecho y debe cambiar la regulación. Si el hecho no es el mismo o si el tratamiento penal no cambia, no habrá una sucesión de leyes penales.<sup>89</sup>

### I.3.2. FAVORABILIDAD

1. Hemos dicho que para estar en presencia de una sucesión de leyes penales es necesario que cambie el tratamiento punitivo de un hecho. Esta modificación puede resultar perjudicial para el reo o bien puede ser beneficiosa para sus intereses –además de neutra, en ciertos casos, como se ha dicho–. Como veremos más adelante, la determinación de si la variación es desfavorable o favorable para el imputado es un problema de gran trascendencia, porque en el primer caso la modificación no puede operar con efecto retroactivo, en tanto que en el segundo sí puede hacerlo.

2. Como la regla establecida en las legislaciones de los diversos países es que a los delitos se les aplica la ley vigente al momento de su comisión, a menos que con posterioridad entre en vigor una ley más benigna, el análisis de este importante problema se reduce a responder la pregunta de cuál ley resulta más favorable para el reo. Si la ley posterior es más favorable, se aplicará retroactivamente; si lo es la que estaba en vigor al momento del hecho, será ésta la que se aplicará en su juzgamiento.

3. Unas veces puede ser fácil constatar que la nueva ley es más favorable que la anterior. Así ocurriría, por ejemplo, si la ley posterior ha despenalizado el hecho<sup>90</sup> o ha rebajado la duración

<sup>88</sup> Cuando hablamos de tratamiento *punitivo* o *penal*, lo hacemos pensando en el sentido amplio de la materia penal, es decir, en todos los aspectos que involucra el ejercicio del *ius puniendi*, sean éstos sustantivos, adjetivos o ejecutivos.

<sup>89</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 139, afirmando que el concepto de sucesión de leyes penales “no es un concepto puramente cronológico ni referido a la mera sustitución en el tiempo de una ley por otra, sino que se utiliza con un contenido material centrado precisamente en la existencia de una evolución de las concepciones dominantes sobre la necesidad de proteger unos u otros bienes jurídicos”.

<sup>90</sup> Un problema sobre el cual no podemos tratar aquí es el de determinar qué sucede cuando se despenaliza un hecho para convertirlo en un ilícito administrativo, cuya sanción comporta un nivel de afflictividad más alto que el que como



o la cuantía de la pena contemplada en la ley precedente. Sin embargo, otras veces puede resultar muy difícil determinar si la ley nueva es más benigna.<sup>91</sup> Los supuestos imaginables a este respecto son múltiples, tanto en el ámbito de los tipos penales como en el de las consecuencias jurídicas. En el ámbito de los tipos podría ocurrir, por ejemplo, que una ley que derogue a otra que tipificaba un delito lo volviera a tipificar cambiando su estructura típica, sin modificar su pena o incluso agravándola. O bien, podría suceder que la nueva ley, sin derogar la anterior, cambie la estructura de un tipo penal. Podría acaecer también que la nueva ley derogue un tipo penal que se encuentra en relación de especialidad con otro que continúa vigente. Son estos algunos de los supuestos que se conocen con el nombre de “reformulación” de los delitos. En estos casos, la dificultad está en determinar si una conducta que bajo la vigencia de la ley anterior era típica, sigue siéndolo o no de conformidad con la nueva. Para solucionar este problema se han

ilícito penal tenía. Por ejemplo, si cuando el hecho era delito se castigaba con una multa de 100 y cuando constituye ilícito administrativo se sanciona con multa de 1000. Cfr. NUVOLONE, “Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1968, pp. 60 y ss., aludiendo a un caso de despenalización en la legislación penal italiana del tráfico viario que, a su juicio, fue sólo aparente, entre otras razones porque los hechos “despenalizados” pasaron a ser ilícitos administrativos y la aflicción que implicaban las sanciones previstas para éstos obligaba a considerarlas verdaderas penas. En opinión de PADOVANI, *Diritto Penale* (4ª edición, Milán, 1998), pp. 52 y s., la conversión de un delito en un ilícito administrativo implicaría la imposibilidad de imponer no sólo la sanción penal prevista por la ley vigente al tiempo de realización del hecho, sino también la sanción administrativa establecida con posterioridad a su comisión, a menos que se inserte en la ley despenalizadora una disposición transitoria que resuelva expresamente el problema. En igual sentido, VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I (Padova, 1999), pp. 375 y s.; CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, cit., pp. 40 y s. También TAIPA DE CARVALHO, *Successão de leis penais*, cit., pp. 89 y ss., aunque afirmando que ello depende de que se reconozca al ilícito administrativo una diferencia cualitativa y no –o no sólo– cuantitativa respecto del ilícito penal. En contra, ROMANO, *Il rapporto tra norme penali...*, cit., pp. 125 y s. Vid., asimismo, MAURACH / ZIFF, *Derecho penal. Parte general*, t. I (traducción de la 7ª edición alemana de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, 1994), p. 202: “También existe ley más favorable cuando, con posterioridad, una acción punible es despojada de su contenido de ilícito y pasa a ser un ilícito administrativo, y ello independientemente del hecho de que el marco de multa actual supere el marco primitivo anterior” (las cursivas son nuestras).

<sup>91</sup> Así, LOEWY, *Criminal law* (3ª edición, St. Paul, Minnesota, 2000), p. 293; LAFAVE / SCOTT, *Criminal law* (2ª edición, St. Paul, Minnesota, 1986), pp. 98 y s.

propuesto varios criterios,<sup>92</sup> algunos de los cuales acentúan aspectos lógicos, en tanto que otros destacan aspectos valorativos. Desde otro punto de vista, algunos de dichos criterios se centran en la relación existente entre el hecho y cada una de las leyes sucesivas, en tanto que otros se centran en una vinculación entre las leyes sucesivas, prescindiendo del hecho realizado. Dentro de los criterios que apuntan al vínculo entre el hecho y cada una de las leyes que se suceden, se encuentran el del *hecho concreto* y el de la *persistencia del ilícito*. Según el criterio del *hecho concreto*, se debe comprobar si el hecho realizado, penalmente relevante conforme a la ley anterior, continúa siéndolo bajo la ley nueva. En caso afirmativo, el hecho seguirá siendo típico. Para explicar los términos con que opera este criterio se ha acuñado el brocardo “antes punible, después punible, por lo tanto punible”.<sup>93</sup> Sin embargo, se le ha criticado por infringir la prohibición de retroactividad penal. Se ha sostenido que este criterio puede conducir a atribuir relevancia penal a circunstancias del hecho concreto que hayan sido jurídicamente irrelevantes al momento de su ejecución, y que sólo después del cambio legal la adquieren, violándose así la mencionada prohibición.<sup>94</sup>

