

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

**Catedrático de Derecho Penal
Universidad Pompeu Fabra. Barcelona**

Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las "Leyes en Blanco"(1)

(1) Comunicación presentada a las Jornadas "Hacia un Derecho penal económico europeo", celebradas en Madrid del 14 al 17 de octubre de 1992. Este trabajo se enmarca en el proyecto "Responsabilidades penales por delitos cometidos en el marco de la empresa: criterios de política legislativa", financiado por la DGICYT del Ministerio de Educación y Ciencia [PB91-0852 - C02-01]

I. INTRODUCCIÓN.

1. La vigencia de las leyes penales en el tiempo se halla presidida por el principio de irretroactividad (2). Este principio, que en España, además, ostenta rango constitucional (3), responde a innegables exigencias de seguridad jurídica y, por tanto, de garantía de las libertades individuales, que se verían afectadas si el sujeto pudiera ser sancionado por una ley que no

(2) Cfr. de modo general *Suarez Collia, El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Madrid 1991. En la doctrina jurídico-penal, por todos, *Mir Puig, Derecho Penal PG*, 3ª ed., Barcelona 1990, p. 92; *Cerezo Mir, Curso de Derecho penal PG*, 3ª ed., Madrid 1985, p. 177; *Cobo/Vives, Derecho penal PG*, 3ª ed., Valencia 1990, p. 151. Es éste el punto de vista dominante. Una perspectiva diversa es la seguida por *Tiedemann, "Zeitliche Grenzen des Strafrecht"*, en *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für K. Peters zum 70. Geburtstag*. Tübingen 1974, pp. 193-208, p. 197, para quien el principio lo constituye la aplicación por el juez del Derecho vigente en el momento de la sentencia (la *retroactividad*, por tanto), salvo que tal aplicación contravenga principios fundamentales (como, por ejemplo, la seguridad jurídica); esto último impediría la retroactividad de las disposiciones favorables. Según todo ello, la retroactividad constituiría el principio y la irretroactividad la excepción, lo que tendría importantes consecuencias en la materia que examinaremos a continuación. Sin embargo, la tesis de *Tiedemann*, que no es acogida por la opinión dominante en Alemania, es todavía de más difícil aplicación al caso español, en donde la retroactividad de las leyes posteriores favorables se extiende incluso a los casos en que existe ya una sentencia firme y el reo está cumpliendo condena, no pudiendo explicarse, pues, como la mera muestra de la aplicación por el juez del Derecho vigente en el momento de dictar sentencia.

(3) Existe una cierta tradición en cuanto a la consagración constitucional del principio de irretroactividad de las disposiciones punitivas. Al respecto, ya en la Constitución de Maryland de 1776 se establecía "*that retros-*

pudo tener en cuenta en el momento de realización del hecho (4). También abona la existencia de este criterio el propio principio de culpabilidad, entendido en el sentido de exigencia de una posibilidad de motivación del sujeto en el momento del hecho; pues resulta obvio que el sujeto no pudo motivarse por una ley que todavía no existía o, en todo caso, no en esa configuración, al iniciarse la comisión del mismo (5).

Por su oposición a esta tradición, resulta llamativo que Binding se significara por sostener -como principio- el de la retroactividad de las modificaciones de las "leyes penales" (Strafgesetze), incluso de las desfavorables para el reo, siempre que se mantuviera una continuidad en la "norma" (Norm) (6). La idea central de este planteamiento es la de que el delincuente que infringe una norma no tiene derecho alguno a que

pective laws punishing facts committed before the existence of such laws, and by them only declared criminal, are oppressive, unjust and incompatible with liberty"; por su parte, el art. 14 de la Constitución francesa de 1793 se disponía que "la loi qui punirait des délits commis avant qu'elle existât, serait une tyrannie; l'effect rétroactif donné à la loi serait un crime". Posteriormente, en el Derecho comparado se hacen frecuentes referencias similares. Así, por ejemplo, en el art. 103, II de la Ley Fundamental de Bonn, o en el art. 25,2º de la Constitución italiana.

(4) Cfr. así, por todos, *Cerezo, Curso*, 3ª ed., p. 178; *Cobo/Vives, Derecho penal PG*, 3ª ed., p. 152, *Hassemer, Fundamentos del Derecho penal* (trad. y notas Muñoz Conde / Arroyo Zapatero), Barcelona 1984, p. 320; *Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts AT*, 4ª ed., Berlin 1988, p. 123; *Fiandaca / Musco, Diritto penale PG*, Bologna 1985, p. 35. De modo específico, *Ruiz Antón*, "El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la Jurisprudencia", *Poder Judicial. Número especial VI*, 1989 (Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas), pp. 95-107, p. 96 y 97.

(5) En este sentido, *Hassemer, Fundamentos*, p. 320: una ley así no podría cumplir su función como norma de determinación; *Jescheck, Lehrbuch*, 4ª ed., p. 123.

(6) Cfr. la detallada argumentación en *Binding, Die Normen und ihre Übertretung, tomo I, Normen und Strafgesetze*, 3ª ed., Leipzig 1916, pp. 167-184, rechazando incluso (p. 173) que razones de equidad puedan impedir la aplicación del nuevo Derecho, más desfavorable. La única excepción que admite viene constituida por los supuestos en que se produce un cambio de circunstancias, y la nueva ley desfavorable responde al mismo (estado de guerra, sitio, etc); en ellos, procede aplicar el Derecho anterior a los hechos anteriores y el posterior a los posteriores (p. 180).

se le apliquen las consecuencias jurídicas legalmente establecidas en el momento de la infracción (7). Así pues, habiendo infracción de una norma establecida de modo previo a la comisión del hecho, aspecto éste que resalta Binding (8), procede aplicar la ley penal vigente en el momento del juicio (9).

2. De conformidad con este principio general garantístico, la Constitución, en su art. 9,3º, establece, entre otras cuestiones, “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”, y en el art. 25, 1º se sienta de modo explícito que “nadie podrá ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. De este modo queda consagrada en nuestro Ordenamiento la exigencia de una “lex praevia”, aspecto éste que, por lo demás, venían admitiendo de modo unánime doctrina y Jurisprudencia, con el apoyo del propio Código penal, que, en su art. 23, dispone que “no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior a su perpetración”.

3. En cualquier caso, el principio general de irretroactividad de las leyes penales cuenta con una significativa excepción. Se trata de la admisibilidad de la aplicación retroactiva de las disposiciones favorables al reo, cuyo fundamento reside en razones político-criminales que *Cobo y Vives*, por ejemplo, -y con acierto, a mi juicio- reconducen a las exigencias del principio de prohibición de exceso (10). Por mi parte estimo,

(7) *Binding, Normen*, I, 3ª ed., p. 175, 177.

(8) Cfr. *Binding, Normen*, I, 3ª ed., p. 173.

(9) Dada la desobediencia a una norma previa, “la decisión acerca de si a la infracción deben atribuirse consecuencias jurídicas o no, y cuáles en concreto, es cuestión exclusiva del Estado”: *Binding, Normen*, I, 3ª ed., p. 174.

(10). *Cobo/Vives, Derecho penal PG*, 3ª ed., p. 152. Cfr. también *F.-C. Schroeder*, “Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze”, en *Festschrift für P. Bockelmann zum 70. Geburtstag, München* 1979, pp. 785-799, p. 789. La doctrina dominante suele apelar a consideraciones de “justicia”: cfr., por

en efecto, que la aplicación retroactiva de normas que *eliminan* la punibilidad de un hecho o de normas que, al menos, la *disminuyen* no puede responder sino a una consideración: En el primer caso, a la apreciación, obvia, de que, para el Ordenamiento de que se trate, la pena impuesta anteriormente no cumple ya efecto alguno de prevención general ni de prevención especial. Tal extremo se prueba por la exclusión del ámbito de lo punible del hecho cuya nueva comisión en el futuro aquélla pretendía evitr. La previamente impuesta es, por tanto, una pena que se revela innecesaria y, por ello, inadmisibile (11). En el segundo caso, la nueva norma, al proceder a una reducción de la sanción penal, prueba que la concreta intensidad de la pena impuesta bajo el régimen anterior no es precisa para mantener la eficacia preventivo-general y preventivo-especial del sistema; se trata, por tanto, de una pena excesiva. Así las cosas, el mantenimiento de una pena que el Ordenamiento jurídico considera innecesaria o excesiva en orden a los fines que ese ordenamiento ha de cumplir sólo podría justificarse en la mera retribución del hecho pasado (12). Pero, en tal caso, habría que concluir la vulneración del principio constitucional de prohibición de exceso, y la consiguiente inadmisibilidat de la intervención penal o de esa medida concreta de la intervención. De esta conclusión, acogida también por doctrina y Jurisprudencia, se hace eco el art. 24 CP, al disponer que “las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse

ejemplo, *Rodríguez Mourullo, Derecho penal PG*, *, Madrid 1978, p. 133. Otros, en cambio, estiman decisivas las consideraciones humanitarias (cfr., críticamente, *Cerezo, Curso*, 3ª ed., p. 184).

(11). Cfr., en sentido similar, *Bustos, Manual de Derecho penal PG*, 3ª ed., Barcelona 1989, p. 86: Se trata del principio de *necesidad de pena*.

(12). Cfr. *Hassemer, Fundamentos*, p. 321, donde pone de relieve que la aplicación retroactiva de las leyes más favorables quizá perturbe la necesidad de retribución o venganza, pero no la confianza general en la Administración de justicia, “como una institución de control social, que cuando castiga a alguien lo hace de un modo ponderado y no arteramente”. Es una argumentación en términos de prevención general positiva o integradora.

aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena”.

4. Pese a la aparente claridad de las proposiciones anteriores, lo cierto es que el principio de irretroactividad y la excepcional retroactividad de las leyes penales han dado lugar a diversos supuestos problemáticos. Así, sobre todo en relación con la hipótesis de la aplicación retroactiva de las leyes favorables, se ha discutido extensamente acerca de en qué casos cabe apreciar una auténtica “sucesión de leyes”, y siguen siendo polémicos, por ejemplo, los supuestos de la ley intermedia o la ley temporal, entre otros muchos. Sobre todo ello no es posible entrar aquí de modo detallado. En cambio, trataremos de examinar con cierto detenimiento los rasgos problemáticos de otra cuestión que ha merecido alguna discusión; se trata de la relativa a cómo se comportan las leyes en blanco en relación con los principios, general y excepcional, mencionados, dada la evidente peculiaridad estructural de las mismas.

