

ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA*Asesor Fiscal**Máster en Tributación/Asesoría Fiscal por el CEF**Curso Superior de Seguridad Social y Derecho Laboral por el
CEF***Extracto:**

CON ocasión de la última reforma penal, operada mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, con entrada en vigor el día 1 de octubre de 2004, el autor analiza los efectos que un amplio período de *vacatio legis* de las normas penales puede tener sobre el principio constitucional de retroactividad de la norma penal más favorable.

Para el autor, un amplio período de *vacatio legis* en materia penal, establecido sin duda en beneficio de la seguridad jurídica y con el fin de coadyuvar a la publicidad normativa, no puede restringir la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable.

Se analiza de forma crítica el estado actual de la jurisprudencia y doctrina sobre el alcance que la *vacatio legis* tiene sobre las conductas que son totalmente despenalizadas y sobre las conductas que son parcialmente despenalizadas (a través de la elevación de los límites cuantitativos de la punibilidad).

Asimismo, el autor considera que el principio de retroactividad de la ley penal más favorable está incluido en el principio de legalidad penal, consagrado como derecho fundamental en el artículo 25.1 de la Constitución Española y, por tanto, goza de las máximas garantías que la Constitución ofrece a los derechos fundamentales. Esta interpretación la fundamenta en el criterio hermenéutico establecido en el artículo 10.2 de la Constitución respecto a la interpretación de los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce, aplicándose, por tanto, el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito por España.

El estudio se realiza con especial referencia a los delitos fiscal, contable-tributario y contra la Seguridad Social.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Alcance de la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003.
- III. El principio de retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables en el Derecho administrativo general.
- IV. La retroactividad *in bonus* en el régimen sancionador tributario.
- V. El principio de retroactividad de la ley penal más favorable. Apuntes.
- VI. La opinión de la Fiscalía General del Estado.
- VII. Sobre la modificación de la cuantía dineraria del umbral de los delitos.
- VIII. La petición al defensor del pueblo.
- IX. Sobre las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional.
- X. La resolución del Defensor del Pueblo.
- XI. El artículo 25.1 de la Constitución Española a la luz del artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- XII. Conclusión.
- XIII. Adenda.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal revisa al alza los límites cuantitativos de los tipos penales de determinados delitos, entre los que se encuentran los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social y el delito contable.

Como ha señalado SIMÓN ACOSTA ¹, refiriéndose al delito fiscal ² y respecto al umbral monetario a partir del cual se aplica la ley penal «sobre la naturaleza jurídica de este límite existe una interesante discusión, de trascendencia práctica, en la que las posiciones contrapuestas son, de un lado, la de considerarlo como elemento del tipo penal o, de otro lado, como una condición objetiva de punibilidad no integrante del tipo de injusto.

La doctrina mayoritaria se ha decantado por considerar que el límite cuantitativo es elemento del tipo, pues las condiciones objetivas de punibilidad "son, por definición, hechos ajenos a la acción y a la culpabilidad del actor y de los que éste no responde. El límite cuantitativo es en el delito fiscal una característica del resultado, que aparece como efecto de la acción y ha de estar cubierto por la culpabilidad del autor, y por consiguiente no puede entenderse como condición objetiva de punibilidad ³". GARCÍA PALACIO ⁴ relata que "la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria mantienen, por el contrario, que el límite cuantitativo de referencia constituye un elemento del tipo objetivo del que depende no la procedencia de la pena sino la propia existencia del delito".

BACIGALUPO ZAPATER ⁵ considera que el artículo 307 no se diferencia del delito fiscal más que en la institución defraudada (la Seguridad Social) y en los conceptos de la defraudación (cuotas de la Seguridad Social). Se trata de una disposición que viene a cubrir un importante vacío, que la jurisprudencia no había logrado subsanar adecuadamente».

¹ «El delito de defraudación tributaria». *Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria*. Editorial Aranzadi, 1998.

² Consideraciones que pueden extenderse a los otros delitos citados al principio de este artículo.

³ RODRÍGUEZ MOURULLO. «El nuevo delito fiscal». Civitas *REDF*, núms. 15-16.

⁴ *Fraude tributario y Derecho penal*. Web CIAT.

⁵ Comentario al artículo 307 del Código Penal. En la obra colectiva: *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Trivium, 1997.

En el presente trabajo pretendemos analizar el alcance que la amplia *vacatio legis* de la reforma penal pueda tener sobre las despenalizaciones totales o parciales que ven la luz con la Ley Orgánica 15/2003.

Por otra parte, consideramos, junto a MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN ⁶, que «las formulaciones de los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución no agotan todo el contenido del **principio de legalidad penal**, pues en realidad recogen sólo la exigencia de que exista una ley que permita la condena o la sanción y la de que dicha ley sea previa a la comisión de los hechos (garantía criminal). Por tanto, las restantes garantías propias del principio de legalidad se asientan en otros preceptos constitucionales o de rango inferior».

Para estos autores, «ello ha provocado críticas al texto constitucional en esta materia, dirigidas a la ausencia de una formulación completa y acabada del principio de legalidad penal».

A nuestro juicio, el artículo 25.1 de la Constitución, como derecho fundamental, incluye la irretroactividad de la norma penal desfavorable y la retroactividad de la norma penal más favorable, dado el canon interpretativo que el artículo 10 de la Constitución impone (interpretación conforme a los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos fundamentales y libertades ratificados por España).

II. ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN FINAL QUINTA DE LA LEY ORGÁNICA 15/2003

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, realiza una profunda reforma de referido Código.

Respecto a la parte especial reformada, algunos comportamientos aparecen **totalmente** despenalizados (por ejemplo, el caso de conducir vehículo de motor y ciclomotores careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil. Art. 636, párrafo 2.º). Otros aparecen **parcialmente** despenalizados (a través de la elevación de los límites cuantitativos de la punibilidad). En otros casos, como por ejemplo en el delito de pornografía infantil, se endurecen las penas.

La referida ley contempla un amplio plazo de *vacatio legis* (prácticamente de un año). Así, según su disposición final quinta:

«La presente Ley Orgánica **entrará en vigor el día 1 de octubre de 2004**, con excepción de la disposición final primera, la disposición final segunda, la disposición final tercera y la disposición final cuarta, que entrarán en vigor el día siguiente al de la publi-

⁶ *Derecho Penal*. Parte General. Tirant lo Blanch, 2002.

cación de esta Ley Orgánica en el Boletín Oficial del Estado, y de los apartados octogésimo octavo, octogésimo noveno y nonagésimo del artículo único, que modifican los artículos 259, 260 y 261 del Código Penal, que entrarán en vigor el mismo día en que lo haga la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

Dicha *vacatio legis* es incluso más amplia que la que se contempló en el propio Código Penal completo que reforma. Según su disposición final séptima: «El presente Código entrará en vigor a los seis meses de su completa publicación en el "Boletín Oficial del Estado" y se aplicará a todos los hechos punibles que se cometan a partir de su vigencia».

No obstante lo dicho en el párrafo precedente, el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe de fecha 15 de abril de 2003, sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (esto es, el Informe del Anteproyecto base de la Ley Orgánica 15/2003 objeto de este escrito), reduce su sugerencia sobre la *vacatio legis*:

«Procede observar en cuanto a la **disposición final única** que, dada la naturaleza e importancia de la reforma, número de preceptos afectados y los cambios sustanciales que se introducen en muchos de ellos, **parecería oportuno el evitar la inmediata entrada en vigor de la ley, por lo que se aconseja conceder al menos el período de "vacatio legis" previsto en el artículo 2 del Código Civil** ⁷, lo que garantizaría la suficiente publicidad y conocimiento de la norma. Máxime cuando se tratan de normas penales respecto de las que debe garantizarse la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad por la comunidad».

El Consejo vuelve a insistir en ello, en letra negrita, en la página final de su Informe: **«En cuanto a la disposición final única, considera el Consejo la conveniencia de que se disponga de una *vacatio legis*, de al menos la misma duración que la establecida generalmente en el Código Civil».**

Respecto a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003 citada al principio, el Magistrado y Letrado del Consejo General del Poder Judicial Sr. CHOCLÁN MONTALVO, ha publicado un importante artículo ⁸, en el que sostiene, acertadamente, que «la *vacatio legis* que establece referida Ley Orgánica incluso respecto de normas penales favorables encierra una clara incompatibilidad conceptual, y motivará a buen seguro disfunciones en la práctica judicial; en particular, seguras tensiones entre la legalidad y la oportunidad».

⁷ Según el artículo 2.1 del Código Civil: «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».

⁸ Una cierta incompatibilidad conceptual... *Vacatio Legis* y norma penal favorable. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 604, diciembre 2003.

Para dicho autor, una *vacatio legis* como la que establece la Ley Orgánica 15/2003, que pospone hasta el 1 de octubre de 2004 la vigencia de **normas penales favorables**, es incompatible con el artículo 9.3 de la Constitución Española, que dispone la prohibición de la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras desfavorables, y, en consecuencia, la retroactividad de las favorables. Como acertadamente sostiene, deben entrar en vigor, inmediatamente, tanto las normas que despenalizan comportamientos como las que tipifican comportamientos ya punibles pero que reducen el ámbito de la ilicitud (por ejemplo, elevando los límites de punibilidad).

Por su parte, RODRÍGUEZ DEVESA⁹ advirtió «que no es lo mismo la publicación que la entrada en vigor, lo que puede originar problemas», Para este autor, el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable «procede del Código Penal de 1870 y no halla obstáculos en la Constitución de 1978, aunque no se mencione en ella expresamente la excepción».

Como se sugirió en el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial con fecha 21 de junio de 1994, respecto al Anteproyecto de Ley Orgánica de Código Penal:

«5.º Por todo lo expuesto, si el Código llegara a aprobarse por completo durante esta legislatura, sería recomendable establecer un largo período de "vacatio" –que, como mínimo, habría de ser de seis meses– que permitiese abordar las demás reformas que han de acompañarlo, normalizar la situación de justicia penal e ir creando un cuerpo de doctrina absolutamente indispensable para la mejor aplicación del nuevo texto».