4. El criterio de la *persistencia del ilícito* plantea que deben seleccionarse, entre todos los elementos que han caracterizado a un hecho concreto, sólo aquellos que presentan relevancia jurídica según

<sup>92</sup> Una detallada exposición y una crítica de dichos criterios pueden verse en PADOVANI, “Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell’ambito dell’art. 2,2º e 3º comma, C.P.”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982, pp. 1354 y ss.; CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, cit., pp. 65 y ss.; MUSCO, *La riformulazione dei reati...*, cit., pp. 53 y ss. Cfr. también PAGLIARO, “La legge penale tra irretroattività e retroattività”, en *Giustizia Penale*, parte segunda, 1991, cc. 3 y ss.; FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale. Parte generale* (3ª edición, Bolonia, 1995, reimpresión 1999), pp. 77 y ss.; PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale* (Turín, 1999), pp. 304 y ss.; PULITANÒ, *Commentario al articolo 2*, en CRESPI / STELLA / ZUCALÀ, *Commentario breve al Codice Penale* (Padova, 2003), pp. 21 y ss.; ROMANO, *Irretroattività della legge penale...*, cit., pp. 1250 y ss.; PECORELLA, “C’è spazio per criteri valutativi nell’abolitio criminis?”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2003, pp. 1518 y ss. En la doctrina portuguesa puede verse TAIPA DE CARVALHO, *Successão de leis penais*, cit., pp. 127 y ss.

<sup>93</sup> Siguen este criterio PAGLIARO, *Principii di diritto penale. Parte generale* (6ª edición, Milán, 1998), pp. 116 y s.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale* (3ª edición, Padova, 1992), p. 122.

<sup>94</sup> Vid. CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, cit., p. 72; PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali...*, cit., p. 1359; TAIPA DE CARVALHO, *Successão de leis penais*, cit., pp. 127 y s.

la ley penal entonces vigente. Luego debe examinarse si el hecho, rodeado de los elementos previamente seleccionados, sigue siendo relevante conforme a la nueva ley. En caso afirmativo, el hecho sigue siendo típico.<sup>95</sup> A este criterio se le ha criticado que, si bien salva en términos formales la objeción que se formula al del hecho concreto, igualmente puede infringir la prohibición de retroactividad, leída en clave de principio de fragmentariedad, al tomar en cuenta modalidades de ataque al bien jurídico que pueden no haber sido consideradas por el legislador al momento de la realización de la conducta.<sup>96</sup>

5. Dentro de los criterios que apuntan a la relación existente entre los tipos contenidos en las sucesivas leyes penales, prescindiendo del hecho concreto, se encuentran el de la *continuidad del tipo de ilícito*, el de la *plena continencia* y el de las *conexiones estructurales*. El criterio de la *continuidad del tipo de ilícito*, de gran aceptación en la doctrina alemana, plantea que debe efectuarse una comparación entre los tipos previstos en las leyes sucesivas, desde el punto de vista del bien jurídico protegido y de la modalidad de ataque al mismo. Cuando exista coincidencia en estos aspectos de ambos tipos, podrá afirmarse que media entre ellos una relación de continuidad.<sup>97</sup> Se ha criticado este criterio, por un lado, por moverse en el plano de las valoraciones, que son relativas y difíciles de aprehender, no proporcionando herramientas seguras a los operadores jurídicos en su aplicación<sup>98</sup> y, por otro lado, por llevar a posibles infracciones del

<sup>95</sup> Adhiere a este criterio ROMANO, *Il rapporto tra norme penali...*, cit., pp. 88 y ss.

<sup>96</sup> Así, MUSCO, *La riformulazione dei reati...*, cit., pp. 162 y ss.

<sup>97</sup> Siguen este criterio ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, vol. I (2ª edición, Milán, 1995), pp. 57 y s.; MAURACH / ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., pp. 202 y s.; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., pp. 182 y ss., aunque centrando el análisis en la identidad de expectativa normativa de conducta y de forma de defraudación. En la doctrina portuguesa, DE FIGUEIREDO DIAS / DA COSTA ANDRADE, *Problemas de especulação e sucessão de leis...*, cit., pp. 316 y ss. En la línea de la continuidad del tipo de injusto se encuentra también la tesis de MUSCO, *La riformulazione dei reati...*, cit., pp. 109 y ss., que dicho autor llama *teoría de la persistente modalidad de ofensa del mismo bien jurídico*, que busca concretar la idea de identidad de bien jurídico y de modalidad de ataque, a la luz de los principios de lesividad y de fragmentariedad.

<sup>98</sup> Cfr. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, cit., pp. 305 y s.; CA-MAIONI, *Successione di leggi penali*, cit., pp. 66 y s. En la doctrina alemana, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción de la 2ª edición alemana de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1997), p. 124.

principio de irretroactividad, al fundar la relevancia típica de una conducta en elementos que pueden no haber estado contemplados en la ley vigente al tiempo de su realización.<sup>99</sup>

6. El criterio de la *plena continencia* sostiene que para que exista una continuidad entre los tipos contenidos en las leyes sucesivas, el nuevo debe estar plenamente contenido en el anterior, lo que se presenta cuando aquél es especial respecto de éste.<sup>100</sup> Pero esto no es suficiente porque es necesario, además, realizar un juicio de valor acerca del significado del elemento especializante contenido en la ley nueva para excluir que haya sido intención del legislador eliminar toda relevancia penal a la modalidad de ataque a bienes jurídicos de que se trate.<sup>101</sup> También este criterio ha sido criticado por basarse en el empleo de valoraciones, lo que dificulta su puesta en práctica.<sup>102</sup>

7. Por último, el criterio de las *conexiones estructurales* ha sido elaborado por la doctrina italiana como un correctivo del criterio anterior. Plantea que para apreciar una continuidad entre los tipos penales contenidos en sucesivas leyes debe prescindirse de todo juicio de valor y tomar en cuenta sólo consideraciones lógicas que giren en torno a las relaciones de especialidad. Dentro de quienes siguen esta orientación, algunos sostienen que la señalada continuidad se presenta únicamente cuando el nuevo tipo penal es especial respecto del antiguo,<sup>103</sup> otros afirman que la continuidad existe sólo cuando el tipo penal anterior es especial respecto del nuevo;<sup>104</sup> otros señalan que la continuidad se presenta cuando entre ambos tipos penales media una relación de género a especie, sin importar cuál es el especial y cuál el general.<sup>105</sup> A este criterio también se le han formulado críticas. Se ha sostenido que quienes exigen que el nuevo tipo penal sea especial respecto del antiguo, infringen la prohibición de retroactividad en forma mediata, al

<sup>99</sup> Vid. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali...*, cit., p. 1362; TAIPA DE CARVALHO, *Successão de leis penais*, cit., pp. 131 y ss.