5. Ciertamente, una de las características más significativas de las leyes penales en blanco, aunque, como luego se verá, no sólo de ellas, es, en palabras de *Antón Oneca*, la de “...que el contenido puede sufrir modificación (...) manteniéndose el Código intacto” (13). O, en la expresión retórica de *Binding*, que la “prohibición puede cambiar completamente a lo largo del período de vigencia de la ley penal, de manera que, de conformidad con una misma ley penal, lo que ayer era una obligación mañana constituye delito, y lo que ayer costaba hasta dos años de prisión mañana es una obligación” (14). Con tales manifestaciones se pretende poner de relieve que, en las “leyes penales en blanco”, se da la posibilidad de que, sin una variación formal, aparente, de los términos del tipo penal, su contenido resulte modificado, bien en términos más restrictivos de la libertad individual, bien en términos ampliatorios de la misma; ello, por la modificación de la *normativa extra-*

(13). *Antón Oneca, Derecho penal, I, PG*, Madrid 1949, p. 89.

(14). *Binding, Normen*, I, 3ª ed., p. 162. Cfr. también p. 185.

penal (15) de referencia. Dada esta circunstancia, se trata de decidir, por un lado, si una modificación de la normativa extrapenal que amplíe el ámbito de responsabilidad puede aplicarse, a través de la ley penal en blanco, a hechos cometidos con anterioridad a la misma. Y, por otro lado, a la inversa, si una modificación de tal normativa que restrinja el ámbito de lo punible puede aplicarse a hechos cometidos, e incluso enjuiciados, con anterioridad a su producción (16). La cuestión, obviamente, es la determinación del grado de incidencia de los mencionados principios sobre las fuentes “indirectas” del Derecho penal: así, en el caso que aquí interesa, sobre las normas extrapenales que complementan los tipos penales en blanco (17).

6. En cualquier caso, el problema de la retroactividad e irretroactividad en las leyes penales en blanco no reviste carácter excepcional, sino que se inserta en un contexto bastante más amplio, en el que se ven afectados los “equivalentes funcionales” de esta figura y otros supuestos próximos (18). En realidad, la problemática es común a todos los casos en

(15). Esa normativa podría ser eventualmente una “normativa penal”; por ejemplo, en las remisiones internas, o en las remisiones de una ley penal a otra de la misma naturaleza. En lo que sigue, aludiremos en general a la “normativa extrapenal”, por ser ésta la que más típicamente resulta ser objeto de remisión en las leyes penales en blanco. Pero las afirmaciones sentadas valdrán, naturalmente, también para los casos de remisión a una normativa penal de complemento.

(16). Como se observa, ambos problemas se refieren a las posibles modificaciones -indirectas- de la descripción del tipo punible. No, en cambio, a posibles modificaciones de la conminación penal típica, aspecto en el que rigen perfectamente los principios generales, dada la ausencia de peculiaridades, en este punto, de las leyes penales en blanco.

(17). Pero también sobre las mismas normas extrapenales que proporcionan el contenido de sentido a los elementos normativos jurídicos: Cfr., por ejemplo *Fiandaca / Musco, Diritto penale*, p. 40. Entre otros casos: convenciones y usos sociales que afectan al contenido de los elementos normativos sociales, etc.

(18). Sobre ello, *Silva Sánchez, La ley penal en blanco: concepto y cuestiones jurídico-políticas*, Mecanografiado inédito de 221 págs. Barcelona 1990.

que, por la “normatividad”, vaguedad o porosidad de un determinado elemento típico, caben significativas variaciones de su contenido (de su *extensio* conceptual) sin que varíe formalmente el texto legal (19) y sin producirse, por tanto, el supuesto que normalmente plantea los problemas de retroactividad e irretroactividad: la derogación o modificación de los *textos* de las leyes penales.

II. LA CUESTIÓN DE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LAS MODIFICACIONES FAVORABLES AL REO DE LAS NORMAS EXTRAPENALES (*AUSFÜLLUNGSGESETZE*) QUE COMPLEMENTAN A LAS LEYES PENALES EN BLANCO.

II. a). *Introducción*

Como es sabido, el recurso por parte del legislador penal a la figura de la “ley penal en blanco” se justifica, con independencia de otras razones de índole política, por una razón técnica: la necesidad de evitar el rápido anquilosamiento, la petrificación de la ley penal en materias que se ven sometidas, por la evolución social y económica, a rápidos y bruscos cambios. Dado que la normativa penal, por su peculiar naturaleza, no se presta a ser sometida a continuas reformas, el legislador penal procede a dejar en manos de otras esferas competentes “*ratione materiae*” (p. ej. ciertas autoridades administrativas) la determinación del ámbito concreto de su incidencia, remitiendo a normativas extrapenales de complemento que integran y precisan el supuesto de hecho de la ley penal. Con independencia de las críticas jurídico-políticas que ello pueda merecer, y en las que no podemos detenernos ahora, ello explica que el recurso a la legislación penal “en blanco” sea especialmente intenso en el ámbito del Derecho penal socio-económico, en el que la materia objeto de regulación, por su propia naturaleza, es significativamente más variable que el núcleo tradicional del Derecho penal. Pero, asimismo,

(19). Cfr. *Bustos, Manual PG*, 3ª ed., p. 85-86.

esa mayor variabilidad de la materia y la consiguiente necesidad de una continua modificación de las regulaciones extrape-nales de complemento determina que la legislación penal en blanco de contenido socio-económico constituya un campo especialmente abonado para el planteamiento de problemas de sucesión en el tiempo de normativas diversas y, consiguientemente, de problemas en relación con los principios de irretro-actividad y de retroactividad de las disposiciones favorables.

Un ejemplo reciente lo tenemos, en España, en el ámbito de las transacciones económicas con el exterior, en el que se ha pasado de un régimen de control (con amplia puni-bilidad de las infracciones) a otro de liberalización (que res-tringe sustancialmente el ámbito de lo punible). Como es sabi-do, el art. 6 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, modificada por Ley Orgánica 10/1983, de 16 de agosto, establece los supuestos de delito monetario sirviéndose, para la definición del tipo, de una fórmula "en blanco" cual es la de que el hecho en cues-tión se cometa "contraviniendo el sistema legal de control de cambios". Pues bien, el Real Decreto 1.816/1991, de 20 de diciembre, sobre transacciones económicas con el exterior y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 27 de diciembre de 1991, por la que se desarrolla el referido Real Decreto, han producido una amplia liberalización en el siste-ma español de control de cambios. Así, en la práctica, la única operación que eventualmente podría ser constitutiva de delito monetario sería la *exportación, sin autorización administrati-va previa, de moneda metálica, billetes de banco o cheques bancarios al portador por cuantía superior a cinco millones de pesetas por persona y viaje* (20). Ello plantea, obviamente,

(20). Aparte queda la posibilidad, establecida por el art. 3 del R. D. 1816/1991, de que en el futuro puedan adoptarse otros controles o restriccio-nes; son las llamadas "cláusulas de salvaguardia". Sobre todo ello, cfr. la excelente exposición de *Alvarez Pastor / Eguidazu*, "El sistema español de control de cambios", en *Papeles de Economía Española*, Suplementos sobre el sistema financiero, 38, 1992, pp. 7-29, en especial, p. 26 y 27.

la cuestión de si debe aplicarse retroactivamente a los casos correspondientes la norma penal en blanco resultante de la integración del tipo existente (art. 6 de la L. 40/1979 modificada por la L. O. 10/1983) con la nueva normativa extrapenal de complemento (art. 1º, 3º, 4º y 5º del R. D. 1816/1991).

El de la aplicación retroactiva de las modificaciones favorables al reo es el supuesto realmente problemático. En efecto, en la doctrina no parece existir discusión acerca de que las modificaciones de las normas extrapenales que completan una ley penal en blanco teniendo un sentido ampliatorio de la punibilidad no son aplicables retroactivamente. Opera aquí, por tanto, sin mayores problemas, el principio general de irretroactividad (21). En cambio, sí ha sufrido algunas variaciones la solución dada al problema de la eventual aplicación retroactiva de las modificaciones en sentido restrictivo de la punibilidad experimentadas por las referidas normas extrapenales. En términos esquemáticos, cabe señalar que inicialmente se registra una postura contraria a su aplicación retroactiva. Posteriormente, una postura genéricamente favorable. En la actualidad, por último, dentro de un marco general favorable a la aplicación retroactiva, se desarrollan tesis diferenciadoras que, de algún modo, suponen un cierto retroceso hacia las posiciones anteriores. A continuación se examinarán estos extremos de modo detallado y con las matizaciones pertinentes.

II. b) *La tesis tradicional*

1. Resulta posible afirmar que la doctrina clásica en esta materia se mostraba mayoritariamente contraria a la aplicación retroactiva de las modificaciones favorables al reo producidas en las leyes penales en blanco a consecuencia de una variación de la normativa extrapenal objeto de remisión. Es

(21). Cfr. Bustos, *Manual PG*, 3ª ed., p. 85; Cerezo, *Curso*, 3ª ed., p. 180. En Alemania, por todos, Schmidhäuser, *Strafrecht AT, Studienbuch*, Tübingen 1982, cap. 3 / 57; Baumann / Weber, *Strafrecht AT*, 9ª ed., Bielefeld 1985, p. 124; Stratenwerth, *Strafrecht AT*, I, 3ª ed., Köln 1981, p. 43, n° marg. 77.

ésta, en efecto, la postura tradicional en la Jurisprudencia de la *Corte di Cassazione* italiana (22) y, en Alemania, se corresponde con la jurisprudencia sentada por el *Reichsgericht* (23), seguida por los Tribunales inferiores e incluso por algún pronunciamiento inicial del *Bundesgerichtshof* (24). Para fundamentar tal conclusión, se recurría a una pluralidad de argumentos, algunos de ellos muy influidos por la teoría de las normas de *Binding*. Así, por ejemplo, a la distinción entre normas y leyes penales. En efecto, desde este punto de vista, se entendía que la expresión “leyes”, empleada en el § 2 StGB (25) para aludir a la aplicación retroactiva, debía ser interpretada como alusiva a las “leyes penales”, pero no a las “normas”; en conclusión, sólo podría aplicarse retroactivamente una modificación de las leyes penales favorable al reo, pero no una modificación de las “normas” (que, como es sabido,

(22). Cfr. *Picotti*, en *Bricola/Zagrebel'sky, Giurisprudenza sistematica di Diritto penale. Codice penale*, PG, Torino 1984, p. 63, indicando que, en el caso italiano, tal postura resulta contradictoria con la asimilación que se efectuaba entre esa normativa extrapenal y la puramente penal a efectos de error.