Aparte de la razón esencial de la institución de la *vacatio*, que es contribuir al conocimiento¹⁰ y asimilación de la nueva norma, ninguna de las aludidas en el párrafo anterior puede justificar el aplazamiento de la retroactividad de la norma penal favorable, sino que, reafirman, a juicio del que suscribe, la necesidad de que la retroactividad de la norma penal favorable entre en vigor de forma inmediata y no quede afectada por la *vacatio legis*.

DÍEZ-PICAZO¹¹ ha señalado que «cuestión distinta es si la *vacatio* debe configurarse como una condición de vigencia o de pura eficacia. Esta última solución parece más ajustada al Derecho español, no sólo porque **el período de *vacatio* no añade nada a la norma –su finalidad es permitir su conocimiento por los operadores jurídicos, antes de comenzar a aplicarla–**, sino, porque, a veces, el control de validez de las normas se hace depender del momento de su publicación. Así, el recurso de inconstitucionalidad puede ser interpuesto dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la ley (art. 33 de la LOTC). Por ello, si se configura la *vacatio* como una condición de vigencia, se daría el absurdo de fiscalizar una norma que no está en vigor, o sea, que no existe».

⁹ *Derecho Penal Español*. Parte General. Editorial Dykinson, 1990.

¹⁰ «Máxime cuando se tratan de normas penales respecto de las que debe garantizarse la **posibilidad del conocimiento** de la antijuridicidad por la comunidad», dice el Consejo General del Poder Judicial en su Informe de fecha 15 de abril de 2003, anteriormente citado. Es decir, alude a la razón esencial de la *vacatio*.

¹¹ Voz «vigencia de las normas». *Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen IV. Editorial Civitas, 1995.

RAGUÉS I VALLÈS y GONZÁLEZ FRANCO ¹², han saludado gratamente el amplio período de *vacatio* de la Ley Orgánica 15/2003: «De acuerdo con el número y entidad de las novedades, y a diferencia de lo acontecido en las anteriores reformas de 2003, **esta vez el legislador ha tenido la deferencia con los ciudadanos y, en particular, con los operadores jurídicos** de establecer una *vacatio legis* de aproximadamente un año, de tal modo que la reforma no entrará en vigor hasta el primero de octubre de 2004». Es evidente que esta opinión favorable hay que incardinarla al objetivo de la *vacatio* antes señalado, el de facilitar el conocimiento de la norma, pero esto no debe ser obstáculo para el pleno respeto de otros derechos constitucionales como el de retroactividad de las normas penales más favorables.

Como ha señalado el profesor CEREZO MIR ¹³, «el principio de irretroactividad de las leyes penales tiene como excepción el de las leyes penales favorables. Algunos autores fundamentan esta excepción en razones de justicia. Si las concepciones o valoraciones jurídicas han cambiado no es justo aplicar al reo la ley antigua más desfavorable, que estaba en vigor en el momento de la realización del hecho, pero que no responde a las concepciones o valoraciones actuales. Otros autores aluden a la falta de necesidad (utilidad o interés) en aplicar la pena más severa de la ley ya derogada... No son, pues, únicamente razones de humanidad (*humanitatis* o *pietatis causa*) las que sirven de fundamento al principio de la retroactividad de las leyes penales favorables. **La aplicación de la nueva pena más leve es justa y la de la pena más severa de la ley derogada, innecesaria**».

Supuesto que la aplicación de la nueva pena más leve es justa y la de la pena más severa de la ley derogada, innecesaria, es obvio que si la *vacatio legis* afecta a la retroactividad de la norma penal favorable, pueden darse situaciones de suma injusticia. Supongamos que se han cometido dos delitos idénticos en momentos coetáneos, poco antes de la publicación de la Ley Orgánica 15/2003 y que dichos delitos, bien han sido despenalizados o ha sido reducido su ámbito de ilicitud. Si el autor de uno de ellos es procesado y juzgado rápidamente puede ser condenado con arreglo a la ley anteriormente vigente. Si el otro autor tarda en ser juzgado y mientras tanto culmina el período de *vacatio legis*, se encontrará con una situación mucho más favorable que puede llegar, incluso, a la ausencia de condena, habiendo cometido el mismo hecho que el otro.

En cualquier caso pueden verse afectadas personas que estando cumpliendo condena a la entrada en vigor de la Ley 15/2003, por la amplitud de su *vacatio legis* (casi un año), no se vean favorecidas por la retroactividad de la ley penal más favorable, si se entiende que esta retroactividad no es aplicable hasta la conclusión de dicha *vacatio*.

Parece obvio que cuando el legislador despenaliza una conducta o reduce el ámbito de la ilicitud (por ejemplo elevando los límites de la punibilidad), se está ateniendo a un criterio de política criminal respetuoso con el principio de intervención mínima. Como señaló el Consejo General

¹² Ley Orgánica 15/2003. Comentario a la «enésima» reforma del Código Penal. *Revista Iuris*, n.º 80, febrero 2004. Para estos autores, «en términos cuantitativos la reforma acometida afecta a unos 180 preceptos, es decir, a más de una cuarta parte del articulado del Código. Desde el punto de vista de las materias afectadas, la nueva Ley introduce cambios tanto en la parte general como en la parte especial y, sobre todo, modifica sensiblemente el régimen de las consecuencias jurídicas del delito».

¹³ *Curso de Derecho Penal Español*. Parte General, volumen I. Editorial Tecnos, 2002.

del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal (de fecha 22 de abril de 1992), «el fundamento del principio pudiera enunciarse, sencillamente, diciendo que toda interferencia en la libertad ha de justificarse en razón de la tutela de otro bien o interés, para cuya protección ha de ser necesaria, adecuada y proporcionada... Nuestra jurisprudencia constitucional lo considera uno de los elementos de la idea de Estado de Derecho, y lo proclama con especial vigor en el seno del Derecho Penal (*vid. v.g.* S. 62/1982, de 15 de octubre)... El principio de intervención mínima, la prohibición de acudir a la pena más que cuando sea estricta y absolutamente necesario, como exigía expresamente el primer constitucionalismo francés, no es sólo una máxima garantista, sino que constituye, a la vez, un criterio económico, cuya inaplicación provoca una serie de daños sociales: daños a las personas que padecen una criminalización innecesaria y daños a la convivencia social que se crispa y enturbia cuando la solución de conflictos que no lo requieren se libra al instrumento penal. De otra parte, los costes para la Administración de Justicia son incalculables, pues la aplicación de la pena llega a dejar de ser sentida como adecuada, con todo el impacto deslegitimador que ello representa. Desde cualquier punto de vista, ha de optarse, pues, por la mínima intervención».

Este principio, el de intervención mínima, figura extensamente aludido en el preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, como justificación de la reforma, «que ha llevado al Gobierno a afrontar la tarea de ajustar el sistema penal positivo al mencionado principio de mínima intervención».

De lo que se sigue que decidida la despenalización o reducción del ámbito de la ilicitud, no está justificada la interferencia en la libertad pues se ha considerado que la medida penal anteriormente vigente no es (o ya no es) necesaria, adecuada y proporcionada a la tutela del bien o interés. Y si se ha optado por la mínima intervención es porque se ha considerado que con la nueva ley se acude a la pena estricta y absolutamente necesaria, por lo que ha de imperar la retroactividad de la ley penal favorable desde el momento de su publicación.

Respecto a la justificación de la despenalización parcial de ciertos delitos, el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe de 15 de abril de 2003, ya citado, dice:

«Revisión al alza de los límites cuantitativos de los tipos penales.

1. Se sustituye la denominación en pesetas por la denominación en euros y a la vez **se actualizan las cuantías de los tipos en los delitos de contenido patrimonial**. Así:

- a) Pasan a ser **cuatrocientos euros** las cincuenta mil pesetas que figuraban en los siguientes delitos: alteración de lindes (art. 246), distracción de aguas (art. 247), estafa y apropiación indebida (arts. 249 y 252, 253 y 254), defraudación del fluido eléctrico y análogas (arts. 255 y 256), daños (art. 263), daños en el patrimonio histórico (art. 324), distribución de moneda falsa recibida de buena fe (art. 386), distribución de sellos o efectos timbrados falsos recibidos de buena fe (art. 389).

- b) Se establece en **ochenta mil euros** el delito de daños causados por imprudencia grave (art. 267).
- c) En el delito de abuso de información privilegiada (art. 285) el beneficio económico o el perjuicio pasa a ser de **seiscientos mil euros**.
- d) También se actualizan las cuantías del delito fiscal, estableciéndose el límite de punibilidad en **ciento veinte mil euros**, cuando se trate de defraudaciones a la hacienda estatal, autonómica, foral o local (art. 305.1) o a la Seguridad Social (art. 307.1); en **sesenta y cinco mil euros** cuando se trate de la defraudación a la hacienda de la Comunidad Europea (art. 305.3 y 309); o de **ochenta mil euros** en caso de fraude de subvenciones (art. 308.1 y 2); **doscientos cuarenta mil euros** en caso de delito contable (art. 310).
- e) El límite para atenuar la pena según lo previsto en el artículo 432.3 en los casos de malversación pasa a ser de **cuatro mil euros** frente a las quinientas mil pesetas.

2. La revisión al alza de las cuantías es una opción del legislador, en cuanto el transcurso del tiempo desde la última revisión procedente de 1995 situaba los vigentes límites cuantitativos por debajo de la medida necesaria para establecer la equivalencia valorativa entre el tipo del Código vigente y el actual. Mantener los límites actuales, sin revisión, significaría con el paso del tiempo ampliar el ámbito del delito en detrimento de la falta, o en el caso del delito fiscal, por ejemplo, de la infracción administrativa, por el progresivo menor valor relativo del dinero. Por todo ello la revisión al alza de las cuantías constituye una necesidad si quieren mantenerse las actuales valoraciones sociales entre la distinta gravedad del delito y la falta».

No puede sostenerse, a mi juicio, que decidida –por la representación de la voluntad popular– y publicada la despenalización o reducción del ámbito de la ilicitud, por entenderse que la nueva ley contiene la pena estricta y absolutamente necesaria, que la entrada en vigor de la medida se difiera por el expediente de la *vacatio legis* cuya principal función es la de contribuir a la certeza normativa pero que, en ningún caso, debe perjudicar la aplicación de la ley penal más favorable. Como ha dicho el Consejo General del Poder Judicial, la revisión al alza de las cuantías de los delitos «constituye una necesidad».