<sup>100</sup> Adhieren a este criterio FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 77 y ss.

<sup>101</sup> Cfr. MUSCO, *La riformulazione dei reati...*, cit., pp. 80 y s.

<sup>102</sup> PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali...*, cit., p. 1364.

<sup>103</sup> Así, FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 77 y ss.

<sup>104</sup> Así, TAIPA DE CARVALHO, *Successão de leis penais*, cit., pp. 141 y ss., quien asigna a su criterio el nombre "continuidad normativo-típica".

<sup>105</sup> Así, PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali...*, cit., pp. 1372 y ss.

atribuir relevancia jurídica a un elemento especializante del tipo penal posterior, mediante su subrepticia deducción del tipo anterior; y que quienes se contentan con exigir que el nuevo tipo sea general respecto del antiguo, operan en un plano demasiado formal, sin tener en cuenta consideraciones materiales derivadas de los principios de lesividad y fragmentariedad, como las de exigir identidad de bien jurídico tutelado y de modalidad de ataque al mismo.<sup>106</sup>

8. Como se puede apreciar, existe un considerable número de pareceres sobre el tema, ninguno de los cuales se ha librado de recibir objeciones. Esto es una demostración de las dificultades que trae aparejadas la llamada “reformulación” de los delitos y de la discusión que se puede generar cada vez que el legislador decide modificar la estructura típica de algún delito.<sup>107</sup>

9. En el ámbito de las consecuencias penales también puede resultar extremadamente difícil determinar cuál es la ley más favorable. Verbigracia, podría acontecer que la ley posterior disminuyera el límite inferior de la pena privativa de libertad establecida en la ley anterior, pero aumentara el límite superior, o bien, que rebajara el

<sup>106</sup> Cfr. MUSCO, *La riformulazione dei reati...*, cit., pp. 103, 107 y s.

<sup>107</sup> En concreto, para un relativamente reciente caso de sucesión habida en materia de delitos societarios en Italia, véase PADOVANI, “Il camello e la cruna dell’ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali”, en *Cassazione penale*, vol. XLII, año 2002, N° 5, pp. 1598 y ss.; LOZZI, “Successione di leggi penali e riforma dei reati societari”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, pp. 974 y ss.; para otro caso de sucesión en la legislación penal del trabajo, CURI, “Assunzione illegale di lavoratori stranieri: tra abolitio criminis e successione di leggi penali nel tempo”, en *Giurisprudenza di Merito*, vol. XXXIII, 2001, pp. 435 y ss.; para otro caso de sucesión en materia de delitos contra la Administración pública, FIANDACA, “Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato di ufficio”, en *Foro Italiano*, N° 11, noviembre 1990, cc. 637 y ss.; para otro caso de sucesión en materia de aborto, NUVOLONE, “Problemi penali e costituzionali della nuova legge sull’interruzione della gravidanza”, en EL MISMO, *Il diritto penale degli anni settanta. Studi* (Padova, 1982), pp. 587 y s. En Chile, para un caso de sucesión habida en materia de delito de fraude aduanero, puede verse HORVITZ LENNON, “Problemas de aplicación de ley penal en el tiempo del delito de fraude aduanero”, en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, N° 6, Santiago, abril de 2002, pp. 103 y ss. En el mismo país, para un caso de sucesión en materia de tráfico de drogas, puede verse FERNÁNDEZ CRUZ, “Sentencia sobre el ámbito de aplicación y retroactividad más favorable al reo en el delito de microtráfico (Corte de Apelaciones de Valdivia)”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XIX, N° 1, julio 2006, pp. 249 y ss.

límite superior, pero aumentara el inferior. Podría ocurrir también que la ley nueva eliminara la pena privativa de libertad de muy corta duración contemplada en la ley precedente, pero la sustituyera por una pena restrictiva de libertad de larga duración o por una pena pecuniaria de elevado monto. Podría suceder, asimismo, que la ley posterior creara una nueva atenuante de responsabilidad penal, pero estableciera además una nueva agravante.

10. En el ámbito de las leyes penales adjetivas sucede otro tanto. A veces, puede ser relativamente fácil constatar que la ley nueva resulta más favorable. Así ocurriría, por ejemplo, si la ley posterior impidiera la posibilidad de decretar la medida cautelar de prisión provisional en el juzgamiento de determinados delitos o disminuyera su tiempo máximo de duración. Lo mismo pasaría si, verbigracia, la nueva ley aumentara los recursos procesales susceptibles de interponerse para impugnar una sentencia condenatoria. Pero otras veces puede ser difícil determinar si realmente la nueva ley es más favorable. Piénsese, por ejemplo, en una ley que impide decretar la prisión provisional en el juzgamiento de ciertos delitos, pero suprime la exigencia de querrela o denuncia previa para su persecución. O bien, a la inversa, imagínese una ley que exige la interposición de una querrela o de una denuncia para enjuiciar determinados delitos, pero aumenta el tiempo máximo de duración de la prisión provisional.

11. También puede presentarse esta situación en las leyes penales ejecutivas. En ciertas ocasiones no es difícil considerar la ley nueva como más benigna. Por ejemplo, es lo que sucedería si la ley posterior disminuyera o flexibilizara los requisitos necesarios para obtener la libertad condicional u otros beneficios penitenciarios. Sin embargo, en otras ocasiones decidir si la nueva ley es más favorable no es algo fácil. Verbigracia, imagínese una ley que rebaja el tiempo de cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad que los condenados deben alcanzar para obtener la libertad condicional, pero exige nuevos requisitos adicionales a los que contemplaba la ley anterior. O bien, supóngase el caso de una ley que facilita el acceso a la libertad condicional, pero restringe los permisos de salida de los establecimientos penitenciarios.