(23). De todos modos, no está claro que siempre se haya inclinado este Tribunal por la no -aplicación retroactiva, Cfr. *Kohlrausch*, “Die strafrechtliche Rückwirkung einer außerstrafrechtlichen Gesetzesänderung”, *ZStW* 23 (1903), pp. 41-63, p. 48 y ss., y p. 54, indicando que a veces se optó por criterios distintivos (motivo del legislador: cambio valorativo o variación fáctica). Vid. también la referencia de *Mezger, Tratado de Derecho penal*, tomo I, (nueva edición, revisada y puesta al día por el traductor Rodríguez Muñoz), Madrid 1955, p. 117, a algún intento diferenciador.

(24). Sobre esta postura, cfr., por ejemplo, críticamente *Mezger, Tratado*, I, p. 116 y ss; *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 12ª ed., München/Berlin 1965, § 2 n° marg. 49. También la exposición sucinta de *Mohrbotter*, “Garantiefunktion und zeitliche Herrschaft der Strafgesetze am Beispiel des §250 StGB”, *ZStW* 88 (1976), pp. 923-959, p. 954-955. Hay que señalar que, en el caso del *Reichsgericht* [y a diferencia de lo señalado en la nota anterior a propósito de la jurisprudencia italiana], esta tesis resulta absolutamente coherente con la sostenida en materia de error, según la cual el “error de Derecho extrapenal” se sustraía al principio general de irrelevancia del “error iuris”, excluyendo la culpabilidad dolosa del sujeto. Pone de relieve la relación entre ambos aspectos de la doctrina del *Reichsgericht*, *Kohlrausch*,

según la teoría de *Binding*, no pertenecen al Derecho penal, sino al Derecho público general) (26).

2. Si el anterior argumento, construido sobre la distinción entre “*Normen*” y “*Strafgesetze*” reviste, por lo demás, una configuración básicamente formalista, también es cierto que en la jurisprudencia de la época debieron de influir otras consideraciones más profundas, de índole material. Así, concretamente, la tesis de que la esencia del injusto, de modo muy especial en las leyes en blanco, radica en la desobediencia a la norma, con independencia del contenido de la misma. En las leyes en blanco, por ceñirnos ahora a este supuesto, la norma, constituida de modo puramente formal, obliga a cumplir lo dispuesto en las leyes y reglamentos vigentes sobre una determinada materia, prescindiendo de su alcance y contenido concreto. Pues bien, a partir de estas premisas resulta consecuente sostener que las variaciones favorables al reo producidas en el contenido de las disposiciones objeto de remisión por la ley penal en blanco no dan lugar a una aplicación retroactiva. En efecto, esas variaciones no afectan en nada el juicio según el cual se constata que en su momento se infringió la norma (la que prohíbe infringir las leyes y reglamentos que disciplinan determinada materia) y que dicha norma continúa inalterada. La cuestión no es ya, pues, que con las modificaciones que ahora nos ocupan no se incida sobre la “ley penal”

(25). En el Código de 1871, en el § 2 Abs. 2 (En caso de diversidad de las leyes desde el tiempo de comisión de la acción hasta el de su enjuiciamiento, se aplicará el más favorable); actualmente, en el § 2 Abs. 3 (Si la ley vigente en el momento de la consumación del hecho es modificada antes de la sentencia, se aplicará la más favorable).

(26). Sobre el argumento, *Mezger, Tratado*, I, p. 116; críticamente, p. 117-118: “ley” es el total estado jurídico en que descansa la punibilidad; en él se incluyen las disposiciones que complementan a las leyes penales en blanco. Si una modificación de las mismas repercute en una atenuación, es de aplicación el § 2. También, por ejemplo, la Sentencia del BGH de 8 de enero de 1965, en *JZ* 1965, p. 323, indicando que la tesis del RG es inaceptable por hacer depender la cuestión de la retroactividad de la ley favorable del azar de la técnica legislativa.

sino sobre la “norma”; sucede, más bien, que ni siquiera afectan a la norma, en tanto que puro mandato genérico de obediencia, y por ello no hay fundamento alguno para la retroactividad (27).

3. De naturaleza diversa, y propiciando soluciones más bien distintivas en cuanto a la aplicación retroactiva de las leyes en blanco por variación favorable al reo de la normativa objeto de remisión, resulta, en cambio, otro argumento, desarrollado en esta misma época por *Kohlrausch* (28), y que, según pone de relieve *Mezger* (29), también tuvo influencia sobre el *Reichsgericht*. Su punto de partida se halla en la consideración de que las normas penales no establecen por sí mismas sus “objetos de protección” (*Schutzobjekte*), sino que se limitan a prestar protección penal (*schützende Normen*) a bienes jurídicos definidos fuera de las mismas, en otros sectores del Ordenamiento jurídico. Sentado esto, se considera que el “§ 2 StGB se refiere sólo -a efectos de su eventual aplicación retroactiva- a modificaciones favorables de las normas protectoras, que son las que merecen realmente el apelativo de “leyes penales”; no, en cambio, a variaciones que afecten a la configuración del bien jurídico. Esta tesis permitía, como el propio *Kohlrausch* indica expresamente (30), la aplicación retroactiva en algunos casos de modificación de la normativa extrapenal objeto de remisión por la ley en blanco; sin embargo, continuaba rechazando la aplicación retroactiva en la mayoría de casos de modificaciones de normativas extrapenales que concretaban el sentido de los elementos típicos de contenido jurídico.

(27). Cfr. *Binding, Normen*, I, 3ª ed., p. 185-186.

(28). Cfr. *Kohlrausch, ZStW* 23 (1903), p. 57 y ss.

(29). *Mezger, Tratado*, I, p. 116 y 117.

(30). *Kohlrausch, ZStW* 23 (1903), p. 61.

II. c) *La tesis favorable a la aplicación retroactiva*

1. La tesis que, de modo contrario a lo establecido por el *Reichsgericht*, entiende que, en principio, las modificaciones favorables al reo experimentadas por las leyes penales en blanco a consecuencia de variaciones de las "*Ausfüllungsgesetze*" (normas extrapenales de complemento) deben tener una aplicación retroactiva se ha ido consolidando en la posguerra como doctrina dominante. En este sentido, al menos, se ha venido pronunciando la doctrina de lengua alemana más característica así como, desde luego, cuantos autores se han manifestado sobre el tema -casi siempre sucintamente- en nuestro país. También, una jurisprudencia constante, tanto alemana (31), como italiana (32) y española. En este sentido, es conveniente citar aquí la STS de 26 de septiembre de 1983 (A. 4583), ponente Sr. Huerta y Alvarez de Lara, que expone de modo claro las premisas de la referida toma de posición:

(31) Son muy significativas, por cambiar definitivamente la tendencia jurisprudencial, las Sentencias del BGH de 1 de marzo de 1960 [BGHSt 14, 156] y de 27 de octubre de 1964 [BGHSt 20, 177], específicamente dedicada al tema de las leyes penales en blanco y la retroactividad. Cfr. también la sentencia de 8 de enero de 1965-2 StR 49/64: "*Anerkanntermaßen kommt es für die Frage nach dem mildesten Gesetz auf dem gesamten Rechtszustand an, von dem die Strafe abhängt*". Sentencias interesantes de los Tribunales inferiores son, por ejemplo, la del OLG Düsseldorf de 7 de mayo de 1969 (2 Ss 144/69), publicada en la *NJW* de 1969, p. 1679-1680; o la del OLG Bremen de 12 de agosto de 1964 (Ss 84/64), publicada en la *NJW* de 1964, pp. 2261-2263.

(32) Cfr. al respecto *Picotti*, en *Giurisprudenza sistematica*, PG, p. 65: últimamente, la *Corte di Cassazione* tiende a interpretar el art. 2, 3º del Código penal de aquel país como comprensivo de las leyes penales, de las leyes extrapenales a que aquéllas se remiten expresamente, e incluso de otras disposiciones extrapenales que son un presupuesto indispensable del precepto penal o determinan su contenido sustancial de moto total o parcial. La normativa italiana en materia de retroactividad se contiene en los arts. 2,2º y 2,3º CP. El primero dispone que "nadie puede ser sancionado por un hecho que, según una ley posterior, no constituye delito..." y el segundo, que "si la ley del tiempo en que fue cometido el delito y las posteriores son distintas, se aplicará aquélla cuyas disposiciones sean más favorables al reo, salvo que haya recaído una sentencia irrevocable".

“...por ley penal, a efectos del art. 24 CP, debe entenderse todo precepto del cual resultan consecuencias penales. Por tanto no sólo los que se refieren a la pena o definen figuras concretas del delito, sino también los de otras ramas jurídicas que dan contenido a las llamadas leyes penales en blanco; son modificaciones extrapenales de la ley penal, pues forman parte del conjunto de presupuestos de los que depende la pena. La modificación puede aumentar o restringir el ámbito de la tutela penal, dando mayor o menor amplitud al precepto a partir del momento en que la modificación se produce; en rigor estamos en presencia de una ley nueva a la que es de aplicación lo prevenido en el art. 24 CP (...) criterio unánime en la doctrina recogida en SS 13 Dic. 1966, 26 Jun. 1963, 8 Nov. 1963, 9 Mar. 1964” (33).

Así pues, siempre que la modificación de la norma extrapenal redunde en una reducción del ámbito de lo penalmente típico, se estima que nos hallamos ante la “*mildestes Gesetz*” y procede, en consecuencia, su aplicación retroactiva (34). Esta conclusión se entiende aplicable no sólo a las “leyes penales en blanco” y sus “normas de complemento”, sino que

(33)Cfr. también STS 4 de abril de 1984, ponente Sr. Moyna Ménguez: “...el principio expresamente formulado en el art. 24 CP, que alcanza en sus efectos a las disposiciones no penales llamadas a integrar una disposición penal...”; o la de 25 de septiembre de 1985, citada por Ruiz Antón, *Poder Judicial Número especial VI*, p. 101 nota 21. En materia de Derecho administrativo sancionador, cfr. STS, Sala 4ª, de 16 de mayo de 1988, ponente Sr. Delgado Barrio.