A juicio del que suscribe, la disposición legislativa atinente a la entrada en vigor de la norma (eficacia temporal) debe estar redactada con la debida claridad y en aquellas normas que contengan disposiciones sancionadoras debe concretarse que las mismas tendrán eficacia retroactiva y que la retroactividad tendrá efecto desde su publicación, a fin de que no le afecte la *vacatio legis*.

De lo contrario podría vulnerarse el principio de seguridad jurídica garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución, pues, ante el silencio de la norma, podrían darse pronunciamientos jurisdiccionales contradictorios, en el sentido de que unos mantuvieran que el artículo 9.3 de la Constitución

ampara que la *vacatio legis* no sea aplicable a la retroactividad de las normas penales favorables y otros lo contrario. De producirse pronunciamientos contradictorios y hasta que el Tribunal Supremo y, en su caso, el Tribunal Constitucional –a través de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad– se pronunciaran al respecto, podría pasar mucho tiempo y haberse cumplido condenas que no deberían haberse cumplido si al final se considera acertada la tesis mantenida en el presente escrito. Como tiene declarado el propio Tribunal Constitucional (ya desde su Sentencia 27/81, de 20 de julio), el principio de seguridad jurídica es suma de **certeza** y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, **irretroactividad de lo no favorable**, interdicción de la arbitrariedad.

III. EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LAS DISPOSICIONES SANCIONADORAS FAVORABLES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL

El artículo 128 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común es del siguiente tenor:

«Artículo 128. Irretroactividad.

1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor».

GARCÍA GÓMEZ SE MERCADO ¹⁴ ha señalado que «el artículo 128 LRJPAC, del mismo modo que hace la legislación penal, establece la aplicación retroactiva de las normas favorables, lo cual, según el Tribunal Constitucional, **no es una mera norma legal, sino que deriva directamente del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables del artículo 9.3 de la Constitución Española**, interpretado *a sensu contrario*, si bien no constituye un derecho susceptible de amparo constitucional (SSTC 15/1981, de 7 de mayo, y 22/1990, de 15 de febrero)».

Para este autor, en referencia al citado artículo 128, «era absolutamente errónea la sugerencia del Consejo de Estado de añadir un inciso final al precepto para permitir que las leyes pudieran determinar la falta de efecto retroactivo de las disposiciones sancionadoras favorables».

Para el Tribunal Supremo (STS de 4 de junio de 1987), «el principio de retroactividad en las normas sancionadoras, favorables, lleva a la conclusión de que para imponer sanciones por hechos que merezcan tal correctivo, no sólo han de estar contemplados y sancionados por ley vigente en el

¹⁴ En la obra colectiva: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*. Editorial Aranzadi, 2002.

momento de su comisión, sino también cuando se juzga o determina por el órgano competente, la aplicación de la norma sancionadora a los hechos». Y en su Sentencia de 11 de mayo de 1987, dice «el artículo 9.3 de la Constitución establece el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, por lo que, *a sensu contrario*, las normas sancionadoras posteriores son de aplicación siempre que resulten más favorables para el inculgado, que es en definitiva la doctrina que ha regido tradicionalmente en las cuestiones de intertemporalidad del derecho sancionador, no siendo óbice para la aplicación de la norma más beneficiosa que el procedimiento sancionador se encuentre en fase de impugnación jurisdiccional, posibilitando la **efectividad inmediata de la nueva normativa**, aconsejable en todo caso por razones de economía procesal, siempre que se haga sin menoscabo del derecho de defensa que asiste a las partes».

IV. LA RETROACTIVIDAD *IN BONUS* EN EL RÉGIMEN SANCIONADOR TRIBUTARIO

La importancia de aclarar legalmente el **principio general de retroactividad de las normas penales favorables** se pone de manifiesto por la Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la Ley General Tributaria.

Ha de tenerse en cuenta que dicho principio se extrae de la interpretación constitucional del artículo 9.3 de la Constitución Española. CONDE-PUMPIDO FERREIRO ¹⁵ sostiene que «así como el principio de la irretroactividad de las leyes sancionadoras aparece expresado en el texto constitucional (art. 9.3), el de la retroactividad de la Ley penal más favorable no se contempla en parte alguna de la Constitución, **lo que plantea sus dudas sobre su rango de principio constitucional o de mera legalidad ordinaria**. El Tribunal Constitucional no ha vacilado en mantener la primera posición en base a una interpretación *a contrario sensu* del propio artículo 9.3 (así, SSTC 9/1981, 15/1981, 131/1986). Sin embargo, precisamente por incardinarse en tal precepto, no reconoce que conceda un derecho fundamental de los susceptibles de amparo (SSTC 8/1981, 57/1985, 59/1986)».

Así, en su Informe de julio de 2001, la precitada Comisión dice:

«Derecho Transitorio:

La nueva Ley General Tributaria ha de incorporar una disposición final que fije la entrada en vigor del nuevo régimen sancionador. Como antecedente de lo expuesto podría citarse la Ley 25/1995. Su disposición final, después de fijar el día de la entrada en vigor de la nueva regulación del Capítulo VI de la Ley General Tributaria, sobre infracciones y sanciones, señalaba que sería aplicable a las infracciones cometidas a partir de dicha fecha, cualquiera que sea la del devengo de los tributos con que guarden relación.

¹⁵ Artículo 2 del Código Penal. En la obra colectiva: *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo I. Editorial Trivium, 1997.

Un asunto relacionado con la citada disposición final es si ha de aplicarse a todas las infracciones o sólo a aquellas que podrían calificarse como "nuevas". La Comisión entiende que la entrada en vigor ha de referirse, en bloque, a todos los preceptos que regulan la potestad sancionadora. Ello se puede fundamentar en que no sólo se tiene en cuenta el precepto tipificador, sino también los referentes a principios, sanciones o criterios de graduación.

También debe figurar en la Ley una disposición transitoria que regule los efectos retroactivos, siempre que las sanciones, para iguales conductas, sean más favorables a los sujetos infractores. La Ley 25/1995, en su disposición transitoria primera, disponía que "la nueva normativa será de aplicación a las infracciones tributarias tipificadas en esta Ley cometidas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma, siempre que su aplicación resulte más favorable para el sujeto infractor y la sanción impuesta no haya adquirido firmeza". **La Comisión considera que es conveniente la norma transitoria, aunque se formule el principio general de la retroactividad de las normas penales más favorables. Ello dará lugar a su aplicación de oficio y sin necesidad de que los afectados tengan que invocarla».**

Y en su Informe sobre el borrador del Anteproyecto de la nueva Ley General Tributaria:

«Régimen transitorio.

Para finalizar, el borrador de Anteproyecto de la Ley General Tributaria, siguiendo de nuevo las recomendaciones del Informe 2001, contiene una disposición transitoria que fija los efectos retroactivos del nuevo régimen sancionador. Así, señala que será de aplicación a las infracciones tributarias cometidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, siempre que su aplicación resulte más favorable para el sujeto infractor y la sanción impuesta no haya adquirido firmeza. **De esta forma se refuerza la aplicación del principio general también formulado, de retroactividad de las normas penales más favorables.** Ello dará lugar a su aplicación de oficio y sin necesidad de que los afectados tengan que invocarla. Esto es, precisamente, lo que se prevé, ya que se señala que la revisión de las sanciones no firmes se llevará a cabo por los órganos administrativos y judiciales que estén conociendo de los recursos, previa audiencia al interesado».

La nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 18 de diciembre de 2003) establece en su disposición final undécima (Entrada en vigor) lo siguiente:

«La presente ley entrará en vigor el 1 de julio de 2004 salvo el apartado 2 de la disposición transitoria cuarta que entrará en vigor al día siguiente de la publicación de esta ley en el "Boletín Oficial del Estado"».

Como puede observarse se establece también una amplia *vacatio legis* de más de seis meses, sin duda necesaria para una ley de la importancia y complejidad de ésta.

La disposición transitoria cuarta (Infracciones y sanciones tributarias), de referida ley, es del siguiente tenor:

«1. Esta ley será de aplicación a las infracciones tributarias cometidas con anterioridad a su entrada en vigor, siempre que su aplicación resulte más favorable para el sujeto infractor y la sanción impuesta no haya adquirido firmeza.

La revisión de las sanciones no firmes y la aplicación de la nueva normativa se realizará por los órganos administrativos y jurisdiccionales que estén conociendo de las reclamaciones y recursos, previa audiencia al interesado.

2. Los procedimientos sancionadores en materia tributaria iniciados antes del 1 de julio de 2004 ¹⁶ deberán concluir antes del 31 de diciembre de 2004, sin que les sea de aplicación el plazo máximo de resolución previsto en el apartado 3 del artículo 34 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, y en el artículo 36 del Real Decreto 1930/1998, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla el régimen sancionador tributario y se introducen las adecuaciones necesarias en el Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos.»

Este apartado 2, que entra en vigor al día siguiente de la publicación de la Ley General Tributaria en el Boletín Oficial del Estado, y no el día de su entrada en vigor, favorece la aplicación retroactiva de las normas sancionadoras favorables.

FALCÓN Y TELLA ¹⁷ ha sido muy crítico con la regulación del apartado 2 de la disposición transitoria cuarta. Entiende este autor que "a primera vista parece que la finalidad de este adelantamiento de la entrada en vigor del apartado 2 de la disposición transitoria cuarta es facilitar la aplicación retroactiva de la nueva ley en materia de sanciones, evitando que la amenaza de la caducidad del procedimiento obligue a dictar la resolución sancionadora antes de la entrada en vigor de la nueva ley, lo que supondría para el particular la carga de recurrir dicha resolución si quiere beneficiarse de

¹⁶ Fecha de entrada en vigor de la Ley General Tributaria.