12. Incluso puede suceder que la dificultad en la decisión de si la nueva ley es o no más favorable, emane del hecho de que ésta modifica aspectos sustantivos, adjetivos y ejecutivos. Por ejemplo, piénsese en una ley que disminuye el límite superior de la pena privativa de libertad asignada a un delito, pero aumenta el tiempo

máximo de duración de la prisión provisional y el tiempo de cumplimiento efectivo de pena que debe transcurrir para obtener la libertad condicional. O bien, imagínese una ley que crea nuevas agravantes de responsabilidad penal, pero disminuye el tiempo máximo de duración de la prisión provisional y facilita el acceso a la libertad condicional u otros beneficios penitenciarios.

13. Antiguamente algunos autores, pensando sólo en modificaciones de leyes penales sustantivas, se preocuparon de señalar criterios de solución del problema de la determinación de la ley más favorable al reo. Es así como se propuso, entre otras ideas, considerar más benigna la ley que priva del goce de un bien menos importante, la que establece el límite máximo de la pena más bajo, la que fija el límite mínimo de la pena más bajo, la que rebaja el máximo de la pena establecido por la ley anterior más que lo que aumenta el mínimo, etc.<sup>108</sup> Hoy en día, en cambio, se acostumbra sostener que resulta inútil el casuismo en esta materia y que la determinación de la ley más favorable debe realizarse caso por caso, tomando en cuenta la situación particular de cada reo,<sup>109</sup> por lo que se ha dejado de lado la preocupación por aportar criterios que sirvan en dicha labor de determinación.<sup>110</sup>

14. Sin embargo, la doctrina, junto con señalar que el análisis de la mayor o menor favorabilidad debe hacerse caso a caso, suele sugerir ciertos caminos para recorrer en la búsqueda de la ley más benigna, pensando también en leyes penales sustantivas. En primer lugar, los autores afirman que no basta con comparar los marcos abstractos de pena que la ley anterior y la posterior asignan al hecho, sino que debe tomarse en cuenta todo lo que de una u otra manera

incida en la concreta individualización de la sanción penal.<sup>111</sup> En segundo término, se señala la conveniencia de consultar el parecer del reo.<sup>112</sup> Si bien es cierto que, en general, la doctrina sostiene que esto no significa que sea él quien decida la cuestión,<sup>113</sup> algunos autores afirman que su opinión es decisiva y vinculante.<sup>114</sup> Por último, la mayoría de los autores señala que debe aplicarse una u otra ley,

<sup>111</sup> Cfr., entre otros, CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español...*, cit., t. I, pp. 231 y s.; MORILLAS CUEVA, *Derecho penal. Parte general...*, cit., p. 225; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal...*, cit., p. 403; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 140; RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 212. Esta opinión es compartida por la mayoría de la doctrina italiana, como lo afirma FRÍGOLS I BRINES, *El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado* (San José de Costa Rica, 2002), p. 223. Véanse, entre otros, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 123; PAGLIARO, "Legge penale nel tempo", en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIII (Milán, 1973), p. 1072; EL MISMO, *Principii di diritto penale...*, cit., p. 132; FIANDACA / MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 80; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 49 y s.; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale* (Padova, 1998), pp. 99 y s.; PULITANO, *Commentario al articolo 2*, cit., p. 20; ROMANO, *Commentario...*, cit., pp. 59 y s.; GALLO, *La legge penale. Appunti di diritto penale* (Turín, 1967), p. 52; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 343 y s.; CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, cit., p. 75. En opinión de SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale...*, cit., p. 125, una operación parecida debe realizarse en la determinación de la ley procesal más favorable. En la doctrina portuguesa, TAIPA DE CARVALHO, *Successão de leis penais*, cit., pp. 152 y s.

<sup>112</sup> De hecho, el art. 2.2 del Código Penal ordena oír al reo en caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable y la disposición transitoria 2ª del mismo Código manda oírle en todo caso, en la sucesión de leyes habida entre el Código de 1973 y el de 1995. En igual forma, en Chile el art. 14 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal, elaborado por la Comisión "Foro Penal", ordena oír al imputado o condenado en lo que respecta a la apreciación de la ley que le sea más favorable, sin que su opinión sea vinculante para el tribunal.

<sup>113</sup> Así, CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español...*, cit., t. I, p. 233; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 198; MORILLAS CUEVA, *Derecho penal. Parte general...*, cit., p. 225; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal...*, cit., pp. 403 y s.; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 146; IGLESIAS RÍO, "Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 6, mayo 2005, p. 27. En la doctrina francesa, VITU, *Des conflits de lois dans le temps...*, cit., p. 130.

<sup>114</sup> En este último sentido, RUIZ DE ERENCHUM ARTECHE, *El "sistema de sucesión de leyes"...*, cit., p. 374, cuando las penas previstas en la ley anterior y en la posterior son de distinta naturaleza. Similar, MIR PUIG, "¿No siempre es aplicable la ley más favorable?", en *Revista Jurídica de Cataluña*, año 2000, N° 2, pp. 156 y s., para los casos de duda sobre cuál es la ley más favorable. También QUERALT JIMÉNEZ, *El principio de legalidad penal* (mecanografiado inédito, Barcelona, 1995), pp. 357 y s.

<sup>108</sup> Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, cit., t. II, pp. 627 y ss., con una síntesis de estos y otros criterios doctrinales. Cfr. también FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, t. II (Murcia, 1947), pp. 150 y s.; FIORE, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada* (traducción por Aguilera de Paz, 3ª edición, Madrid, 1927), pp. 447 y ss.; JULIOT DE LA MORANDIERE, *De la règle nulla poena sine lege* (París, 1910), pp. 171 y ss.; THÉODOSIADÈS, *Essai sur la non-rétroactivité des lois* (París, 1866), pp. 202 y ss.; GROUBER, *Du conflit des lois d'incrimination et de pénalité dans le temps*, cit., pp. 154 y ss.

<sup>109</sup> Por todos, LANDROVE DÍAZ, *Introducción al derecho penal español*, cit., p. 120.

<sup>110</sup> Con todo, algunos autores han prestado mayor atención a estos criterios. Cfr., por ejemplo, BACIGALUPO, *Principios de derecho penal. Parte general* (5ª edición, Madrid, 1998), pp. 123 y s.; RUIZ DE ERENCHUM ARTECHE, *El "sistema de sucesión de leyes"...*, cit., pp. 371 y ss.

íntegramente, en bloque, sin que puedan combinarse los aspectos más favorables de ellas.<sup>115</sup> Esto se traduce en una prohibición de

<sup>115</sup> Esta idea ha sido constantemente reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Cfr., entre otras, SSTs de 24 de diciembre de 1998, ponente Roberto García-Calvo y Montiel, RJ 1998\10399 (f. j. 3º) y de 23 de febrero de 1997, ponente Luis Román Puerta Luis, RJ 1997\1561 (f. j. 5º); SSTC 21/1993, de 18 de enero (f. j. 5º) y 131/1986, de 29 de octubre (f. j. 2º).