(34)Sobre el origen de este punto de vista en autores clásicos, como Abegg, Goldammer y v. Liszt, cfr. *Kohlrausch*, *ZStW* 23 (1903), p. 44. En la doctrina alemana posterior cfr., por ejemplo, *Mezger, Tratado*, I, p. 118; *Maurach, Tratado de Derecho penal* (trad. Córdoba Roda), Barcelona 1962, tomo I, p. 144; *Schönke/Schröder*, 12ª ed., § 2 nº marg. 49; *Welzel, Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin 1969, p. 25; *Tiedemann, Peters-FS*, passim; la exposición de *Mohrbotter*, *ZStW* 88 (1976), p. 956-957; *Tröndle*, en *Jescheck/Ruß/Willms* (ed.), *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., Berlin 1978, § 2 nº marg. 7; *Eser, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 21ª ed., München 1982, § 2 nº marg. 23; *Schmidhäuser*, *At*, 3/57; *Bockelmann/Volk, Strafrecht AT*, 4ª ed., München 1987, p. 17; *Jescheck, Lehrbuch*, 4ª ed., p. 125

se extiende a todos los casos en que otra norma integra -por ejemplo, por la vía de los elementos normativos jurídicos- el contenido de un tipo penal (35). Así, algunos autores, de acuerdo con cierta jurisprudencia, llegan incluso a afirmar expresamente que la despenalización de un hecho antes delictivo produce automáticamente la impunidad de la acción de encubrimiento del mismo, por aplicación retroactiva del nuevo contenido del tipo de encubrimiento, que se ve obviamente afectado por el campo de significación del término típico “delito” (o “hecho punible”) (36).

2. Contra la anterior conclusión de aplicación retroactiva de las modificaciones, en sentido favorable al reo, de las leyes en blanco por variación de sus “normas de complemento” cabría, como *Córdoba* ha puesto de relieve, alegar que tales normas no pasan a formar parte integrante de la ley penal. Sin embargo, tal posibilidad, que conduciría a una con-

nota 44; *Lackner, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 17ª ed., München 1987, § 2 nº marg. 3 a) aa). Con importantes matices que luego analizaremos, *Eser*, en *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 23ª ed. München 1988, § 2 nº marg. 26 y 27; entre otros. En la doctrina española, por todos, *Córdoba*, Notas al Tratado de Maurach, tomo I, p. 144, nota 33; *Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho penal*, tomo II, 4ª ed., Buenos Aires 1964, p. 661-662, pero luego hace alguna matización respecto a ciertos tipos de modificaciones de la normativa que concreta los elementos típicos de contenido jurídico; *Casabó*, en *Córdoba/Rodríguez Mourullo/Del Toro/Casabó, Comentarios al Código penal*, tomo II, Barcelona 1972, p. 50, con citas jurisprudenciales, aunque establece una excepción que después examinara; *Rodríguez Mourullo, PG*, *, p. 136; *Bustos, Manual PG*, 3ª ed., p. 85-86, con citas en el mismo sentido de Rodríguez Devesa y Antón Oneca; *Cerezo, Curso*, 3ª ed., p. 180 y nota 20, con abundantes referencias jurisprudenciales y citas de, entre otros, Quintano o Sáinz Cantero, etc; *Ruiz Antón, Poder Judicial Número especial VI*, p. 101-102. Cfr., por lo demás, *Mir, Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona 1976, p. 30.

(35) Cfr. por ejemplo, *Bustos, Manual PG*, 3ª ed., p. 86; *Ruiz Antón, Poder Judicial Número especial VI*, p. 101-102.

(36) *Welzel, Strafrecht*, 11ª ed., p. 25; *Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Teilband 1.*, 7ª ed., Heidelberg 1987, p. 156, nº marg. 15, refiriéndose a la “simulación de un delito”, por ejemplo, esto es, a otras situaciones en las que el término “delito” es elemento típico.

cepción sancionatoria del Derecho penal y a una configuración formalista de lo injusto anclada en la mera desobediencia, no es de recibo desde la teoría dominante en la actualidad. Así pues, se hace difícil oponer alguna consideración a la premisa de que “las leyes situadas fuera del orden penal, si bien en sí mismas, por no constituir leyes penales, no son retroactivas, son retroactivas en cuanto son parte integrante de la ley penal” (37).

II. D) LAS TESIS DIFERENCIADORAS

II. d) aa) *El primer criterio. Las modificaciones debidas a “cambios fácticos”. Relación con el problema de las leyes temporales.*

1. Sin embargo, pese a las afirmaciones que se acaban de sentar, es lo cierto que el criterio doctrinal relativo a la aplicación retroactiva de las modificaciones de las normas extrapenales que restringen el ámbito de lo penalmente típico *siempre parece haber admitido algunas excepciones* (38). Así, por ejemplo, *Maurach* habla de que la aplicación retroactiva no procede en los casos de “posterior derogación de limitaciones al tráfico, como la referente al límite máximo de velocidad en algunas calles” (39). Y, de modo más general, se señala que algunas excepciones a la aplicación retroactiva de la ley en blanco completada por la nueva normativa extrapenal más favorable al reo, se derivan de la posibilidad de que la antigua

(37) *Córdoba, Notas al Tratado de Maurach*, tomo I, p. 144, nota 33.

(38) Las tesis distintivas tienen su origen ya en el S. XIX: cfr. *Kohl-rusch, ZStW* 23 (1903), p. 46 y ss. Sobre su predominio en la doctrina italiana actual, cfr. *Picotti, en Giurisprudenza sistemática*, PG, p. 65-66.

(39) *Maurach, Tratado*, I, p. 144; lo siguen manteniendo *Maurach/Zipf, AT*, 1., 7ª ed., p. 156, nº marg. 15.

normativa extrapenal se configurara -tácitamente, se supone- como “ley temporal”; así, por ejemplo, se incluyen en este caso los supuestos de posterior retirada de señales de tráfico (40).

2. En realidad, sin embargo, tales consideraciones no constituyen, según creo, más que la expresión puntual de un criterio general aplicable a todo tipo de normas, y no sólo a las normas extrapenales integrantes de un tipo penal en blanco o concretizadoras de un tipo con elementos normativos jurídicos. Según el referido criterio, adoptado por algún autor, el principio de retroactividad de las disposiciones posteriores más favorables al reo tendría una excepción: La nueva normativa, más favorable al reo, no sería aplicable retroactivamente cuando su introducción hubiera sido debida a la apreciación de un “cambio de circunstancias”, esto es, a un elemento fáctico. En cambio, dicha nueva “*lex mitior*” gozaría de aplicación retroactiva cuando la introducción de la modificación favorable al reo tuviera su origen en un “cambio en la valoración jurídica”, esto es, es un factor axiológico (41). El referido criterio, observable -como se ha dicho- de modo general en el caso de modificaciones legales en sentido atenuatorio o restrictivo de la punibilidad, encontraría también perfecta aplicación en los supuestos en que la “mitigación” se produce por la vía de la modificación de la “norma de complemento” de la

(40) Cfr. *Schönke/Schröder*, 12ª ed., § 2, nº marg. 49.

(41) Esta tesis, en el fondo, no ha estado nunca ausente de la discusión doctrinal: cfr. ya *Binding Normen*, I, 3ª ed., p. 187, distinguiendo entre derogaciones de normas debidas a “*Mißbilligung*” (desaprobación) de la anterior norma, y debidas a la aparición de “*neue Verhältnisse*” (nuevas circunstancias) y afirmando la retroactividad sólo para el primer caso; hay que reiterar que esta distinción no la aplica a las variaciones de la normativa objeto de remisión por las leyes en blanco, por partir aquí de una subsistencia e identidad de la norma formal de obediencia. En la actualidad se halla, por ejemplo, en *Stratenwerth, AT*, I, 3ª ed., p. 44 nº marg. 80, que distingue entre las modificaciones legales debidas a un “*Wandel der sozialethischen Wertung*” (retroactividad) y a “*tatsächliche Gründe*” (no retroactividad, aunque la nueva normativa sea más favorable al reo).

ley penal en blanco (42). El es precisamente el que explica que, mientras que la aplicación retroactiva de los cambios generales de la normativa extrapenal de referencia (por ejemplo, en materia de tráfico) no halla oposición relevante, sí se manifieste ésta a propósito de las modificaciones habidas en casos concretos; pues, obviamente, se piensa que tales modificaciones en lo concreto (cambio de señales circulatorias, de limitaciones de velocidad en una carretera concreta) pueden deberse, no a un cambio de valoración, sino a variaciones de las circunstancias fácticas (43).

3. Con tales consideraciones, se entrecruzan la polémica relativa a la aplicación retroactiva de las leyes penales en blanco por modificaciones favorables al reo producidas en las “normas de complemento” y la, desde luego, no menos polémica cuestión de las “leyes temporales”. De ahí que convenga exponer las características fundamentales de esta última figura, con la esperanza de poder extraer de ella alguna luz sobre la cuestión que estamos analizando. La “ley temporal” se entiende, por la doctrina dominante en Alemania, ciertamente con una apoyatura legal (44), como una excepción al criterio de aplicación retroactiva de la ley posterior más favorable al reo. La razón aducida es que la sustitución de una ley temporal por otra ley -en general, la normativa ordinaria- responde

(42) Una aplicación concreta de este criterio al ámbito de las leyes en blanco es, según creo, la tesis de *Casabó*, en *Comentarios*, II, p. 51, sobre la modificación en casos concretos de las señales de circulación, al distinguir entre las modificaciones que responden a “razones objetivas” y a “un cambio de valoración”. Críticamente, *Cerezo, Curso*, 3ª ed., p. 180 nota 20: “las disposiciones que aplican de un modo concreto las reglas del Código de Circulación (colocar o quitar una señal de tráfico) son también, sin embargo, disposiciones jurídicas aunque de rango inferior y les son aplicables, a mi juicio, los principios generales de irretroactividad y de retroactividad de la ley favorable”.

(43) Cfr. *Luzón Domingo, Nota a la STS de 13 de diciembre de 1966*, en *RDCirc* 1967, pp. 53-54.

(44) El § 2 Abs. 4 StGB: Una ley que sólo haya de regir durante un cierto tiempo se aplicará a todos los hechos cometidos durante su período de vigencia, incluso después de haber dejado de estar en vigor.

no a un cambio de valoración jurídica, sino a una variación de las circunstancias que en su día llevaron a introducir la regulación temporal. Por tanto, no hay razón para que la nueva normativa, supongamos que más favorable al reo, se aplique retroactivamente a hechos cometidos durante la vigencia de la ley temporal, y, consiguientemente, en circunstancias distintas. En este caso no se daría el fundamento material de la institución de la aplicación retroactiva de la ley más favorable, aparte de producirse efectos negativos sobre la autoridad de la propia ley temporal (45). Las referidas consideraciones se aplican por la doctrina dominante alemana a un concepto amplio de ley temporal en el que no sólo se incluyen las que se fijan a sí mismas un concreto plazo temporal de vigencia, sino también las que contienen una regulación concebida como transitoria, en función de especiales coordenadas temporales (económicas, sociales, etc), e incluso aquellas en las que la necesidad de pena puede decaer por razones fácticas (46). Es decir, que el concepto formal (o restrictivo) de ley temporal deja paso a un concepto de mucho mayor alcance y elabo-

(45) Que, en Alemania, dado el alcance de la retroactividad (no tan amplio como en España, donde alcanza incluso a condenas en cumplimiento), se centran por los autores en el último período de vigencia de la ley temporal, pues los autores sabrían que su enjuiciamiento tendría lugar conforme a la normativa posterior más favorable. Cfr., por todos, *Rudolphi*, en *Rudolphi/Horn/Samson, Systematisches Kommentar zum StGB*, tomo I, AT, 5ª ed., Frankfurt 1986, § 2 n° marg. 14. Críticamente, por ejemplo, *Tiedemann, Peters-FS*, p. 198.