¹⁷ La entrada en vigor de la nueva Ley General Tributaria y su aplicación retroactiva en materia de sanciones: la posible inconstitucionalidad de la disposición transitoria 4.1 y del artículo 10.2. Editorial de la revista *Quincena Fiscal*, n.º 1, enero 2004. Entiende este autor «que el inciso "que no sean firmes" contenido en el párrafo segundo del artículo 10.2, y el inciso final del párrafo primero del apartado 1 de la disposición transitoria cuarta ("y la sanción impuesta no haya adquirido firmeza"), deben interpretarse correctivamente, conforme a la Constitución, en el sentido de que **la retroactividad sólo se excluye cuando la sanción ha sido cumplida íntegramente**; de no interpretarse así, tales incisos resultan inconstitucionales, aunque tal inconstitucionalidad no sea susceptible de fundamentar un recurso de amparo, por no afectar al principio de legalidad ni a los derechos fundamentales».

los efectos retroactivos de la norma más favorable." Para este autor, «si lo que se pretendía era favorecer la aplicación retroactiva de las normas sancionadoras más favorables contenidas en la nueva Ley, lo lógico hubiera sido que se adelantara la entrada en vigor de las normas reguladoras de las infracciones y sanciones, en cuanto las mismas pudieran resultar más favorables, lo que hubiera permitido continuar normalmente la tramitación de los procedimientos dentro del plazo máximo de seis meses... Lo que se ha hecho, sin embargo, es otra cosa muy distinta, pues **en lugar de adelantar la entrada en vigor de las normas sancionadoras, en cuanto resulten más favorables, lo que se ha hecho en realidad es retrasar la caducidad de los procedimientos, alargando su duración máxima en algunos casos a más de un año; pues no otra cosa supone el apartado 2 de la disposición transitoria cuarta, cuya entrada en vigor es la única que se adelanta**».

Nosotros pensamos también que lo lógico es que las disposiciones sancionadoras favorables deberían haber entrado en vigor con la publicación de la ley.

Pero prueba de que la tesis que venimos sustentando es constitucionalmente la correcta es que en materia de infracciones tributarias existen antecedentes de suspensión de procedimientos sancionadores con motivo de la **tramitación** de leyes tributarias.

FALCÓN Y TELLA ¹⁸ relata estos antecedentes y señala «el precedente de lo ocurrido durante la tramitación de la reforma de la Ley General Tributaria que culminó con la Ley 25/1995, que a diferencia del proyecto actual, supuso una reducción generalizada de las sanciones. En dicha ocasión, la publicación del proyecto en el Boletín Oficial de las Cortes el día 5 de diciembre de 1994, dio lugar a una Instrucción del 14 de diciembre siguiente ¹⁹, de la Directora General de la Agencia, a través de la cual se procedió a "unificar" los criterios de actuación de los órganos con competencia sancionadora en el siguiente sentido:

- En el ámbito de la inspección, en caso de conformidad del interesado con la propuesta de sanción por infracción grave, se hacía constar en el cuerpo del acta que ha quedado informado del proyecto.
- En caso de disconformidad, se suspendía la tramitación del expediente en lo relativo a la sanción, practicándose por el Inspector Jefe, en su caso, una liquidación a cuenta sin incluir sanciones, y abriéndose un período de alegaciones respecto a éstas cuando entrase en vigor la nueva normativa.
- En cuanto a los órganos de gestión, se ordenaba suspender el inicio de nuevos expedientes sancionadores, pero continuaban hasta su conclusión los ya iniciados, informando el interesado del contenido del proyecto al notificar la sanción impuesta».

¹⁸ La suspensión de los procedimientos sancionadores con motivo de la nueva Ley General Tributaria. Editorial de la revista *Quincena Fiscal*, n.º 12, Junio 2003.

¹⁹ *Revista Quincena Fiscal*, n.º 22/1994.

Continúa FALCÓN Y TELLA explicando que «una vez publicada la Ley 25/1995, se dictó la Instrucción 6/1995, de 26 de julio, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria ²⁰, que dejó "sin efecto" los criterios contenidos en la Instrucción anterior, señalando el modo de proceder para reanudar los expedientes sancionadores suspendidos al amparo de la misma».

Para este autor, «este precedente resulta, sin embargo, muy discutible, pues **no existía entonces –ni existe ahora– ningún apoyo legal o reglamentario para la suspensión de los expedientes sancionadores**. Ciertamente, la suspensión facilitaría la aplicación retroactiva de la normativa posterior si la misma es más favorable al interesado... En este sentido, **la suspensión ahorraría al interesado la carga de recurrir sistemáticamente cualquier sanción que se le imponga con objeto de evitar su firmeza antes de la entrada en vigor de la reforma**, aunque es discutible que la mera firmeza, en el caso de sanciones todavía no pagadas, pueda jugar como límite a la retroactividad de la norma sancionadora más favorable».

Respecto a las sanciones «todavía no pagadas», NIETO GARCÍA ²¹ ha dicho que «tratándose de multas –que es la sanción más habitual en este ámbito– resulta que si la multa ya ha sido satisfecha, no procede la revisión retroactiva; mientras que sí procedería para el sancionado moroso, premian-do su resistencia. Y, en cambio, no ofrece dudas la aplicación retroactiva favorable de otras sanciones de cumplimiento indefinido, como, por ejemplo, la pérdida de capacidad para realizar determinadas actividades (retirada de licencia) o suspensión temporal o indefinida de su ejercicio (cierre de establecimientos)».

FALCÓN Y TELLA plantea serias dudas de legalidad de la suspensión de las sanciones anteriormente relatadas, como asimismo, de una posible reforma reglamentaria –por insuficiencia de rango normativo– del procedimiento sancionador que permitiera acordar de oficio la suspensión del procedimiento sancionador a partir del momento en que se inicie la tramitación parlamentaria de un proyecto de ley que incluya modificaciones sustantivas en el régimen sancionador tributario.

Con motivo de la publicación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se dictó, con fecha del día siguiente, la Instrucción 9/2003, de 18 de diciembre, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria por la que se fijan los criterios a seguir por sus órganos con competencia sancionadora en relación con el apartado 2 de la disposición transitoria cuarta de la nueva Ley General Tributaria.

Según dicha Instrucción, «resulta imprescindible unificar los criterios de actuación de los órganos con competencia en materia sancionadora dependientes de la Agencia Tributaria, de forma que se combinen adecuadamente la seguridad jurídica y el respeto a las garantías del administrado, **pre-servando el principio de retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables** y conciliándolo con el mandato constitucional de eficacia administrativa en la gestión del sistema tributario».

²⁰ *Revista Quincena Fiscal*, n.º 17/1995.

²¹ *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos, 1993.

Todo lo relatado hasta ahora refuerza la tesis que venimos exponiendo: la publicación –no la entrada en vigor– de una norma penal con contenido favorable marca el hito para su aplicación con efectos retroactivos.

V. EL PRINCIPIO DE LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE. APUNTES

Como expresa PÉREZ LUÑO ²², se entiende por **retroactividad** la proyección del ámbito temporal de las normas a hechos o conductas previas a su promulgación. Advierte, con razón, Hans Walter SCHEERBARTH que ninguna ley es retroactiva *stricto sensu*, puesto que la ley no puede ni reglamentar, ni modificar el pasado, sino sólo extender sus consecuencias jurídicas *en el presente* a situaciones que se produjeron en el pasado... La prohibición de retroactividad de las leyes representa una manifestación básica y específica de la seguridad jurídica».

A mi juicio, una interpretación *a sensu contrario* del artículo 9.3 de la Constitución, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, reconoce plenamente el principio de retroactividad de la norma penal más favorable. No obstante lo anterior, dicho principio tendría vigencia en nuestro país por aplicación del artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito por España, que dice:

«Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. **Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.**»

El artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha sido invocado por nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de mayo de 1990: «el principio de retroactividad de las leyes penales favorables, reconocido en los artículos 24 del Código Penal y 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, es una consecuencia del principio de legalidad, establecido en el artículo 25 de la Constitución, para la imposición de condena o sanción y del principio de irretroactividad que garantiza el artículo 9, número 3 del mismo texto fundamental. **Su aplicación al Derecho administrativo sancionador resulta, por tanto, de la Constitución, interpretada de esta manera conforme a lo previsto en su artículo 10.2.**»

Como puede observarse, el Tribunal Supremo alude a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, que dice: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de

²² *La seguridad jurídica*. Editorial Ariel, 1994.

Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». A mi juicio, que el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable no esté considerado formalmente por nuestra Constitución como un Derecho fundamental, al estar inserto en el artículo 9.3, no es óbice para que sea aplicable el artículo 10.2 del mismo texto. Como ha señalado LUCAS OSORIO ²³, «de acuerdo con el artículo 10.2, los Textos Internacionales ratificados por España son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos que, en este punto, recoge la Constitución, hasta el punto de que aquellos Pactos pueden condicionar la interpretación que se de a determinados preceptos e, incluso, llegar a alterar interpretaciones "preconstitucionales".

Asimismo, el artículo 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce también dicho principio de retroactividad de la norma penal más favorable:

«Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. **Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta».**

La explicación de la génesis de este artículo de la Carta es la siguiente ²⁴:

«Este artículo recoge el principio clásico de irretroactividad de las leyes y sanciones penales. **Se ha añadido el principio de retroactividad de la pena más leve que reconocen numerosos Estados miembros y figura en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos».**

La Constitución portuguesa ²⁵ reconoce expresamente el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, en su artículo 29.4:

«Nadie podrá sufrir pena o medida de seguridad más grave que las que estuvieran previstas en el momento de la conducta que las motive o de darse los respectivos supuestos. **Se aplicarán retroactivamente las leyes penales de contenido más favorable para el imputado.»**

²³ En la obra colectiva: *Comentarios a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1995.

²⁴ Documento CHARTE 4473/00. Texto de las explicaciones relativas al texto completo de la Carta, en la versión que figura en el doc. CHARTE 4487/00 CONVENT 50. Bruselas, 11 de octubre de 2000.

²⁵ RUBIO LLORENTE y DARANAS PELÁEZ. *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*. Editorial Ariel, 1997.