En directa relación con la prohibición de la *lex tertia* se encuentra la discutida posición del Tribunal Supremo, que ha aplicado el Código Penal de 1995 retroactivamente, por ser más favorable, pero tomando en cuenta la redención de penas por el trabajo abonada conforme al Código de 1973. Vid. SSTs de 18 de julio de 1996, ponente Joaquín Delgado García, RJ 1996\5920 (f. j. 4º) y de 13 de noviembre de 1996, ponente José Augusto de Vega Ruiz, RJ 1996\8200 (f. j. 2º, 3º y 4º) e innumerables sentencias posteriores. Según algunos, con dicho proceder el Tribunal Supremo combinó aspectos más favorables de ambos Códigos, infringiendo la disposición transitoria 2ª del Código de 1995. Cfr. DEL MORAL GARCÍA, "A vueltas con la redención de penas por el trabajo y el régimen transitorio del nuevo Código Penal", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 258, 29 de agosto de 1996, pp. 1 y s.; MUÑOZ CLARES, "Principio de legalidad: hipotética vigencia", en *Revista de Ciencias Penales*, vol. II, Nº 1, primer semestre 1999, pp. 307 y ss. Según otros, el Tribunal Supremo no creó una *lex tertia*. Cfr. RUIZ DE ERENCHUM ARTECHE, *El "sistema de sucesión de leyes"...*, cit., pp. 382 y ss. Esta posición del Tribunal Supremo llevó a la Fiscalía General del Estado a modificar su circular 1/1996, de 23 de febrero -en la que sostenía que no podía tenerse en cuenta el tiempo ya redimido para los condenados a quienes se aplicara el nuevo Código-, mediante su circular 3/1996, de 22 de noviembre, en la que impartió a los fiscales criterios de actuación acordes a dicha posición, relativos a la revisión de sentencias firmes.

En otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha dejado de aplicar la agravante de reincidencia, que no concurría según el Código de 1995, pero sí según el Código de 1973, a pesar de que los hechos habían sido sancionados con arreglo a éste y no a aquél. Véase STS de 17 de febrero de 2000, ponente José Jiménez Villarejo, RJ 2000\699 (f. j. 4º).

Vid. MATHIEU, "L'application de la loi pénale dans le temps (dans la perspective du nouveau code pénal)", en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, año 1995, p. 269, aludiendo a algunos casos de infracción de la prohibición de *lex tertia* en la jurisprudencia francesa. Los tribunales franceses han acuñado el siguiente criterio de actuación para los casos en que la ley nueva contenga algunas disposiciones más favorables que la ley antigua y otras más desfavorables: si la ley nueva es divisible, sus preceptos más favorables se aplican retroactivamente, combinándolos con los de la ley antigua; si es indivisible, se aplica, íntegramente, aquella ley que se estime más favorable, para lo cual debe atenderse a sus disposiciones principales. Cfr. LARGUIER, *Droit pénal général* (18ª edición, París, 2001), p. 274; STEFANI / LEVASSEUR / BOULOC, *Droit pénal général* (16ª edición, París, 1997), pp. 143 y s.; SALVAGE, *Droit pénal général* (3ª edición, Grenoble, 1994), p. 28; RASSAT, *Droit pénal* (París, 1987), pp. 192 y ss. Un comentario crítico sobre este proceder de los tribunales franceses puede verse en FRIGOLS I BRINES, *El principio de irretroactividad...*, cit., pp. 51 y ss.

la denominada *lex tertia*<sup>116</sup> o principio<sup>117</sup> de combinación.<sup>118</sup> Sin embargo, hay quienes defienden la posibilidad de efectuar dicha combinación.<sup>119</sup>

15. No es nuestra intención aportar criterios útiles en la tarea de determinación de la ley más favorable ni criticar los que se han elaborado. Ello no sólo porque nuestro trabajo transita por un sendero distinto, sino también porque creemos que ninguna pauta que permita considerar una ley, en general, más benigna que la que

<sup>116</sup> QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT, *Manual de derecho penal. Parte general* (3ª edición, Navarra, 2002), pp. 166 y s., llaman a esta situación "ley media".

<sup>117</sup> Cfr. CARO JOHN, "La problemática constitucional de la combinación de leyes penales. Discutida posición de la jurisprudencia", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 4, julio-diciembre 1994, pp. 734 y ss., afirmando que no puede decirse que la combinación de leyes penales sea un *principio*.

<sup>118</sup> Cfr. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español...*, cit., t. I, p. 234; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 196; LUZÓN PENA, *Curso...*, cit., p. 187; MORILLAS CUEVA, *Derecho penal. Parte general...*, cit., pp. 223 y s.; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal...*, cit., p. 403; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 146; CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales* (3ª edición, Valencia, 1999), p. 143; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 141. En la doctrina italiana, este planteamiento es mayoritario, como lo sostiene FRIGOLS I BRINES, *El principio de irretroactividad...*, cit., p. 224. Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 123; PAGLIARO, *Legge penale nel tempo*, cit., p. 1072; EL MISMO, *Principii di diritto penale...*, cit., p. 131; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 49; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale...*, cit., pp. 98 y s.; PULITANO, *Commentario al articolo 2*, cit., p. 21; ROMANO, *Commentario...*, cit., p. 60; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 344 y s.; CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, cit., p. 76. En la doctrina belga, HENNAU / VERHAEGEN, *Droit pénal général*, cit., p. 88. En la doctrina brasileña, DUARTE, "A lei penal no tempo. Comentários ao art. 2º do Código Penal", en *Revista Forense*, vol. XC, Sao Paulo, 1942, p. 629.

<sup>119</sup> Son partidarios de la *lex tertia*, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal. Parte general* (4ª edición aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, 1994), pp. 179 y s.; CASABÓ RUIZ, *Comentario al art. 24*, en CÓRDOBA RODA / RODRÍGUEZ MOURULLO / DEL TORO MARZAL / CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, t. II (Barcelona, 1972), pp. 51 y s., poniendo el acento en la fórmula "en cuanto favorezcan al reo" del art. 24 del Código Penal de 1973; CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español...*, cit., pp. 249 y s.; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Comentario al art. 2*, cit., pp. 35 y s. En la doctrina portuguesa, TAIPA DE CARVALHO, *Successão de leis penais*, cit., pp. 154 y ss. En la doctrina brasileña, LEIRIA, *Teoria e aplicação da lei penal* (Sao Paulo, 1981), pp. 82 y s.; TOLEDO, *Principios básicos de direito penal...*, cit., pp. 38 y s. En la doctrina alemana, JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General...*, cit., pp. 125 y s.