(46) Cfr. por todos, *Rudolphi, SK*, 5ª ed., § 2 n° marg. 15; *Jescheck, Lehrbuch*, 4ª ed., p. 126; *Dreher/Tröndele, Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 44ª ed., München 1988, § 2 n° mar. 13 a; *Eser, Schönke/Schröder*, 23ª ed., § 2 n° marg. 37. De todos modos, hay críticos respecto a este concepto material o amplio de "ley temporal", que estiman que el mismo es incompatible con el sentido de la regulación legal y su necesaria interpretación en favor del reo. Entre ellos se cuentan autores como *Tiedemann, Peters-FS*, p. 202; *Jakobs, Strafrecht AT*, 2ª ed., Berlin/New York 1991, Ap. 4, n° marg. 64; o *Rüping, "Blankettnormen als Zeitgesetze"*, en *NSiZ* 1984, pp. 450-451, p. 451, aunque se reconoce expresamente que la normativa alemana actual y su génesis histórica, en la EGStGB de 1974, apoyan precisamente más bien la concepción amplia de ley temporal.

rado desde perspectivas decididamente materiales (concepto amplio). Así las cosas, no es extraño que la misma doctrina alemana entienda que uno de los grupos de casos más característicos de ley temporal (en sentido amplio) aparece constituido por muchas de las normas que complementan a las leyes penales en blanco y, consiguientemente, por estas últimas (47). En efecto, dichas “*Ausfüllungsgesetze*”, como se ha apuntado, cumplen la función de adaptar el tipo penal a circunstancias sociales o económicas cambiantes en el espacio y en el tiempo. Por tanto, muchas de tales normas serán, por definición, “temporales” en el sentido material del término: dependientes en su variación de la evolución de las circunstancias (48). La conclusión obvia de todo lo anterior es que

(47) Cfr. Por ejemplo, *Rudolphi, SK*, 5ª ed., § 2 n° marg. 15, indicando expresamente que el tema debe comprobarse caso por caso para cada norma de complemento de una ley en blanco; *Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch*, 44ª ed., § 2 n° mag. 13 b, puntualizando claramente que no es que lo sean todas; también *Lackner, Strafgesetzbuch*, 17ª ed., § 2 n° marg. 4, indicando que depende del concreto fin y contenido de cada ley en blanco su consideración como ley temporal o no; en el mismo sentido, y con idénticos matices, *Eser, Schönke/Schröder*, 23ª ed., § 2 n° marg. 37. En la misma línea parece ir la Jurisprudencia, según refiere *Jakobs, AT*, 2ª ed., p. 100 nota 102.

(48) Es importante reiterar que la doctrina dominante alemana rechaza la posibilidad de estimar genéricamente que todas las “*blankettausfüllende Normen*” (normas de complemento) pertenecientes a un determinado ámbito (por ejemplo, el Derecho tributario) sean leyes temporales: lo refleja *Rudolphi, SK*, 5ª ed., § 2 n° marg. 15. La cuestión es importante, precisamente para las leyes en blanco que se complementan con disposiciones provenientes del Derecho tributario, pues el principal campo de discusión en Alemania del tema de las leyes temporales en sentido amplio y su carácter de excepción a la aplicación retroactiva de las normas favorables ha venido constituido por el tema de la trascendencia fiscal, como desgravaciones, de las donaciones a los partidos políticos. En efecto, en virtud de la llamada *Parteienfinanzierungsgesetz* de 22 de diciembre de 1983 se incrementó de modo importante la medida en que era posible incluir las donaciones a los partidos políticos como gastos deducibles a efectos tributarios. A efectos penales, lo trascendente era determinar la posibilidad de aplicar retroactivamente la nueva configuración del tipo penal de defraudación tributaria (§ 370 AO) debida a la modificación favorable al reo de la normativa extrapenal de referencia. El tema es complejo y ha sido analizado, desde perspectivas diferentes y con importantes discrepancias (unos se inclinan por la ley temporal, otros por la aplicación retroacti-

las leyes en blanco cuyos “complementos” respondan efectivamente a este esquema no serán susceptibles de aplicación retroactiva en caso de modificación favorable al reo de tales complementos. Pues tal modificación responderá, no a un cambio de valoraciones jurídicas, sino a un cambio de circunstancias, dándose, pues, en realidad, lo que podríamos denominar una “sucesión de leyes temporales”.

4. Resulta innegable que esta postura tiene argumentos en su favor, si se atiende exclusivamente a la “función” de la institución de la retroactividad de la ley más favorable. En efecto, si la morigeración introducida por la nueva normativa tiene como causa, no un cambio de la valoración jurídica, sino una mera variación en las circunstancias, el rechazo de la aplicación retroactiva de tal normativa más favorable al reo podría fundamentarse en que sigue habiendo “necesidad (preventivo-general y preventivo-especial) de pena (o de esa medida de pena)” para los hechos cometidos en las circunstancias anteriores (49). En otros términos, la falta de necesidad de pena (o

va, un tercer sector advierte otros problemas), por un número elevado de autores: vid. un resumen de la cuestión en *Rudolphi SK*, 5ª ed., § 2 n° marg. 8 c; dos puntos de vista opuestos sobre el particular son los de *Bergmann*, “Zeitliche Geltung und Anwendbarkeit von Strafverordnungen”, *NJW* 1986, pp. 233-235; y *Tiedemann*, “Das Parteienfinanzierungsgesetz als strafrechtliche lex mitior”, *NJW* 1986, pp. 2475-2479, éste último decidido partidario de la aplicación retroactiva, como lo es, en general, de no hacer distinción alguna entre leyes penales y normativa extrapenal de complemento, ni en el seno de esta última, a los efectos de la aplicación retroactiva de norma más favorable al reo, ni de admitir otra excepción a la misma que la ley temporal en sentido estricto.

(49) Cfr. en un sentido similar, en Italia, *Mantovani*, *Diritto penale PG*, Padova 1979, p. 116-117, insistiendo en que lo decisivo es si persiste, tras la modificación normativa, el juicio de desvalor sobre el hecho cometido con anterioridad a la misma, esto es, la “ratio puniendi” del mismo. También establece de modo claro la contraposición entre *tenor literal* y “ratio” del precepto sobre retroactividad de las normas favorables *Grosso*, “Successione di norme integratrici di legge penale e successione di leggi penali”, *RIDPP* 1960, pp. 1206-1213, en especial 1209 y 1211. Por la “ratio” se inclina asimismo *Iori*, “Abrogazione di norma penale integratrice”, *RIDPP* 1976, pp. 349-359, p. 351, 358, etc.

de esa pena concreta) en las nuevas circunstancias que han propiciado el cambio normativo no prejuzgaría la ausencia de necesidad de pena para el hecho cometido en las circunstancias anteriores (incluso contemplado desde la perspectiva actual), con lo que, al no concurrir en tal situación el fundamento de la institución, tal como antes lo expusimos, cabría rechazar la aplicación retroactiva de la nueva ley, más favorable al reo.

5. Sin embargo, la situación legislativa en España en lo relativo a las “leyes temporales” es sustancialmente diferente a la alemana. En efecto, el Código penal español vigente ni siquiera menciona expresamente a la ley temporal en sentido estricto como excepción al principio de aplicación retroactiva de las leyes favorables. Por tal motivo, pierden una importante apoyatura legal todas estas interpretaciones amplias del concepto de “ley temporal”, que incluso en Alemania, con una situación legal más favorable a su admisión, son discutidas. Todo ello determina que la opinión dominante en nuestro país considere “*de lege lata*” que las leyes temporales no son excepción al principio de aplicación retroactiva de las leyes favorables (50), salvo que la ley temporal exprese taxativamente su voluntad de ser aplicada a *todos* los hechos cometi-

(50) Cfr. la referencia de Muñoz Conde, *Adiciones al Tratado de Jescheck*, Tomo I, Barcelona 1981, p. 193. Además, Jiménez de Asúa, *Tratado*, II, 4ª ed., p. 649; Casabó, *Comentarios*, II, p. 55; en relación con la materia de los delitos monetarios, Bajo, “Delitos monetarios. Cuestiones comunes a las distintas figuras de delito”, en Cobo (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*, IV, Madrid 1985, pp. 31-96, p. 56-57, criticando que la tesis contraria implicaría la práctica imposibilidad de aplicación retroactiva de las leyes más benignas en esta materia, dado que lo normal es que tales modificaciones se deban a la mejora notable de la situación económica nacional y de la posición de la propia moneda en el mercado internacional (cambio de circunstancias de hecho y no valorativo); Cerezo, *Curso*, 3ª ed., p. 190, con amplias referencias bibliográficas; con alguna duda Mir, *PG*, 3ª ed., p. 94; Cobo/Vives, *PG*, 3ª ed., p. 161, en contra incluso “*de lege ferenda*”. Admiten la excepción de las leyes temporales frente al tenor literal del art. 24 CP, Rodríguez Mourullo, *PG*, *, p. 137; Bustos, *Manual PG*, 3ª ed., p. 87-88.

dos durante su período de vigencia (51). Al no admitirse la excepción en el caso de las leyes estrictamente temporales, con mayor motivo podrá suponerse el rechazo de este carácter excepcional de las leyes “tácitamente” temporales por su vinculación a circunstancias fácticas. Sin embargo, tampoco hay obstáculos legales definitivos que impidan ver las cosas del modo absolutamente opuesto. Por ello, entiendo que, en suma, la solución que haya que adoptar en España depende -en no menor medida que en Alemania o Italia- de que se opte por una interpretación literal del art. 24, que no prevé expresamente excepción alguna al principio de retroactividad de las leyes favorables, o, por el contrario, por una restricción teleológica del mismo precepto. En el apartado relativo a las conclusiones trataremos de poner de manifiesto las posibilidades de esta segunda opción. Antes, sin embargo, conviene atender a otra nueva distinción que parece haber sustituido en el interés doctrinal de los últimos años a la que acabamos de describir.