DÍEZ-PICAZO ²⁶ sostiene que «el verdadero caballo de batalla respecto del requisito de *lex praevia* es si, paralelamente a esta irretroactividad de la ley penal desfavorable, existe un imperativo constitucional de dotar de eficacia retroactiva a la ley penal favorable al reo. Es éste un principio tradicional del Derecho penal liberal, que actualmente está recogido a nivel legislativo en el artículo 2 del Código Penal, así como en las disposiciones transitorias 1.^a y 2.^a del mismo cuerpo legal. Ahora bien, hasta la fecha el Tribunal Constitucional no ha afirmado que el principio de legalidad penal del artículo 25 de la Constitución contenga un derecho fundamental a la retroactividad de la ley penal favorable, por más que sí le otorgue cierto reconocimiento indirecto: el referido artículo 9.3 impondría *sensu contrario* la retroactividad de la ley penal favorable, entendiendo por tal el texto legal en su conjunto; es decir, no cabe aplicar partes de la ley antigua y partes de la ley nueva, sino aquella de las dos que sea globalmente la más favorable al reo (STC 8/1981 y 131/1986). La diferencia práctica es que, al hallar su fundamento constitucional en el artículo 9.3 en lugar del artículo 25, la retroactividad de la ley penal más favorable no es susceptible de ser invocada en recurso de amparo. En idéntico sentido, dicho sea incidentalmente, se pronuncia el artículo 47 de la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Aunque esta falta de caracterización como derecho fundamental de la retroactividad de la ley penal favorable es criticada por muchos penalistas, la verdad es que la respuesta al interrogante de si el artículo 25 de la Constitución Española contiene un mandato de retroactividad *in melius* de la ley penal dista de ser evidente. A este respecto, hay que tener en cuenta que el artículo 9.3 de la Constitución Española, donde en definitiva se hallan las previsiones constitucionales en esta materia, sólo contiene expresamente una prohibición de retroactividad desfavorable, no un mandato de retroactividad favorable. A este argumento literal cabría añadir que la razón para prohibir la retroactividad de la ley penal desfavorable no coincide con la razón para ordenar la retroactividad de la ley penal favorable: aquella se justifica, como se ha visto, en exigencias de seguridad jurídica; seguridad jurídica que no dice nada a favor –ni, por supuesto, en contra– de la retroactividad *in melius*, que tendría que justificarse, más bien, por consideraciones de filantropía. Ni siquiera el principio de igualdad ante la ley serviría a este propósito, pues, en algunos casos el legislador puede tener buenas razones para aligerar la respuesta penal a comportamientos que ya no son socialmente peligrosos como en tiempos anteriores pero estimar, al mismo tiempo, que quienes cometieron esos delitos en aquella época no merecen beneficiarse de la nueva legislación más benigna».

No podemos compartir la opinión manifestada en el párrafo precedente por DÍEZ-PICAZO, pues consideramos que ha de primar el principio, antes citado, de que la aplicación de la nueva pena más leve es justa y la de la pena más severa de la ley derogada, innecesaria; debiendo primar, además, el principio de intervención mínima.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO ²⁷, respecto al caso en que «la nueva Ley deroga un precepto que tipificaba una determinada conducta», entiende que «tiene efecto retroactivo y los hechos que fueron considerados delictivos de acuerdo con la legalidad derogada pasan a ser impunes, por impera-

²⁶ «El principio de legalidad en la Constitución Española». *Diario Jurídico Aranzadi*, 27 de noviembre de 2001.

²⁷ Obra citada.

tivo de este precepto. Si el legislador entiende, con la derogación, que los hechos hasta entonces castigados no eran contrarios a los intereses de la comunidad o han dejado de serlo, **el mantener su castigo constituiría una arbitrariedad incompatible con los presupuestos de un Estado Democrático de Derecho**».

Respecto al caso en que «la nueva ley modifica un tipo preexistente atenuando su penalidad» este autor señala que «éste es el supuesto a que se refiere el número 2 de este artículo y en el que la aplicación del precepto que comentamos plantea mayores problemas:

En primer lugar hay que decir que **la jurisprudencia²⁸ ha exigido la plena entrada en vigor de la nueva Ley, que no puede ser aplicada en período de *vacatio* (SSTS de 20 de enero, de 12 de febrero y 24 de noviembre de 1966, de 20 de marzo de 1967, de 1 de abril de 1969, de 18 de mayo de 1971), lo que no deja de plantear problemas en el supuesto de sujetos que están a punto de cumplir condena y debieran ser liberados a consecuencia de la aplicación de la nueva legalidad**, como ha puesto de relieve la aplicación de las disposiciones transitorias del Código. La Sala Primera del Tribunal Supremo ha mantenido en el área civil un criterio distinto, permitiendo los efectos favorables de la nueva Ley en el período de *vacatio* (S de 18 de mayo 1907)».

VI. LA OPINIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Sostenemos en el presente trabajo que el principio de retroactividad de la Ley penal más favorable es un principio constitucional y no una cuestión de mera legalidad ordinaria. Volvemos a recordar las palabras de CONDE-PUMPIDO FERREIRO²⁹: «así como el principio de la irretroactividad de las leyes sancionadoras aparece expresado en el texto constitucional (art. 9.3), el de la retroactividad de la Ley penal más favorable no se contempla en parte alguna de la Constitución, **lo que plantea sus dudas sobre su rango de principio constitucional o de mera legalidad ordinaria**. El Tribunal Constitucional no ha vacilado en mantener la primera posición en base a una interpretación *a contrario sensu* del propio artículo 9.3 (así, SSTC de 9/1981, 15/1981, 131/1986)».

Pero el legislador no parece tener claro que este asunto no sea de mera legalidad ordinaria. Así, la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando disponía lo siguiente:

²⁸ Téngase en cuenta que la jurisprudencia que cita este autor es toda anterior a la Constitución Española.

²⁹ Artículo 2 del Código Penal. En la obra colectiva: *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo I. Editorial Trivium, 1997.

«Disposición transitoria única. Retroactividad.

1. Los preceptos contenidos en la presente Ley tendrán efectos retroactivos, en cuanto favorezcan a los responsables de los actos constitutivos de contrabando a que la misma se refiere, **en los términos establecidos en el Código Penal.**

2. Igual eficacia retroactiva tendrán las disposiciones sancionadoras previstas en esta Ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 128.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.»

Como se puede observar no se limita a **aclarar**³⁰ que la norma tendrá efecto retroactivo en lo favorable, sino que hace remisiones a normas legales: Código Penal y Ley de Procedimiento Administrativo.

Sobre la facultad del legislador para determinar la política criminal, el Tribunal Constitucional (STC 129/1996, de 9 de julio) se manifestó en los siguientes términos³¹:

«El legislador, en el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanar de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como respecto de la determinación de las sanciones penales, goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución Española, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática; no sólo cabe afirmar pues, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, que corresponde al legislador el diseño exclusivo de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad. En consecuencia, tan conforme es a la Constitución Española, en los términos expuestos, que **un hecho que hasta un determinado momento es penalmente típico deje de serlo**, o viceversa, o que, sobre él, el legislador establezca una diferente pena en el aspecto cualitativo o en el cuantitativo; los procesos de auténtica criminalización y descriminalización, o de aumento o reducción de penas, responden a una serie de circunstancias que generalmente afectan a la sensibilidad social frente a determinados comportamientos, **que al ser captadas por el legislador en cada momento histórico dan lugar a una distinta reacción del ordenamiento jurídico, desde la perspectiva penal que es la que interesa al caso.**»

³⁰ Decimos aclarar porque consideramos que el principio de retroactividad de la norma penal más favorable está contenido en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

³¹ *Diario la Ley*, 17 de septiembre de 1996.

A mi juicio y siguiendo este razonamiento, el legislador decide que un hecho penal típico deja de serlo desde la publicación de la norma en el Boletín Oficial del Estado, pues es esta fecha el momento histórico en que el legislador capta y acoge las circunstancias que dan lugar a la reforma penal, sin que esté justificado que pretenda diferir en el tiempo, por efecto de la *vacatio legis*, la des-criminalización, pues ello contravendría el artículo 9.3 de la Constitución que debe ser, en mi opinión, uno de los límites a que se refiere el Tribunal Constitucional.

La Circular 1/1996, de la Fiscalía General del Estado ³², trata sobre el «régimen transitorio del Código Penal de 1995 (Revisión de sentencias)» y aborda la cuestión que estamos tratando en el presente artículo: «legislación más favorable y período de *vacatio*».

Para la Fiscalía, «la primera cuestión a dilucidar estriba en determinar si las disposiciones del nuevo Código, en la medida en que resulten más favorables, pueden ya aplicarse durante el período de *vacatio* fijado por el legislador, es decir, durante el tiempo comprendido entre la publicación del Código (24 de noviembre de 1995) y su efectiva entrada en vigor (25 de mayo de 1996)».

La Circular recuerda otra Circular de la Fiscalía General del Estado (la 2/1983, de 1 de julio): «recaída a propósito del régimen transitorio de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, (que) sostuvo **que las normas penales más favorables deben ser aplicadas de manera que sus consecuencias positivas se reflejen en la realidad, sin los cortes o soluciones de continuidad que ocasiona el plazo de vacación legal**». «Ahora bien (dice la Circular 1/1996), el criterio entonces sostenido no tuvo que vencer el contenido literal de alguna disposición transitoria como las que establece el nuevo Código Penal, que claramente apuntan a la solución contraria...».

A nuestro juicio, la Fiscalía considera que las relaciones entre el período de *vacatio* y la aplicación de la legislación más favorable son un asunto de mera legalidad ordinaria, de lo que se infiere un argumento en nuestra opinión insostenible, esto es, que el legislador decide en cada momento si el período de *vacatio* afecta o no a la aplicación de la norma penal más favorable, pues esto es lo que se deduce de la opinión de la Fiscalía: depende de lo que digan las disposiciones transitorias.

Resulta paradójico que la Fiscalía aluda a una norma preconstitucional, que resulta ser perfectamente respetuosa³³ con el artículo 9.3 de la Constitución: «A diferencia del decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprobaba y promulgaba el Código Penal según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944, que en su artículo tercero **declaraba la aplicabilidad inmediata, sin esperar al transcurso del período de vacatio, de las nuevas normas en cuanto fuesen más favorables**, las disposiciones transitorias del nuevo Código Penal conducen inequívocamente a entender que, **al menos en este caso, por voluntad expresa del legislador**, las normas del nuevo Código Penal, sean o no favorables, no pueden ser aplicadas hasta la finalización del plazo de *vacatio*».

³² Recogida en SERRANO BUTRAGUENO: *Las penas en el nuevo Código Penal. Doctrina, Jurisprudencia, Derecho comparado y casos prácticos*. Editorial Comares, 1996.

³³ Obviamente nos estamos refiriendo a la aplicación inmediata de la norma penal más favorable.