A nuestro juicio, la prohibición de la *lex tertia* es una de esas afirmaciones comunes que se encuentran necesitadas de una seria revisión crítica que, lamentablemente, no podemos efectuar aquí.

le precedió, garantiza que también lo sea para el reo. Una ley que pueda ser calificada más favorable, podría resultar perjudicial para el imputado y viceversa. Sólo pretendemos llamar la atención del lector acerca de la importancia que tiene este problema y sobre el hecho que la cuestión se presenta no únicamente en las leyes penales sustantivas, sino también en las adjetivas y en las ejecutivas.

#### I.4. DELIMITACIÓN ENTRE CONCEPTOS DE IRRETROACTIVIDAD, RETROACTIVIDAD, ULTRAACTIVIDAD, HIPERRETROACTIVIDAD, EXTRAACTIVIDAD Y PRETERACTIVIDAD

1. Dejamos establecido en este capítulo que las leyes penales suelen experimentar modificaciones en el tiempo, cambios que afectan a la eficacia temporal de aquéllas. La doctrina acostumbra utilizar, para aludir a estas alteraciones de la eficacia en el tiempo de las leyes penales, una serie de expresiones, tales como irretroactividad, retroactividad, ultraactividad, hiperretroactividad, extraactividad y preteractividad. Antes de continuar con el desarrollo de este trabajo estimamos necesario, para una adecuada precisión terminológica, delimitar cada uno de dichos conceptos, tarea que intentamos realizar a continuación.

##### I.4.1. IRRETROACTIVIDAD

1. Con este término se suele hacer referencia al hecho de que las leyes penales sólo pueden ser aplicadas a las conductas que se realizan mientras están vigentes. Por un lado, no pueden alcanzar a los actos que se ejecutan antes de su entrada en vigor y, por otro, tampoco a los que tienen lugar después del término de su vigencia.<sup>120</sup> Sin embargo, llama la atención la circunstancia de que, para referirse a esto, se haya generalizado el uso de una palabra que, únicamente, hace alusión a uno de los dos aspectos mencionados. No comparáramos este proceder. En efecto, afirmar que una ley es irretroactiva sólo comporta señalar que no puede aplicarse a hechos anteriores a su entrada en vigor, pero tal aseveración nada dice acerca de la

<sup>120</sup> Cfr. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español...*, cit., t. I, p. 217.

posibilidad o imposibilidad de aplicar la ley a las conductas que tengan lugar después que termine su vigencia. Por eso pensamos que si lo que se quiere resaltar es que las leyes penales no pueden alcanzar a los actos que tienen lugar antes de su entrada en vigor ni a los posteriores a la finalización de su vigencia, sería preferible la utilización de otro término —como el aforismo *tempus regit actum*—. En nuestra opinión, la palabra *irretroactividad* sólo debe ser usada para aludir a lo único que puede alcanzar su campo semántico, esto es, a la prohibición de que la ley se aplique a los hechos anteriores al comienzo de su vigencia.

##### I.4.2. RETROACTIVIDAD

1. Los autores suelen emplear este término para aludir a la situación que se produce cuando, en el juzgamiento de un hecho, se aplica una ley que ha entrado en vigencia con posterioridad a su realización. En otras palabras, cuando la ley es aplicada a hechos anteriores a su entrada en vigor. En tal caso se dice que la nueva ley se aplica retroactivamente.<sup>121</sup> Nos parece apropiada la utilización de esta palabra para aludir al mencionado fenómeno, pues corresponde exactamente a su significado conceptual.<sup>122</sup>

<sup>121</sup> Por todos, cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general* (7ª edición, Barcelona, 2004), pp. 116, 122 y s.

<sup>122</sup> No pretendemos ocultar el hecho de que existe una ardua disputa, especialmente en el ámbito de la teoría general del derecho, del derecho civil, del derecho constitucional y del derecho administrativo, acerca del concepto de retroactividad. Sobre ello puede verse DÍAZ AZNARTE, *Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo...*, cit., pp. 58 y ss.; DÍEZ-PICAZO, *La derogación de las leyes*, cit., pp. 209 y ss. La existencia de varias clases de retroactividad, que a continuación explicamos en el texto, lo pone de relieve. Cfr. LÓPEZ MENUÑO, "El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional", en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. I (Madrid, 1991), p. 455: "el propio concepto de *retroactividad* es el arquetipo mismo de la equivocidad: un concepto elástico como pocos" (las cursivas en el original). Sólo queremos indicar que el señalado concepto de retroactividad es el que se suele utilizar en el derecho penal, que nos parece adecuado y que será éste el que utilizaremos a lo largo del trabajo. Cfr. FRIGOLS I BRINES, *Fundamentos...*, cit., pp. 41 y ss., quien después de constatar la existencia de la mencionada disputa y analizar distintas opiniones sobre el tema, concluye, en una definición similar a la señalada en el texto, que "se debe entender por retroactividad la aplicación de una norma a hechos [...] que tienen lugar con anterioridad a su vigencia" (p. 183).

2. En doctrina se acostumbra distinguir varias clases de retroactividad de las leyes. Así, se suele hablar de retroactividad de grado máximo, de grado medio y de grado mínimo. La retroactividad de grado máximo, también llamada retroactividad absoluta, se produce cuando la nueva ley se aplica a una relación jurídica constituida al amparo de la ley anterior y a todos sus efectos. La retroactividad de grado medio se observa cuando la nueva ley respeta la relación jurídica surgida bajo la ley anterior y sus efectos ya consumados, pero se aplica a los efectos ya nacidos que hayan de ejecutarse después de su entrada en vigor. Y la retroactividad de grado mínimo, también denominada retroactividad atenuada, se caracteriza por el hecho de que la ley nueva se aplica a los efectos de la relación jurídica surgida bajo la ley anterior, que se produzcan después de su entrada en vigencia.<sup>123</sup> La diferenciación de tres clases de retroactividad de las leyes también ha sido reconocida por la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional.<sup>124</sup>