II. d) bb) *El segundo criterio de diferenciación.*

1. Como se ha señalado, la doctrina dominante en Alemania y, muy significativamente, la Jurisprudencia parten del criterio de que, para decidir qué ley es la más favorable y, por tanto, susceptible de aplicación retroactiva, es preciso tener en cuenta también las modificaciones experimentadas por normas extrapenales que repercuten en el ámbito de aplicación de la ley penal. Ello, según la convicción jurisprudencial dominante, se extiende incluso a aquellos casos en que la modificación de la referida normativa extrapenal tiene sólo una incidencia *indirecta* sobre el tipo penal, esto es, no afecta al injusto del hecho cometido (52). Sin embargo, modernamente comienza a

(51) Como dispone, por ejemplo, de modo genérico el Código penal militar (L. O. 13/1985, de 9 de diciembre) en su art. 4, párrafo segundo: “Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados conforme a ésta, salvo que legalmente se disponga lo contrario”. Asimismo, el art. 5.3 del proyecto de Ley Orgánica de Código Penal.

(52) Cfr. sobre ello *Lackner, Strafgesetzbuch*, 17ª ed., § 2 nº marg. 3 a) aa). En la doctrina sigue claramente este criterio no distintivo *Mazurek*,

advertirse que algunos autores alemanes, con cierta diversidad terminológica e incluso con algunas discrepancias sobre la aplicación del criterio a supuestos concretos, tratan de introducir un criterio diferenciador en este punto (53).

2. Según este criterio, las modificaciones -favorables al reo- de la normativa (extrapenal o incluso también penal (54)) de un tipo en blanco o con elementos normativos jurídicos no determinarían la aplicación retroactiva del nuevo precepto resultante cuando las referidas modificaciones no afectasen al núcleo del injusto del hecho sino sólo al objeto (que no hay que confundir con el bien jurídico) o a otros elementos fácticos. En cambio, sí conducirían a la aplicación retroactiva las modificaciones que incidiesen sobre el contenido de injusto del hecho (al fin de protección o la forma de ataque expresados en el tipo penal). En la terminología de *Jakobs*, esta idea se expresa señalando que la modificación de la norma de complemento dará lugar a una aplicación retroactiva del nuevo precepto cuando el precepto en blanco tiene por objeto asegurar de modo inmediato la *obediencia* a la norma de referencia (55). En cambio, si la ley en blanco se limita a asegurar indirectamente un efecto de la regulación (*Regelungseffekt*) pretendida por la norma a que se remite, un cambio de ésta en

“Zum Rückwirkungsgebot gemäß §2 Abs. 3 StGB”, *JZ* 1976, pp. 233-238, p. 236.

(53) Cfr. *Tröndle, LK*, 10ª ed., § 2 nº marg. 5 y 6; *Jakobs, AT*, 2ª ed., Ap. 4, nº marg. 70, 71 y 72; *Rudophi, SK*, 5ª ed. § 2 nº marg. 8 b y 8 d; *Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch*, 44ª ed., § 2 nº marg. 8; *Eser, Schönke/Schröder*, 23ª ed., § 2 nº marg. 26 y 27. Criterios distintivos muy próximos, según creo, al que ahora se va extendiendo en la doctrina alemana, se hallan, por ejemplo, en *Jiménez de Asúa, Tratado*, II, 4ª ed. p. 627; *Padovani*, “Tipicità e successione di leggi penali”, *RIDPP* 1982, pp. 1354-1389, p. 1356 y 1357. Tanto uno como otro admiten sólo la aplicación retroactiva si la modificación de la normativa a que se refiere el tipo penal (en blanco o elementos jurídicos) afecta realmente a su estructura, a su fin de protección, y no si la modificación tan sólo determina la no aplicación a un caso determinado.

(54) Piénsese en las remisiones internas, sean éstas expresas o concluyentes.

(55) *Jakobs, AT*, 2ª ed., Ap. 4, nº marg. 71.

sentido favorable al reo no implicará la aplicación retroactiva del nuevo precepto (56). Ejemplos de esto último son, en realidad, más fáciles de hallar en tipos con “remisiones concluyentes” (elementos típicos de contenido jurídico) que en las leyes en blanco propiamente dichas (remisiones expresas). Piénsese, así, en la falsificación de cierta “moneda”, que, en virtud de una norma extrapenal posterior, deja de ser de curso legal (esto es, ya no puede considerarse “moneda” a los efectos del art. 284 CP y, por tanto, no integra el tipo del art. 283); o en la simulación o encubrimiento de un “delito” que, por una norma posterior, queda convertido en infracción administrativa; o en el apoderamiento de una cosa “ajena” en el momento de cometer el hecho que, por una norma civil posterior, pierde la condición de ajenidad (57). En todos estos casos lo afectado son aspectos que no se vinculan directamente al núcleo de lo injusto del hecho, y, por tanto, no cabe la aplicación retroactiva de la reforma. Ciertamente, lo normal en las leyes en blanco será que la modificación de la norma a que se remite incida en el injusto del hecho, pues en general el reenvío tiene como finalidad la obtención de una descripción más precisa del comportamiento prohibido (58). Sin embargo, tampoco en ellas cabe excluir de modo general tal posibilidad.

3. Aunque los autores que propugnan esta diferenciación no exponen claramente cuál es el fundamento último de la misma, no estimo excesivamente difícil advertir en su base una conexión, de nuevo, con la función que cumple la institución de la aplicación retroactiva de las leyes favorables, esto es, evitar la imposición de una pena en los casos en que ésta ya no es necesaria (59). En efecto, si la modificación de la

(56) *Jakobs, AT*, 2ª ed., Ap. 4, n° marg. 72.

(57) Otros ejemplos en *Jakobs, AT*, 2ª ed., Ap. 4, n° 72; *Eser, Schönke/Schröder*, 23ª ed., § 2 n° marg. 27.

(58) Así, *Eser, Schönke/Schröder*, 23ª ed., § 2 n° marg. 27.

(59) Lo reconoce *Rudolphi, SK* 5ª ed., § 2 n° marg. 8b, al indicar que la pauta para la resolución del problema la ha de proporcionar la “ratio” del precepto que establece la retroactividad de las leyes favorables (el § 2, III del StGB en Alemania).

norma (penal o extrapenal) de referencia afecta al contenido de injusto del tipo necesitado de complemento, ello es señal de que se ha producido un cambio en la valoración jurídica de dicho hecho. Un cambio valorativo que pondría de relieve la innecesariedad político-criminal de seguir sancionando penalmente hechos cometidos con anterioridad a la modificación. Ciertamente, si, por ejemplo, esos hechos ya no se valoran negativamente, no hay razón que obligue a mantener una pena que ya no ha de cumplir la función de evitar que los miembros de la colectividad los cometan en el futuro, ni la de impedir que el propio sujeto afectado reincida. Si, por el contrario, la modificación de la norma de referencia no conlleva este fundamental cambio valorativo, carece de sentido político-criminal aplicar retroactivamente la nueva normativa a quien cometió los hechos antes de que ésta se produjera. La despenalización de un hecho, no obsta, así, a mantener la sanción por "simulación de delito" a quien aparentó su comisión antes de tal reforma legal(60). En efecto, el injusto de la simulación queda inalterado, pues lo que el legislador penal pretende es que no se fija la comisión de un hecho, uno cualquiera, que, en el momento de la acción, aparezca tipificado como delito, por la perturbación de la Administración de Justicia que ello supone. La posterior despenalización de un hecho concreto no elimina, en fin, la necesidad preventivo-general y preventivo-especial de pena para el simulador.

4. Expuesto en los términos anteriores lo que, a mi juicio, es el fundamento último de la distinción doctrinal comentada, se advertirá que ésta no se halla muy lejos de la que le correspondía a la distinción estudiada en el apartado anterior. De nuevo será preciso, pues, -en lo que al caso español se refiere- decidir sobre su compatibilidad con el art. 24 CP: optar por una interpretación gramatical o teleológica de este precepto.

(60) Cfr., por ejemplo, *Rudolphi, SK*, 5ª ed., § 2 n° marg. 8 d.

III. TOMA DE POSICION

1. A la hora de tomar una decisión acerca de si son aplicables retroactivamente las modificaciones de leyes penales en blanco favorables al reo que son producto de una variación de la normativa extrapenal objeto de remisión, es preciso tener presentes varias consideraciones. En primer lugar, que, como ya antes se ha expuesto de manifiesto, "ley penal" no es sólo el texto de un precepto contenido en una ley penal sino también toda la normativa extrapenal que contribuye a dotar de un contenido prescriptivo específico al referido precepto. Así pues, y según una interpretación puramente gramatical, cabría estimar que la modificación de tal normativa, si produce un efecto restrictivo de la punibilidad, hace surgir una "ley penal" nueva, favorecedora del reo. De lo anterior se desprende que las situaciones que ahora nos ocupan caben perfectamente en el tenor literal del art. 24 CP. En efecto, éste, que no exceptúa de la eficacia retroactiva de las leyes favorables ni siquiera los supuesto de previa "ley temporal", con mayor motivo comprenderá todas las modificaciones -favorables al reo- que se produzcan en la normativa objeto de remisión por una ley en blanco, sea cual sea la "ratio" de la modificación, responda la misma a un cambio de la valoración jurídica o a una mera variación de las circunstancias de hecho.

2. La cuestión es si la conclusión anterior, impecablemente obtenida por la vía formal del recurso a la literalidad del art. 24 CP (el *art. 24 no distingue...*, suele afirmarse reiteradamente) tiene sentido. Es decir, si responde a los fines del Derecho penal sentar el principio siguiente: cualquier variación de la normativa extrapenal objeto de remisión por una ley penal en blanco que implique un trato más favorable para un caso concreto sancionado en virtud del estado jurídico anterior determina la aplicación retroactiva de la misma. Desde luego, se dan casos en que la aplicación de tal principio no parece convincente. Piénsese, por ejemplo, en una industria cuyas

emanaciones de anhídrido sulfuroso son de 10.000 mg/Nm³, en un momento en que la normativa administrativa medioambiental ha situado el máximo tolerado en 9.000, por lo que, dándose los demás requisitos, realiza el tipo del art. 347 bis, siendo incluso condenada por el referido delito. Pasan los años y una mejora de la situación medioambiental permite a la administración situar el máximo de emanación tolerada en 12.500 mg de anhídrido sulfuroso. ¿Tiene realmente sentido que se le aplique retroactivamente al sujeto la nueva configuración del art. 347 bis y que, por tanto, quede en libertad?. Otro ejemplo: Un sujeto que circula a 70 Km por hora por un tramo de carretera estrecho y con firme en mal estado, en el que está establecida una limitación de velocidad a 60 Km/h, provoca un accidente, siendo sancionado por imprudencia simple con infracción de reglamentos (61). Posteriormente, ese tramo de carretera se asfalta y ensancha, fijándose un límite de velocidad de 80 Km/h. ¿Habría que aplicar retroactivamente esa modificación de la normativa extrapenal de modo que quien fue sancionado por imprudencia simple con infracción de reglamentos lo sea ahora sólo por imprudencia simple? A mi juicio, la respuesta ha de ser en ambos casos negativa, pues, pese al cambio normativo producido, continúa cumpliendo perfectamente sus fines preventivos la sanción penal impuesta a un individuo que, en un momento en que determinados bienes jurídicos se hallaban especialmente expuestos al riesgo (por la especial contaminación ambiental o el mal estado de la carretera), realizó una conducta de puesta en peligro relevante de los mismos que todavía hoy se pretende evitar. Dicho en palabras conformes con uno de los criterios tradicionales de distinción, se ha producido un mero cam-

(61) En la referencia a la "infracción de reglamentos" cabe advertir, entre otras, una remisión al Código de la Circulación. Este, por su parte, en el art. 18, establece que "se prohíbe conducir vehículos (...) a velocidad que exceda de la que, como máxima, hayan fijado las autoridades competentes para cada lugar o circunstancia".

bio fáctico (62), no un cambio en la valoración jurídica, por lo que el comportamiento realizado en un momento anterior continúa estando desvalorado (63) y todo abona la permanencia de la sanción penal.