Llega a decir la Fiscalía que «la solución que se acoge –**no vigencia de las disposiciones más favorables en el tiempo de *vacatio legis***– es la más respetuosa con la seguridad jurídica». Y apoya esta tesis con un supuesto extraordinario ³⁴: la posible reforma, durante la *vacatio*, de la ley que todavía no ha entrado en vigor. También se puede argumentar, de contrario, que durante el tiempo de la *vacatio*, sobre todo si es amplio, pueden fallecer en prisión quienes se verían beneficiados por la inmediata entrada en vigor de la norma penal más favorable. Asimismo, siguiendo el criterio de la Fiscalía, el *dies a quo* para interponer los recursos contra las normas debería comenzar a contar desde su **entrada en vigor**, en vez, como ocurre ahora, desde su **publicación**, pues para qué interponer un recurso si la norma no ha entrado en vigor y puede ser modificada o derogada durante el período de *vacatio*.

La Circular 2/1996 ³⁵, relativa al «régimen transitorio del nuevo Código Penal: su incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores», vuelve a incidir sobre el mismo asunto. Se refiere particularmente tanto a los hechos todavía no enjuiciados en el momento de su entrada en vigor, pero sucedidos antes de su vigencia, como a las sentencias en fase de recurso.

Respecto a las «causas en que no ha recaído sentencia» dice la Circular que «en causas seguidas exclusivamente por hechos despenalizados en que ya se haya evacuado el trámite de calificación, nada impide solicitar el sobreseimiento libre retirando la acusación sin necesidad de esperar al acto del juicio oral...».

VII. SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA CUANTÍA DINERARIA DEL UMBRAL DE LOS DELITOS

La modificación de la cuantía puede estar motivada en razones de política criminal o en la mera adaptación por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, o en razones mixtas. A título de ejemplo, en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, puede leerse como uno de los argumentos que se citan para justificar la «necesidad de la norma» es el siguiente: «Se incrementa la cuantía del valor de las mercancías para la tipificación del delito hasta 3.000.000 de pesetas, **no sólo para actualizar la equivalencia real del valor de la peseta, sino también para aliviar la carga que pesa sobre el orden jurisdiccional penal**».

En cualquier caso, a mi juicio, es aplicable el principio de la retroactividad de la ley más favorable.

³⁴ Lo que sí constituiría un atentado a la seguridad jurídica sería la reforma habitual de las leyes antes de su entrada en vigor. Mantenemos que este supuesto, al menos en materia penal, es un supuesto extraordinario, por fortuna. En otros sectores del ordenamiento tendríamos nuestras dudas, dada la época de motorización legislativa que nos toca vivir. Sobre este asunto: GARCÍA DE ENTERRÍA. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Editorial Civitas, 1999.

No obstante lo anterior, según se expone en el documento: «Las reformas del Código Penal y la LECrim, en el período (2002-2003)», elaborado por el Gabinete Técnico de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Enero 2004): «Desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 hasta la actualidad han tenido lugar en España un total de 18 reformas de dicho Código: once hasta 2002 y siete desde este último año hasta 2003».

³⁵ Recogida en SERRANO BUTRAGUEÑO, *ob cit.*

Cuando se modifica la cuantía por la mera adaptación por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, podría sostenerse la no retroactividad de la norma más favorable, fundamentando tal postura en que la naturaleza del hecho y su esencia permanecen invariables.

Supongamos que la cuantía del umbral delictivo no se modifica en 10 años y que cuando se modifica se hace en función de la evolución de los precios, según estadísticas oficiales. Es evidente que la modificación tendrá en cuenta la evolución total de los precios en esos 10 años y que, sin embargo, los precios habrán ido evolucionando año a año. Es decir, no tiene la misma significación monetaria, partiendo de la ley anterior a la modificación, la comisión de un delito en el primer año de vigencia de la ley, que la comisión del delito en años posteriores (por ejemplo, en el tercer año; en el quinto año; en el séptimo año; en el noveno año, o en el último año anterior a la modificación legal). Esta casuística, que de tenerse en cuenta podría ser contraria al principio de seguridad jurídica y de legalidad, impide, a mi juicio, restar significación al principio de retroactividad de la norma penal más favorable. Es decir, la ley que revise las cuantías de los umbrales delictivos ha de aplicarse, en lo favorable, retroactivamente, sin tener en cuenta otras consideraciones, tales como si ha de otorgarse distinta significación a si el delito se cometió más lejos o más cerca en el tiempo de la revisión de las cuantías. De lo contrario, debería aceptarse la tesis de que la cuantía en vigor en cada momento ha de revisarse **por el juzgador** en función de la evolución de la inflación en la fecha de comisión del delito. Es decir, si la ley que establece la cuantía entró en vigor en el año 1995 (por ejemplo) y el delito se cometió en el año 2000, el juez debería actualizar la cuantía del año 1995 en función de la evolución de los precios hasta el 2000 y la resultante sería el umbral a partir del cual la conducta constituiría o no materia penal. Pero creo que esto sería contrario a los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

Debe tenerse muy en cuenta, al efecto de lo dicho anteriormente, que en nuestro ordenamiento rige el principio nominalista.

Según nuestro Tribunal Constitucional (STC 221/1992, de 11 de diciembre), «el legislador tributario, siguiendo el criterio establecido en otros sectores del ordenamiento y en especial en el Derecho de obligaciones, ha establecido como principio configurador del sistema el principio nominalista. El citado principio sirve para proteger la estabilidad de la moneda, evitando la pérdida de confianza que en otro caso se produciría. **En cuanto tal principio, el nominalista es coherente con el orden constitucional establecido**».

Por tanto, el Derecho penal atiende, una vez publicada la ley, al principio nominalista, que ha de seguirse a la hora de aplicar la retroactividad *in bonus*.

VIII. LA PETICIÓN AL DEFENSOR DEL PUEBLO

En base a los argumentos expuestos en el presente trabajo, con fecha 5 de enero de 2004, se solicitó del Excmo. Sr. Defensor del Pueblo la presentación «de un recurso de inconstitucionalidad contra la disposición final quinta de la referida Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, ya que

vulnera el artículo 9.3 de la Constitución, en el sentido de que la Constitución garantiza la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables, así como vulnera, referida disposición final, el propio principio de seguridad jurídica.

Ello a fin de que por el Tribunal Constitucional se proceda a emitir sentencia interpretativa que declare que la citada disposición final quinta no es inconstitucional si se interpreta en el sentido de que las normas que despenalizan comportamientos o las normas que tipifican comportamientos ya punibles, pero que reducen el ámbito de la ilicitud (por ejemplo, elevando los límites de la punibilidad), no están afectadas por la *vacatio legis* y entran en vigor inmediatamente, una vez publicada la norma».

IX. SOBRE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se solicitó al Defensor del Pueblo la presentación de un recurso de inconstitucionalidad, no para que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad del precepto controvertido, sino para que emita una sentencia interpretativa.

Como ha expuesto JIMÉNEZ CAMPO³⁶, sobre los pronunciamientos interpretativos, éstos «son aquellos en los que la interpretación *secundum constitutionem* del precepto enjuiciado se constituye no en premisa, sino en objeto del fallo. La sentencia interpretativa, ya se contenga la interpretación en el fallo, ya en la parte de la fundamentación a la que aquél remite, se presenta siempre, por lo tanto, como un pronunciamiento condicionado de constitucionalidad (señalamiento en la sentencia de la interpretación conforme) o de inconstitucionalidad (exclusión de una determinada interpretación). De ambos tipos ofrece muestras la jurisprudencia constitucional».

El mismo autor³⁷ ha señalado que «en el enjuiciamiento y control de la ley, la "interpretación conforme" hace posible una reorientación de las normas en sentido constitucional y propicia, de este modo, tanto la continuidad del ordenamiento (control de la legalidad preconstitucional) como, en términos más generales, la evitación de los vacíos normativos que se seguirían de la eventual declaración de inconstitucionalidad de **reglas susceptibles de un entendimiento acomodado a la Constitución**. Se llega así a identificar un **principio de "mantenimiento de la ley"** (STC 63/1982, de 20 de octubre), en cuya virtud sólo procede declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal cuando su incompatibilidad con la Constitución "resulte indudable" por ser "imposible" llevar a cabo aquella interpretación conciliadora (STC 4/1981, de 2 de febrero). En las llamadas "sentencias interpretativas" del Tribunal Constitucional, ya aludidas, se expresa con nitidez máxima esta **conjunción entre afirmación de la Constitución y mantenimiento de la ley** (expresión esta –"mantenimiento" o "conservación" de la ley– que parece, en todo

³⁶ Voz «Sentencias del Tribunal Constitucional». *Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen IV. Editorial Civitas, 1995.

³⁷ Voz «Interpretación conforme a la Constitución». *Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen III. Editorial Civitas, 1995.

caso, la más adecuada en este contexto, pues la fórmula "presunción de legitimidad de la ley", a veces empleada con sentido análogo, tiene un ámbito de proyección más amplio y es sólo predicable, en rigor, de la legislación posconstitucional)».

Aunque la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero³⁸, dijo que «la emanación de una sentencia de este género (interpretativa) no puede ser objeto de una pretensión de los recurrentes», consideramos que no hay obstáculo alguno para que los mismos puedan sugerir una sentencia de este tipo, aunque no tenga el valor de pretensión procesal.

X. LA RESOLUCIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

La resolución del Defensor del Pueblo sobre la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad es de fecha 5 de febrero de 2004 y del siguiente tenor:

«Fundamentos jurídicos.

PRIMERO. El problema suscitado por el solicitante, ya se planteó también con ocasión de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en la que se aprobó el nuevo Código Penal. En aquel momento la *vacatio legis* fue de seis meses y al igual que sucede en este momento la cuestión a dilucidar estriba en determinar si las disposiciones de la nueva Ley Orgánica (15/2003) en la medida que resulten más favorables pueden aplicarse durante el período de *vacatio* fijado por el legislador.

La *vacatio legis* es un período intermedio entre la promulgación o publicación de una ley y su entrada en vigor y que se impone, generalmente, para facilitar el conocimiento general y profundo de la misma. Como regla general las leyes –las penales también– sólo resultan aplicables a hechos acaecidos bajo el imperio de su vigencia, es decir, en el tiempo que transcurre desde su entrada en vigor hasta la fecha de su derogación.