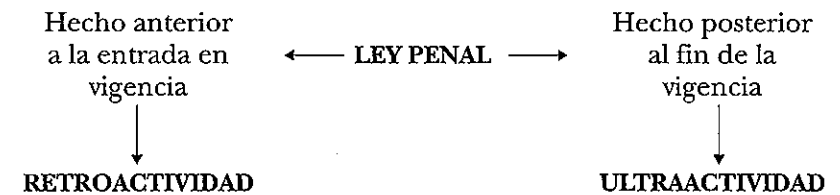
### I.4.3. ULTRAActivIDAD

1. La doctrina acostumbra utilizar esta palabra para referirse a la situación que se produce cuando un hecho es sancionado conforme a la ley que se encontraba vigente en el momento de su realización, pero que ya no lo está en la época de su juzgamiento. Por ejemplo, cuando se ha cometido un delito durante la vigencia de una ley temporal, la cual es aplicada a pesar de que ya ha finalizado su vigor al momento del juicio. O bien, cuando al tiempo del juzgamiento ya no se encuentra vigente la ley penal bajo el imperio de la cual se cometió un delito, pues ha sido reemplazada por otra ley penal más

<sup>123</sup> Sobre estas distintas clases de retroactividad de las leyes puede verse SUÁREZ COLLÁ, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas* (2ª edición, Madrid, 1994), pp. 70 y ss.; GAYA SICILIA, *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional* (Madrid, 1987), pp. 49 y ss.; BALERIOLA SALVO, "El instituto de la irretroactividad en el Derecho español. Aproximación a una teoría general", en *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, vol. V, año 1999, pp. 391 y s. Vid. también DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España...*, cit., t. I, pp. 648 y s.; ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., t. I, pp. 206 y ss.; DíEZ-PICAZO / GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, cit., vol. I, pp. 120 y s.

<sup>124</sup> Pueden consultarse, entre otras, las SSTC 182/1997, de 28 de octubre (f. j. 11º, letra d); 205/1992, de 26 de noviembre (f. j. 2º); 197/1992, de 19 de noviembre (f. j. 4º); 126/1987, de 16 de julio (f. j. 11º) y 35/1987, de 18 de marzo (f. j. 3º).

severa. Se dice que en estas hipótesis la ley que ya no se encuentra vigente se aplica ultraactivamente.<sup>125</sup> Sin embargo, no nos parece adecuado que se emplee este término para aludir a dicha situación. Ello porque, en estricto rigor, la expresión *ultraactividad* se contrapone a la palabra *retroactividad*. Mientras que ésta alude a la posibilidad de aplicar la ley a un hecho anterior a su entrada en vigor, aquélla se refiere a la hipótesis inversa, o sea, a la posibilidad de aplicar la ley a hechos ocurridos con posterioridad al término de su vigencia. Es decir, sostener la ultraactividad de una ley implica postular su aplicación a hechos posteriores a la finalización de su vigor.<sup>126</sup> El siguiente esquema podría servir para ilustrar lo señalado.



2. Por otra parte, el Tribunal Supremo, correctamente, ha utilizado la expresión *ultraactividad* para aludir a la posible aplicación de la ley penal a hechos posteriores al término de su vigor. Así, en su

<sup>125</sup> Cfr., entre otros, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 147 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 impuestos conforme al Código Penal derogado", en *La Ley* Nº 4530, 29 de abril de 1998, p. 1. Vid. también FIERRO, *Legalidad y retroactividad de las normas penales. Fuentes del derecho. Legalidad en el derecho tributario, procesal penal y aduanero* (Buenos Aires, 2003), p. 273, afirmando que hay ultraactividad "cuando los efectos de una ley se siguen aplicando con posterioridad a su derogación, pero con relación a hechos ocurridos cuando ella tenía vigor" (las cursivas en el original). En el mismo sentido, en la doctrina italiana, VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 309 y s. En la doctrina portuguesa, TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de leis penais*, cit., p. 77. En la doctrina brasileña, LEIRIA, *Teoria e aplicação da lei penal*, cit., pp. 84 y s.; TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal...*, cit., p. 35, 44.

<sup>126</sup> En este sentido, vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 124 y s.: "La ley penal se aplica a las acciones realizadas durante el período de su vigencia formal. No alcanza, por regla general, a las acciones ejecutadas antes de su entrada en vigor (irretroactividad) ni tampoco, por supuesto, a las cometidas después de su derogación (no ultraactividad)" (las cursivas son nuestras); COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 190: "La ley penal se aplica, en principio, a los hechos acaecidos desde que entra en vigor hasta que termina su vigencia."



sentencia de 22 de septiembre de 1998 –ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón–, señaló que:

“la ley penal aplicable a un hecho delictivo es la vigente en el momento de su perpetración (artículo 2.1º Código Penal 1995). Si bien es cierto que tienen efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo (artículo 2.2º Código Penal 1995, principio de retroactividad de lo favorable), también lo es que no existe un principio paralelo de ‘ultraactividad’ de la ley penal más favorable, de modo que si el delito se perpetra bajo la vigencia de una ley posterior más rigurosa, será ésta la aplicable y no la anterior, que ya ha perdido vigencia, aun cuando aquella ley anterior fuese más beneficiosa para el reo” (fundamento jurídico 4º).<sup>127</sup>

#### I.4.4. HIPERRETROACTIVIDAD

1. Aun cuando la mayoría de la doctrina acostumbra utilizar sólo los términos a que hemos hecho alusión hasta ahora, algunos autores suelen usar otro más. Nos referimos a la palabra *hiperretroactividad*, utilizada por algunos para referirse a la posibilidad de aplicar retroactivamente una ley penal cuando ya se ha pronunciado una

No rige, pues, como regla general, ni para los hechos ocurridos con anterioridad a ella (retroactividad), ni para los que puedan suceder tras su caducidad o derogación (*ultra actividad*)” (las cursivas son nuestras); CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, cit., t. I, pp. 214 y s.: “En la literatura suele afirmarse [...] que las leyes temporales tienen efecto *ultraactivo*. La fórmula es incorrecta. Para que pudiera hablarse de *ultraactividad* sería preciso que la ley temporal rigiera también hechos *ejecutados después* de que ella ha cesado de estar en vigor. Es manifiesto, sin embargo, que aquí no se trata de eso” (las cursivas en el original). Cfr. también FRIGOLS I BRINES, *Fundamentos...*, cit., p. 184. En la doctrina italiana, SINISCALCO, “Tempus commissi delicti, reato permanente e successione di leggi penali”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1960, pp. 1110 y s., nota 43; EL MISMO, *Irretroattività delle leggi in materia penale...*, cit., pp. 132, 144; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 48; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale...*, cit., p. 102; ROMANO, *Commentario...*, cit., p. 62. En la doctrina colombiana, GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado de derecho penal. Parte general*, tomo I (Bogotá, 2001), pp. 824 y s. En la doctrina chilena, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “La aplicación de la ley penal derogada”, en *Revista del Abogado, Publicación del Colegio de Abogados de Chile*, Nº 17, noviembre 1999, p. 10; EL MISMO, “La aplicación de la ley penal más favorable”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 69, Nº 1, 2000, p. 34.