La idea de *cambio meramente fáctico* se advierte con claridad en la motivación del R. D. 1816/1991, que ha producido indirectamente una significativa restricción del ámbito de lo punible en concepto de delito monetario. Concretamente se señala lo siguiente: "A partir de los años ochenta, el desarrollo de la economía española y su creciente grado de integración en las estructuras económicas mundiales han favorecido una política de progresiva liberalización y eliminación de restricciones y trámites administrativos que, en el ámbito concreto del control de cambios, se ha materializado en una serie de disposiciones que han ido suprimiendo la exigencia de autorización previa para la mayor parte de las transacciones. La adhesión de España a la Comunidad Económica Europea ha favorecido la aceleración de este proceso liberalizador...". En definitiva, se observa que son elementos fácticos, como el desarrollo de nuestra economía, su creciente integración en las estructuras económicas mundiales y nuestra adhesión a la CEE, los determinantes de la nueva regulación. No, en cambio, un cambio valorativo sobre la relevancia penal de conductas de evasión de capitales en una economía insuficientemente desarrollada (64). Tales conduc-

(62) La cosa sería diferente si, por ejemplo, la modificación del límite de velocidad se adoptara de modo general, respondiendo a un cambio de valoración sobre el grado de peligrosidad de la misma. Por poner un ejemplo claro: que el límite de velocidad en las autopistas españolas se elevara a 140 Km/h, o incluso se suprimiera, lo que evidentemente afectaría de modo retroactivo a las condenas por imprudencia con infracción de reglamentos que tuvieran como elemento integrante el circular a 130 Km/h. En este sentido, *Rudolphi, SK*, 5ª ed., § 2 nº marg. 8 b.

(63) Es algo contra lo que continúa existiendo necesidad preventiva de pena para el caso de que se reproduzcan las circunstancias ahora superadas.

(64). En la misma motivación se señala que la política de controles y restricciones a las transacciones exteriores "respondía a unas circunstancias históricas caracterizadas por un insuficiente nivel de desarrollo económico, una

tas, en el contexto económico de su realización, se siguen viendo desde la perspectiva actual como algo merecedor de sanción penal.

3. Los ejemplos menudean cuando extendemos la argumentación de las leyes en blanco en sentido estricto (remisión expresa) a los elementos normativos de contenido jurídico (remisiones concluyentes). La pregunta es, de nuevo, la misma: ¿debe aplicarse retroactivamente toda modificación favorable al reo de la normativa a que remite un elemento típico, que determina una restricción del alcance del referido elemento y, por añadidura, del tipo penal en su conjunto? Pues bien, a poco que se reflexione se observa que ello no puede afirmarse categóricamente sin matización alguna. Lo contrario nos llevaría al absurdo, ya antes aludido, de que un falsificador de moneda haya de ser puesto en libertad al modificarse la normativa que concreta el sentido del elemento típico “moneda” (art. 283 CP, en relación con el 284) y dejarse fuera de curso legal el tipo de billete, por ejemplo, que falsificó (65). Y, sin llegar a este extremo, puede reiterarse aquí el ejemplo, ya aludido, de la simulación de un “delito”, a la que sigue, tiempo después, la despenalización del hecho que se simuló; entre otros, algunos ya citados y otros que pueden fácilmente imaginarse a partir de cualquier tipo que contenga elementos normativos jurídicos.

4. Todo ello pone de relieve que las dos premisas sentadas al principio (*primera*: el término “ley penal” del art. 24 comprende todos los complementos jurídico-normativos extra-

acusada precariedad de las estructuras financieras, un tradicional déficit de la balanza de pagos y una permanente debilidad del tipo de cambio de la peseta”.

(65). Esta crítica a la opinión doctrinal que no admitía ninguna excepción al principio general de la retroactividad de las modificaciones favorables producidas en la normativa extrapenal (o incluso penal) a que remite un determinado tipo penal se halla ya en *Kohlrausch*, *ZStW* 23 (1903), p. 45 y luego se reitera (así, p. eje. en *Jiménez de Asúa*, *Tratado*, II, 4ª ed., p. 627). Otras posibles objeciones se recogen, por ejemplo, en *Mohrbotter*, *ZStW* 88 (1976), p. 957 nota 65.

penales (66) de los tipos; *segunda*: el art. 24 no establece, en su literalidad, distinción alguna en cuanto a la aplicación retroactiva de “leyes penales” favorables al reo) llevan a consecuencias, como mínimo, chocantes, invitando a pensar en construcciones alternativas, que operen bien sobre la primera premisa referida, bien sobre la segunda. Esto último me parece lo más prometedor. Así, se trataría de analizar las posibilidades, legitimidad y consecuencias de una interpretación teleológica que restringiera el alcance del art. 24 CP a un número inferior de supuestos de los que parece abarcar según un criterio puramente gramatical. Expresado claramente: ¿existen argumentos que permitan fundamentar la práctica de una “restricción teleológica” del tenor literal del art. 24 CP? (67).

(66). Y, por supuesto, también los situados en la propia normativa penal (remisiones internas o a otra ley penal, sean expresas o concluyentes).

(67). Uno de los autores que con mayor detenimiento ha sostenido una tesis contraria a la restricción (o introducción de distinciones) en los preceptos que establecen la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables ha sido *Mazurek*, JZ 1976, p. 236 y ss. Su razonamiento toma como punto de partida la tesis de *Tiedemann* (*Peters-FS*, p. 197) de que la “ratio” de tales preceptos no se halla en consideraciones de justicia, equidad o amnistía, sino en los principios constitucionales sobre el poder judicial, según los cuales el juez ha de aplicar el Derecho vigente en el momento del juicio, con el único límite de la seguridad jurídica, que impediría aplicar un Derecho posterior a la comisión del hecho en el caso de ser más gravoso para el reo. Sentado esto, se pronuncia por una general aplicación retroactiva de las modificaciones (también de la normativa extrapenal) favorables al reo, siempre que, en efecto, pueda decirse que la nueva ley es “menos gravosa” (*milder*). Por carecer de este requisito, excluye de la aplicación retroactiva los casos en que la modificación responde a razones puramente fácticas (ej. declaración de un tipo de billete como moneda fuera de curso legal). Sobre esta tesis cabe hacer las siguientes consideraciones: 1) Que incluso ella se ve obligada a distinguir, excluyendo del ámbito de la aplicación retroactiva ciertas modificaciones legales que sin duda benefician al reo; 2) Que su base teórica, (la de *Tiedemann*) conduciría en el fondo a que las modificaciones desfavorables de leyes penales implicaran la no-aplicación tanto del nuevo Derecho (más gravoso) como el antiguo (derogado); 3) Que la tesis de que la retroactividad tiene su fundamento en el principio constitucional de la aplicación por el juez del Derecho vigente en el momento del juicio no es, desde luego, de recibo en el caso español, en donde la retroactividad de las disposiciones favorables,

5. Aunque ciñendo su argumentación al caso de las leyes temporales en sentido estricto (68), *Rodríguez Mourullo* se ha inclinado por la afirmativa en términos categóricos: "... en una materia como ésta, donde no está en juego la fundamentación o agravación de la responsabilidad criminal del reo, sino la posibilidad de aplicarle retroactivamente una ley posterior más favorable, no podemos quedar detenidos en una interpretación gramatical -en la letra del art. 24, que tan reiteradamente se invoca- sino que es preciso ascender hasta la interpretación teleológica" (69). Por mi parte, creo posible compartir el punto de vista de *Rodríguez Mourullo*, extendiéndolo a casos ajenos a la ley temporal en sentido estricto. En lo que sigue, se expondrá, en primer lugar, por qué se estima posible una restricción teleológica del art. 24 CP. A continuación, se tratará de expresar en qué se concreta dicha restricción: cuál es la "ratio" del precepto y en qué casos puede excluirse, a partir de ella, la aplicación del mismo.

6. La restricción teleológica del art. 24 no supone, según creo, vulneración alguna de los principios garantísticos fundamentales que inspiran la intervención penal. En efecto,

alcanza incluso a sujetos que se hallan cumpliendo condena; 4) Que, finalmente, la aplicación del "Derecho vigente en el momento del juicio" -a que se alude por estos autores- ha de incluir la aplicación de los preceptos que regulan la retroactividad e irretroactividad. Dado que éstos actúan como supranormas declaradoras de la vigencia temporal de los preceptos penales, no puede decirse que la retroactividad se funde en el principio de aplicación del Derecho vigente en el momento del juicio. El Derecho vigente en el momento del juicio, como disponen los arts. 23 y 24 CP dependerá, en caso de producirse una sucesión de leyes, del carácter más o menos gravoso de la nueva ley respecto al estado jurídico anterior. Lo cual continúa obligando a buscar fundamentaciones materiales de la retroactividad.

(68) Que, como se ha dicho, han constituido en España el caso fundamentalmente discutido como posible excepción a la aplicación del art. 24 CP.