Esa regla general ha tenido, en el caso de las normas penales, una particular aplicación como consecuencia de reconocer a esas normas un carácter retroactivo en lo que resulte más favorable para el acusado o condenado. Ahora bien, ese efecto retroactivo requiere para su aplicación que esa ley penal más favorable haya entrado en vigor, mientras tanto no es posible hablar ni de la ley penal más favorable ni de efecto retroactivo.

Los argumentos que utiliza la persona que presente la solicitud de recurso de inconstitucionalidad ponen de manifiesto o parecen dar a entender que, hasta el 1 de octubre de 2004, van a coexistir en nuestro ordenamiento penal dos leyes. Esta conclusión

³⁸ Vista en GOIG MARTÍNEZ, NÚÑEZ RIVERO y NÚÑEZ MARTÍNEZ: *El Sistema Constitucional Español según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Editorial Universitas Internacional, 2004.

es errónea, ya que lo cierto y verdad es que hasta el 1 de octubre de 2004, tendremos una ley en fase de extinción –plenamente vigente– que es la única que se puede aplicar y otra ley en nacimiento con una fecha cierta de entrada en vigor (1 de octubre de 2004). Los campos de fuerza en que se mueven cada una de esas dos leyes poseen una energía temporal muy diferente, que en modo alguno coinciden en el tiempo, es decir, la ley que se deroga estará vigente hasta el 1 de octubre de 2004 y la nueva ley entrará en vigor justamente ese día cuando la anterior sea ya una norma derogada.

La inseguridad jurídica que, a juicio del solicitante, va a presentarse como consecuencia de la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003 y la consiguiente vulneración del artículo 9.3 de la Constitución, no puede producirse ya que los tribunales de justicia a la hora de aplicar el derecho, sólo podrán utilizar el derecho vigente hasta el día 1 de octubre de 2004. Los jueces y tribunales hasta esa fecha no podrán hacer uso de las disposiciones penales que se contienen en la Ley Orgánica 15/2003.

Precisamente el principio de seguridad jurídica que menciona dicho señor es el que da lugar a que los órganos judiciales en su labor interpretativa de la ley sólo puedan aplicar la ley vigente en cada momento. Esta conclusión ya fue utilizada en su momento por la Fiscalía General del Estado en Circular 1/1996, de 23 de febrero, a raíz de la aprobación del actual Código Penal (Ley Orgánica 10/1995).

No puede tenerse en cuenta el argumento que se cita en los escritos presentados, acerca de que esa seguridad jurídica debería evitar la estancia en prisión de personas que de haber sido juzgadas conforme a la nueva ley saldrían en libertad, ya que la esencia de toda condena penal encuentra su razón de ser no en las leyes venideras, por muy favorables que sean, sino en el principio de legalidad. Sólo se castigan las acciones tipificadas como delito que hayan sido incluidas como tales en una ley anterior a su perpetuación ³⁹ (art. 1.1 del Código Penal).

Con independencia de todo lo anterior, esta Institución comparte alguno de los argumentos esgrimidos por el solicitante, en el sentido de que la disposición final quinta debería haberse redactado con la claridad y precisión necesarias, de tal forma que las conductas despenalizadas o que han visto reducido su ámbito de ilicitud, hubieran entrado en vigor al día siguiente en el que se publicó la nueva ley (27 de noviembre de 2003), evitando así la revisión de todos aquellos casos en los que se dictarán sentencias condenatorias, aún sabiendo que a partir de 1 de octubre de 2004, tales sentencias serían necesariamente revisadas. El contenido de la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, puede ser cuestionada en cuanto a su técnica legislativa, claramente mejorable, pero ello en modo alguno significa que exista ninguna vulneración al texto constitucional.

Por todo lo anterior, esta Institución estima que la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal no vulnera el artículo 9.3 de la Constitución.

³⁹ Suponemos que quiere decir «perpetración».

Resolución.

Sentados estos presupuestos, y de acuerdo con la opinión unánime de la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión del día 5 de febrero de 2004 y con pleno respeto a cualquier otra opinión diferente, el Defensor del Pueblo resuelve, en relación con lo contenido en el artículo 162.1 a) de la Constitución Española y el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, no interponer recurso de inconstitucionalidad contra la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal».

XI. EL ARTÍCULO 25.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA A LA LUZ DEL ARTÍCULO 15.1 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Artículo 25.1 Constitución Española	Artículo 15.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
«Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».	«Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. ».

Como puede observarse, ambos artículos se refieren al denominado principio de legalidad penal, con la diferencia de que el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos considera incluido dentro del contenido esencial de dicho principio (*rectius*, derecho) tanto el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable como el principio de retroactividad de la ley penal más favorable al reo. La Constitución Española contempla en el artículo 9.3 el principio de «irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Como hemos visto anteriormente, el Tribunal Constitucional considera, por una interpretación *a sensu contrario* del artículo 9.3 de la Constitución, que la retroactividad de la norma penal más favorable está reconocida por el artículo 9.3, pero que por incardinarse en tal precepto, no es un derecho fundamental de los susceptibles de amparo.

MUÑOZ CONDE y MARTOS NÚÑEZ⁴⁰ consideran que «las consecuencias jurídicas del principio de legalidad penal, en el Estado de Derecho, se concretan en un sistema de garantías». Para estos autores, «la garantía penal comprende la predeterminación de la pena y su irretroactividad» Además, entienden, «dicho precepto consagra el principio de irretroactividad de las penas... con la excepción humanística en beneficio del reo...».

⁴⁰ Voz «principio de legalidad». *Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen III. Editorial Civitas, 1995.

El fundamento de tal principio, siguiendo la opinión de dichos autores, «es doble: político y jurídico... Desde una perspectiva jurídica, el principio de legalidad garantiza lo siguiente: c) la prohibición de retroactividad de la ley penal como criterio fundamental».

Es decir, dicha opinión parece coincidir con el artículo 15.1 del Pacto Internacional: el principio de irretroactividad forma parte del contenido esencial del principio de legalidad. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN ⁴¹ señalan, no obstante, que «la Constitución no menciona expresamente esta posibilidad de aplicación retroactiva: ni en el artículo 25.1 ni en el 9.3, que sólo prohíbe la retroactividad de lo desfavorable. Sin embargo, el mismo hecho de que sólo se prohíba en este caso, permite afirmar que la Constitución autoriza la retroactividad en el caso contrario... Por ello, aunque resulte quizá forzado afirmar que la retroactividad de la ley favorable sea un principio contenido en la Constitución y deducible *a sensu contrario* de su artículo 9.3 (véase STC 8/1981, de 30 de marzo), lo cierto es que en el texto constitucional no hay nada que impida que en normas de rango inferior se establezca la retroactividad beneficiosa como principio de plena aplicabilidad». Para estos autores, «**ello responde, además, a una exigencia de coherencia en la aplicación del Ordenamiento jurídico, ya que si los hechos han dejado de ser desvalorados por el legislador o se les desvalora en menor medida, no tiene sentido que los ciudadanos sigan padeciendo las consecuencias de unas leyes que han dejado de considerarse adecuadas.** Es por tanto, la sucesión de leyes penales en el sentido arriba expresado, la que también proporciona fundamento a la excepción que analizamos».

Por su parte, el artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, dispone que «las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, **salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad**».

En nuestra opinión, el principio de irretroactividad –y, *sensu contrario*, de retroactividad de la norma penal más favorable–, proclamado por el artículo 9.3 de la Constitución Española, tiene una plural recepción en la Constitución, similar al principio de igualdad, que es un «valor superior del ordenamiento jurídico» (art. 1.1), se postula por la «igualdad material, o igualdad real y efectiva» (art. 9.2) y constituye el principio tradicional de «igualdad formal o igualdad ante y en la ley» (art. 14) ⁴². Es decir, en nuestra opinión, el artículo 9.3 de la Constitución («La Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales») proclama, en general, la irretroactividad de lo no favorable, tanto desde el punto de vista sancionador –penal o administrativo– como desde el punto de vista de las restricciones de los

⁴¹ *Derecho Penal. Parte General*. Tirant Lo Blanch, 2002.

⁴² Sobre el principio de igualdad: GÓMEZ SÁNCHEZ. «La igualdad: valor, principio, derecho y elemento transversal del sistema de derechos», en su obra: *Derechos y libertades*. Editorial Sanz y Torres, 2003.

derechos individuales. Ello no quiere decir, en nuestra opinión, que tal proclamación niegue que la irretroactividad en el ámbito penal –y la retroactividad de la norma penal más favorable– no formen parte del contenido esencial del principio de legalidad. En efecto, como señalaron VILLAR PALASÍ y SUÑÉ LLINAS ⁴³, «en este punto es necesario precisar como cuestión previa el alcance de la expresión disposiciones sancionadoras», la cual entendemos que no debe circunscribirse sólo al Derecho penal, donde tal principio ha sido reconocido por el clásico aforismo: *Nulla poena sine lege*. Tal expresión abarca la sanción civil, entendida como reacción del ordenamiento jurídico contra el incumplimiento de una norma imperativa y la sanción administrativa, que puede ser cuasi penal (sanción disciplinaria, por ejemplo) o cuasi-civil (un caso sería la responsabilidad patrimonial de la Administración...). Para estos autores, «de todos modos, **parece que la expresión tiene en la Constitución un ámbito todavía mayor**; es decir, que se considera sancionadora no ya sólo la disposición que da lugar a una sanción (en su sentido clásico de reacción del ordenamiento frente a una actividad antijurídica penal, civil o administrativa, **sino también y en general a toda disposición que de algún modo venga a restringir los derechos individuales reconocidos en el Título I del Texto Fundamental**».

Si atendemos al criterio hermenéutico establecido en el artículo 10.2 de la Constitución ⁴⁴, no parece descabellado inferir que el principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución, interpretado a la luz del artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge **implícitamente** el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable y de retroactividad de la ley penal más favorable al reo ⁴⁵.

El artículo 24 de la Constitución reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva (derecho fundamental susceptible de amparo). El Tribunal Constitucional (STC 7/1986, de 21 de enero) acudiendo al criterio hermenéutico del artículo 10.2 de la Constitución Española y refiriéndose al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entiende que el artículo 24 de la Constitución Española comprende el derecho a «utilizar el propio idioma», en base a lo dispuesto en el referido artículo 27 del Pacto que reconoce el derecho de las minorías a emplear su propio idioma, en aquellos Estados en los que existan minorías lingüísticas. Debe tenerse en cuenta que el artículo 27 del Pacto no se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva, al que se dedica el artículo 14 del mismo. Por mayor motivo, debemos concluir que el principio de irretroactividad y retroactividad, según los casos, se encuentra incluido en el principio de legalidad, como se infiere directamente del artículo 15 del Pacto.