<sup>127</sup> RJ 1998/7545.

sentencia firme.<sup>128</sup> Se trata de una cuestión meramente terminológica, que no añade nada sustancial a la idea de retroactividad más arriba explicada. Lo único que singulariza a esta situación es la circunstancia de que el hecho al que se le pretende aplicar retroactivamente una nueva ley ya ha sido juzgado por sentencia ejecutoriada.

#### I.4.5. EXTRAACTIVIDAD

1. También es posible encontrar en la doctrina autores que emplean la expresión *extraactividad*. Quienes la utilizan suelen hacerlo para aludir tanto al fenómeno de la retroactividad como al de la *ultraactividad*. De este modo, hay quienes sugieren como máxima la no *extraactividad* de las leyes penales más restrictivas de la libertad, queriendo significar la prohibición de aplicar retroactiva y *ultraactivamente* las leyes penales desfavorables.<sup>129</sup> Sin embargo, se debe tener presente que cuando se usa este término para aludir a la *ultraactividad* (junto con la retroactividad), no se está pensando en ella en el sentido en que creemos que debe ser entendida, sino en la forma en que la concibe parte de la doctrina y que criticamos más arriba.

2. Por otra parte, hay quienes emplean el término *extractividad*<sup>130</sup> en un sentido diverso del comentado. Nos referimos a su uso para aludir a la posibilidad de aplicar, en combinación, los aspectos más favorables de dos leyes penales en el juzgamiento de un hecho: la que se encontraba en vigor al momento de su ejecución y la que se encuentra vigente al tiempo del proceso. Es decir, se trata del fenómeno denominado *lex tertia*, al que ya hemos hecho referencia.<sup>131</sup> Sin embargo, no nos parece correcto que se utilice la palabra *extractividad*

<sup>128</sup> Así, PULITANÒ, *Commentario al articolo 2*, cit., p. 19; ROMANO, *Commentario...*, cit., p. 54; CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, cit., pp. 14, 47, 58, 63; MUSCO, *La riformulazione dei reati...*, cit., pp. 5, 11 y s., 15, 19, 21, 26, 33 y s., 115, 119.

<sup>129</sup> Vid., verbigracia, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, cit., t. II, pp. 617 y s., citando a Vicenzo Manzini. En la doctrina brasileña, LOPES, *Princípio da legalidade penal...*, cit., p. 88, proclamando la *extraactividad* de las leyes penales más favorables.

<sup>130</sup> Con una sola letra a, no con dos, como en la palabra *extraactividad*.

<sup>131</sup> Cfr., por ejemplo, SERRANO BUTRAGUEÑO, *Retroactividad, ultraactividad y extractividad...*, cit., pp. 1 y ss., quien intenta demostrar la admisibilidad de aplicar las disposiciones más favorables del derogado Código Penal de 1973 y del nuevo Código Penal de 1995, en lo relativo a la ejecución de las penas impuestas conforme a aquél.



para aludir a esta situación, básicamente por dos razones. En primer lugar, porque al usarse en este sentido el mencionado término, que no ha sido incorporado en la última edición (vigésima segunda) del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española,<sup>132</sup> no se está pensando en algo distinto de la irretroactividad y de la retroactividad, sino en la idea de *extractar*<sup>133</sup> o *extraer* lo más benigno de la ley irretroactiva que estaba en vigor al tiempo del hecho y de la ley que se encuentra vigente al momento del juzgamiento, que se aplicará retroactivamente. O sea, no se trata de algo diferente de lo ya explicado. Y en segundo lugar, porque si de lo que se trata es de la posibilidad de extractar o extraer de cada ley los aspectos más favorables, resultaría más apropiado utilizar las palabras extractabilidad o extraibilidad.<sup>134</sup>

#### 1.4.6. PRETERACTIVIDAD

1. Finalmente, hay también autores que emplean la expresión *preteractividad*. Quienes utilizan esta palabra suelen hacerlo para aludir a la circunstancia de que después de la derogación formal de una ley, se la siga aplicando a hechos ocurridos durante su vigencia o, incluso, con anterioridad a su entrada en vigor.<sup>135</sup> En esta hipótesis se dice que la ley se aplica preteractivamente, pues ya no se encuentra vigente. Como puede apreciarse, con el empleo de esta voz se quiere hacer referencia a los casos que un sector de la doctrina, a nuestro juicio, incorrectamente, denomina “ultraactividad” y que criticamos más arriba.

2. Por otra parte, cabe señalar que a diferencia de lo que sucede con los otros términos analizados en esta parte del trabajo, los cuales giran en torno a la relación existente entre el tiempo de vigencia de la ley y el tiempo en que sucede el hecho al que la ley

<sup>132</sup> Al igual, en todo caso, que las palabras *ultraactividad* e *hiperretroactividad*.

<sup>133</sup> Cfr. SERRANO BUTRAGUENO, *Retroactividad, ultraactividad y extractividad...*, cit., p. 1: “existirá *extractividad* cuando a unos hechos delictivos se apliquen fragmentariamente o *extractadas*, al resultar lo más favorable para el reo, normas de uno y otro Código de forma simultánea” (la negrita en el original).

<sup>134</sup> Aunque tampoco estos términos se encuentran incorporados en la última edición del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española.

<sup>135</sup> Así, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *La aplicación de la ley penal derogada*, cit., p. 11; EL MISMO, *La aplicación de la ley penal más favorable*, cit., p. 34.

se aplica, la expresión *preteractividad* gira alrededor de la relación que hay entre el tiempo de vigencia de la ley y el tiempo en que se dicta la resolución judicial que aplica la ley a un hecho. De este modo, la aplicación preteractiva de una ley puede tener lugar con efecto activo —cuando se aplica a un hecho ocurrido durante su vigencia— o retroactivo —cuando se aplica a un hecho sucedido antes de su entrada en vigor.<sup>136</sup>

<sup>136</sup> Este último es el caso de las llamadas leyes penales intermedias, que analizaremos más adelante. Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *La aplicación de la ley penal derogada*, cit., pp. 10 y s.; EL MISMO, *La aplicación de la ley penal más favorable*, cit., pp. 33 y ss.