(69) *Rodríguez Mourullo*, PG, *, p. 138. En esa línea ya antes *Rodríguez Muñoz*, *Nota al Tratado de Mezger*, I, p. 121, aunque previendo la formación en España de una posición dominante en la línea de aplicar sin excepción alguna el tenor literal del art. 24.

no toda interpretación restrictiva de preceptos favorecedores del reo puede estimarse penalmente vetada, sino sólo aquella que pudiera calificarse como constitutiva de una analogía "in malam partem". Este extremo ha sido ya estudiado a propósito de las causas de justificación y la admisión, por ejemplo, de restricciones ("ético-sociales") teleológicas del ámbito de lo amparado por la legítima defensa (70). Sin embargo, en el punto que ahora nos ocupa ello debe estimarse todavía más evidente y menos problemático. Por un lado, no cabe afirmar que de tal restricción se derive una ampliación injustificada del ámbito de lo prohibido. Más bien, al contrario, el art. 24 CP puede entenderse como un mandato dirigido al juez cuya vulneración por éste implicaría una sanción por prevaricación, con lo que, en el fondo, podría incluso sostenerse que nos hallamos ante la restricción teleológica de un imperativo, un mandato dirigido al juez. Se trataría, pues, de descubrir la finalidad de ese mandato dirigido al juez y de interpretar su contenido conforme a esa finalidad. Además, y en lo que se refiere a la incidencia de una restricción del art. 24 sobre los derechos y garantías del autor del hecho inicialmente punible, no es de recibo la objeción relativa a una eventual vulneración de las garantías formales, pues, a diferencia del principio de irretroactividad, la excepción relativa a la retroactividad de las disposiciones favorables no responde a consideraciones de esa naturaleza (seguridad jurídica, etc). Sólo restaría, pues, la alegación de que una restricción del alcance del art. 24 vulnera garantías materiales, límites de la intervención penal como puede ser, en especial, los principios de proporcionalidad y de prohibición de exceso. Sin embargo, una restricción teleológica del art. 24 CP tiene por objeto precisamente el cumplimiento de tales garantías: la reducción de la aplicación retro-

(70) En España es obvio que tanto la exigente de legítima defensa (art. 8, 4º CP) como la de estado de necesidad (art. 8,7º) son interpretadas restrictivamente por la Jurisprudencia. La primera, mediante la introducción, por ejemplo, de algunas consideraciones de proporcionalidad; la segunda, por la vía de la exigencia de determinadas características, no expresadas en la ley, al "mal" que amenaza.

activa de la nueva disposición a los casos en que, efectivamente, la negación de tal aplicación implicaría la vulneración de los referidos político-criminales, excluyendo del ámbito del art. 24 CP otros casos en los que el mantenimiento de la irretroactividad sería, pese a todo, conforme con la prohibición de exceso y la proporcionalidad de la intervención penal. En conclusión, pues, si, por un lado, la interpretación restrictiva no está prohibida y, por otro lado, con ella se supera una referencia puramente formalista para alcanzar soluciones materialmente más satisfactorias, no parece que haya obstáculos para su adopción (71). Su puesta en práctica requiere, sin embargo, efectuar previamente algunas observaciones acerca del “telos”, del fin que inspira la regulación del art. 24.

7. Ya al inicio de este apartado se puso de manifiesto que, a mi juicio, el fundamento material del art. 24 se halla en la *ausencia de necesidad político-criminal (preventivo-general y preventivo-especial) de pena* (72) para los hechos que se ven

(71) De otro parecer, en relación con las leyes temporales, *Cobo/Vives, PG, 3ª ed.*, p. 160-161.

(72) O de una determinada medida de pena. Cfr. aludiendo de modo similar al criterio de necesidad de pena, *Bustos, PG, 3ª ed.*, p. 86-87. *Cerezo, Curso, 3ª ed.*, p. 191, estima críticamente que “el principio de necesidad de pena no puede constituir el fundamento exclusivo o primordial del artículo 24, pues con base en el mismo podría fundamentarse la aplicación con carácter retroactivo de las leyes penales desfavorables”. Sin embargo, de la afirmación de que si falta la necesidad de pena no se puede sancionar no cabe desprender otra, muy distinta, en el sentido de que siempre que haya necesidad de pena habrá que sancionar. Pues, además de la necesidad de pena, hay otros principios formales, como, sin ir más lejos, el de seguridad jurídica, que podrían impedirlo. Este último es precisamente el que impide la aplicación retroactiva de leyes más severas. En el caso del art. 24, sin embargo, la persistencia de una necesidad de pena podría bloquear la aplicación retroactiva de la normativa posterior aparentemente favorable, pues ello no violaría el principio de seguridad jurídica, ni otras garantías. En efecto, estimo que no hay un derecho formal general por parte del reo a la aplicación retroactiva de las normas más favorables, sino sólo en el caso de que la no-aplicación retroactiva vulnerara principios materiales como los de proporcionalidad y prohibición de exceso, a los que aquí se alude como “necesidad de pena”: la pena no estrictamente necesaria es desproporcionada y excesiva.

afectados por una modificación favorable de la normativa que infringieron. Dado este fundamento, se trata de examinar, a propósito de las modificaciones que aquí nos ocupan, en qué casos las mismas determinan que se produzca esa falta de necesidad y en cuáles, pese a la modificación favorable al reo, puede concluirse la persistencia de una necesidad de pena. El tema tiene mucho que ver con la “ratio” de la modificación normativa. Así, puede apreciarse una cierta coincidencia con alguno de los criterios distintivos expuestos más arriba: si la modificación se debe esencialmente a un cambio de circunstancias, lo normal será que deje inalterada la necesidad de pena para el hecho cometido en las circunstancias anteriores. En cambio, si expresa un cambio valorativo, la consecuencia más natural será la apreciación de que la pena ya no es necesaria. Con todo, y en relación con esto último, debe rechazarse que suponga la toma en consideración de los “motivos” subjetivos del legislador (73), que se estiman irrelevantes, frente al “contenido” objetivo de la ley, que ha de ser lo único decisivo para el intérprete. De lo que se trata no es de la motivación que inspira la adopción de una cierta normativa por el legislador, sino de la “ratio legis” (74), del “fin de protección” de la misma, un dato perfectamente objetivo, como demuestra su utilización en el marco de la teoría de la “imputación objetiva”, y que también puede ser aquí de gran utilidad interpretativa. Por lo demás, la dicotomía cambio fáctico/cambio valorativo, que algunos sectores critican con intensidad (75), no es

(73) Críticos respecto a tomar en consideración los *motivos* del legislador para rechazar la aplicación retroactiva de disposiciones favorables, *Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2ª ed. Tübingen 1923, reimpr. Aalen 1960, p. 294; *Mezger, Tratado*, I, p. 119-120; *Mohrbotter, ZStW* 88 (1976), p. 958-959; *Cerezo, Curso*, 3ª ed., p. 190; etc.

(74) Una parcial aceptación de este extremo se advierte en *Mezger, Tratado*, I, p. 120, (siguiendo a Frank) a propósito de casos en los que la interpretación ya pone de relieve que no se ha producido una “atenuación o dulcificación del estado jurídico”. Crítico incluso en esto *Cerezo, Curso*, 3ª ed., p. 190.

(75) Se suele afirmar por algunos autores que la misma es arbitraria, dada la imposibilidad en muchos casos de establecer si nos hallamos ante un

plenamente adecuada para resolver la cuestión de qué modificaciones han de dar lugar a la aplicación de lo dispuesto en el art. 24 y cuáles no. Como demuestra el segundo criterio de distinción antes expuesto, hay cambios valorativos favorables (por ej., la despenalización de un hecho) que sin embargo no determinan la aplicación retroactiva de tal modificación (p. ej., a quien simuló su comisión cuando tal hecho era delito). Pues, en tal caso, y pese a la naturaleza valorativa del cambio, éste afecta de modo tan indirecto al tipo de la simulación de delito que continúa existiendo necesidad político-criminal de pena a fin de proteger el funcionamiento normal de la Administración de Justicia, afectado por aquel hecho de simulación. Por todo ello, debe mantenerse que el criterio decisivo es el de la falta de necesidad de pena, operando los demás únicamente a modo de indicios, que, sin embargo, no prejuzgan la decisión político-criminal definitiva.

8. ¿En qué casos puede afirmarse que persiste la necesidad de pena y que, por tanto, no se vulnera el art. 24 al denegarse, por razones teleológicas, la aplicación retroactiva de una disposición que favorecería al reo? A mi juicio, éstos son aquéllos en que, vista la situación en el momento de producción de la modificación normativa, puede concluirse que el hecho cometido antes del cambio legal (tal como se cometió en el pasado -no ciertamente si se hubiera cometido hoy) *sigue siendo lesivo contra un bien jurídico protegido todavía hoy* por el tipo correspondiente. Se trata, en definitiva, de no alterar el hecho y de enmarcarlo, por tanto, en su auténtica circunstancia temporal, limitándose la modificación a contemplarlo desde la perspectiva del fin de protección de la norma tal como ésta ha quedado configurada tras la reforma. Así, cuando, pese a haber quedado despenalizado el hecho para el futuro, dicho hecho, contemplado como cometido en el pasado, esto es, en su exacta circunstancia, puede seguir contemplándose como una agresión relevante contra el bien jurídico

cambio fáctico o jurídico: cfr. por ejemplo, *Tröndle, LK*, 10ª ed., § 2 nº marg. 47; *Cobo/Vives, PG*, 3ª ed., p. 161.

protegido en el tipo y, por tanto, como algo que debe seguir tratándose de prevenir. Esta situación suele producirse siempre que las modificaciones responden a un evidente cambio circunstancial o fáctico, pero también en algunos casos de cambios valorativos en normativas penales o extrapenales a las que el tipo hace referencia. En conclusión, el factor decisivo es que el hecho cometido en el pasado siga viéndose como un hecho peligroso para el bien jurídico, como algo de cuya comisión en el futuro debe tratarse de disuadir tanto al sujeto responsable como a otros autores potenciales.

9. La interpretación teleológica tendrá su punto de anclaje, en el caso del art. 24 del CP español, en el término “favorezcan”. En efecto, el referido precepto limita la eficacia retroactiva al caso de las leyes penales “en cuanto favorezcan al reo”. La cuestión es, entonces, determinar qué modificaciones legales (incluida la normativa penal o extrapenal de referencia de un tipo) “favorecen” al reo. A tal cuestión se suele responder señalando, para el caso que aquí más interesa, que evidentemente favorece al reo la ley que no incrimina conductas que eran punibles según la antigua legislación. Sin embargo, es preciso distinguir entre la *apariencia favorecedora* y el *contenido*. Desde un punto de vista material sólo puede estimarse que favorece al reo una modificación legal que hace desaparecer la necesidad preventivo-general y preventivo-especial de pena para el hecho que cometió en el momento anterior a la variación legislativa. Esto, y no un favorecimiento aparente, es lo decisivo. La expresión legal que restringe la aplicación retroactiva a las leyes que “favorezcan” al reo es, pues, a mi juicio, el punto de anclaje de la restricción teleológica del art. 24 CP, pues la misma sólo puede entenderse en relación con el fundamento material de la institución de la aplicación retroactiva de las disposiciones favorables.