⁴³ Comentario al artículo 9.º, en la obra colectiva: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*. Tomo I. Dirigida por ALZAGA VILLAAMIL. Editoriales de Derecho Reunidas, 1983.

⁴⁴ «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

⁴⁵ GÓMEZ SÁNCHEZ (ob. cit.) considera, incluso, que «la norma de interpretación contenida en el reiterado apartado 2 del artículo 10 de la Constitución Española, debe aplicarse a todos los derechos constitucionales, incluidos los que el constituyente español incorporó al Capítulo III con la denominación de Principios de política social y económica (como puede ser el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado; el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada o el derecho a la protección de la salud). Esta tesis no contradice, por otro lado, **la doctrina del Tribunal Constitucional que estima, como dijimos, que la cláusula de interpretación que venimos analizando sirve de nexo de unión entre nuestro sistema de derechos –todo el sistema– y los derechos reconocidos en el ámbito internacional**».

Como ha expresado el Tribunal Constitucional (SSTC 77/1983, de 3 de octubre, 3/1988, de 21 de enero y 61/1990, de 29 de marzo), **el principio de legalidad** consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución Española se traduce en un *derecho subjetivo de carácter fundamental*. Por ello, si la interpretación que acabamos de mantener –conforme al art. 15.1 del Pacto Internacional– es la correcta, las cuestiones relacionadas con la irretroactividad o retroactividad, según los casos, de las normas penales, son susceptibles de la protección reforzada establecida por el artículo 53 de la Constitución Española y, concretamente, son susceptibles de ser recurridas en amparo constitucional.

Ello a pesar de que el Tribunal Constitucional se ha decantado por considerar (STC 8/1981, de 30 de marzo) que del análisis del artículo 25.1 de la Constitución Española no se infiere que este precepto reconozca a los ciudadanos un **derecho fundamental** a la aplicación retroactiva de una ley penal más favorable que la anteriormente vigente. Y que (STC 131/1986, de 29 de octubre), por tanto, el principio de retroactividad de la ley penal más favorable no concede un derecho de carácter constitucional **susceptible de recurso de amparo**, suponiendo además en cualquier caso la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquéllas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior.

Sobre el principio de irretroactividad, el Tribunal Constitucional (STC 95/1992, de 11 de junio)⁴⁶ sí ha llegado a reconocer la vulneración del **derecho fundamental** (art. 25 de la CE), que conlleva, lógicamente, la prohibición de aplicación retroactiva de la Ley Penal tipificadora.

XII. CONCLUSIÓN

Cosas del Derecho. Es de suponer que cuando el legislador despenaliza una conducta lo hace porque piensa que la medida penal es innecesaria o, si reduce la pena, porque considera que la nueva es más justa (y, por tanto, ha de considerarse que no es justo que sobre los que recayeron las anteriores penas más severas no se vean beneficiados **de inmediato** por la nueva medida). Es decir, el legislador considera que el recurso a la pena no es necesario, adecuado o proporcionado.

Y cuando hace esto no puede diferir la aplicación de dicha medida, es decir, no puede establecer (no puede decir) que esa innecesariedad, inadecuación o desproporción se producirá dentro de 20 días, seis meses o un año (período de *vacatio*), porque carece del más mínimo sentido jurídico; entre otras razones porque el período de *vacatio* se establece de la forma más discrecional: hemos visto en las páginas que preceden que unas veces se sugiere el período general del Código civil, otra el de seis meses, otra se establece un plazo cercano al año, otras se determina que la ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación⁴⁷.

⁴⁶ VV.AA. *La Constitución Española. Con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Editorial Aranzadi, 1993.

⁴⁷ La Ley Orgánica 7/1998, de 5 de octubre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por la que se suprimen las penas de prisión y multa para los supuestos de no cumplimiento del servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria y se rebajan las penas de inhabilitación para dichos supuestos, entró en vigor, según su disposición final única, el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

La conveniencia de la tesis que hemos mantenido queda patente en su incidencia en el enjuiciamiento de los hechos todavía no enjuiciados en el momento de la publicación de la nueva norma despenalizadora, pero sucedidos antes de su existencia. Parece que decidida la norma despenalizadora (con la publicación de la ley en el BOE) no se puede dejar al albur, a la buena suerte, la contingencia relativa a que el hecho despenalizado se haya juzgado poco antes de la nueva ley o esté pendiente de dictarse la sentencia dentro del período de *vacatio* o, publicada la ley, el tribunal retrase deliberadamente la sentencia para no dictarla en *período de vacaciones* a fin de evitar el estigma de una sentencia condenatoria que en escaso tiempo no va a tener sentido.

Caso parecido a lo que venimos comentando ocurre con las denominadas «leyes intermedias». Según CEREZO MIR ⁴⁸, «el problema de la ley intermedia se plantea cuando al cometerse el hecho delictivo estaba en vigor una ley penal, que fue derogada posteriormente por otra más favorable, **pero en el momento del juicio** ésta había sido a su vez derogada y sustituida por otra más severa... La opinión dominante en nuestro país, con base en la amplitud de los efectos retroactivos de la ley penal favorable previstos en el artículo 24 del viejo Código Penal, defendía el criterio de la aplicación de la ley penal intermedia. Criterio que, a mi juicio, carece de base, pues la ley intermedia no estaba en vigor en el momento de la realización de la conducta delictiva y ha sido ya derogada en el momento del juicio... **Es cierto que ello puede dar lugar a resultados comparativamente injustos, por la mayor o menor lentitud de los procesos**, pero la utilización de la ley intermedia como término de comparación carece de fundamento».

En mi opinión, esos «resultados comparativamente injustos, por la mayor o menor lentitud de los procesos» deben avalar el criterio de aplicación de la ley intermedia más favorable.

Ejemplo de lo absurdo de la no aplicación de la nueva norma penal más favorable durante el período de *vacatio* es la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1980 ⁴⁹:

«Que la L 7 oct. 1978, que derogó el art. 436 CP, entre otros, fue publicada en el "BOE" el 11 del mismo mes, quedando sometida a la *vacatio legis* de veinte días establecida con carácter general en el CC, al no fijar un plazo especial para su entrada en vigor, que se produjo, precisamente, el 31 del mismo mes y año; y dictada la sentencia de instancia, hoy recurrida, el 16, estaba comprendida en el período de *vacatio legis* y, en consecuencia, pues el tipo penal estaba vigente por ley anterior a su perpetración y aún no había entrado a regir la nueva normativa». Puede verse como por escasos días es dictada en la instancia una sentencia condenatoria, que de haberse retrasado esos pocos días no se hubiera dictado en dicho sentido.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España, reconoce el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable, como parte integrante del principio de legalidad.

⁴⁸ *Curso de Derecho Penal Español*. Parte General (Volumen I). Tecnos, 2002.

⁴⁹ Cita extraída de: *Título Preliminar del Código Civil (Concordancias, comentarios y jurisprudencia)*. PONS GONZÁLEZ y DEL ARCO TORRES. Editorial Comares, 1990.

XIII. ADENDA

Con fecha 23 de abril de 2004 remití al Excmo. Sr. Fiscal General del Estado una versión del presente trabajo, con la solicitud de que se tuviera en cuenta a la hora de establecer el criterio de la Fiscalía General respecto al régimen transitorio de la reforma del Código Penal operada por la Ley 15/2003. Con fecha 14 de mayo de 2004 se me contestó que sería objeto de estudio detenido por la Secretaría Técnica.

Con fecha 22 de diciembre de 2004, el Fiscal General del Estado ha emitido la Circular 1/2004 «sobre régimen transitorio aplicable a la reforma 15/2003» (www.fiscal.es). A continuación se transcriben las precisiones contenidas en la misma que coinciden con lo expuesto en el presente trabajo:

«Como coordenadas fundamentales para analizar los problemas de Derecho Transitorio debe partirse de que el principio de retroactividad de la ley penal más favorable que ya aparecía en el artículo 24 del Código Penal anterior se ratifica en el artículo 2.2 del Código Penal vigente. Igualmente nuestra Constitución en su artículo 9.3, garantiza la irretroactividad de las "disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales", principio que se repite en el artículo 2.1 del Código Penal y en el artículo 2.3 del Código Civil.

Aunque la Constitución no lo acoge expresamente, interpretando *a contrario sensu* el artículo 9.3 CE "puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable" (SSTC 8/1981, de 30 de marzo, 15/1981, de 7 de mayo).»

II.1. Despenalizaciones.

La reforma ha despenalizado la falta de conducción de vehículos de motor o ciclomotores sin seguro (art. 636). Por consiguiente, los Sres. Fiscales habrán de interesar el archivo de los juicios de faltas en tramitación, solicitando simultáneamente la remisión de testimonio a la Autoridad administrativa para, que en su caso incoe el correspondiente expediente administrativo sancionador.

Idéntico tratamiento habrá de darse a las condenas penales pendientes de ejecución, salvo que el penado satisfaga la multa voluntariamente antes de acordarse el archivo y la correspondiente deducción de testimonio.

También se despenalizan determinadas conductas como consecuencia de la elevación de las cuantías mínimas típicas en los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social (arts. 305 y 307), fraude de subvenciones (art. 308), daños imprudentes (art. 267), falsedades contables (art. 310) y uso de información privilegiada (art. 285).

El tratamiento habrá de ser idéntico: las causas en tramitación que versen sobre cuantías que no alcancen el mínimo típico habrán de ser archivadas y cuando los hechos despenalizados puedan ser constitutivos de infracciones administrativas, los Sres. Fiscales habrán de instar la remisión del correspondiente testimonio a la autoridad administrativa a los efectos procedentes, simultáneamente a la solicitud de archivo del procedimiento.

Tratamiento análogo habrá de dispensarse en estos casos a las sentencias condenatorias firmes pendientes de ejecución, siempre que se constate efectivamente que la cuantía determinante de la tipificación conforme a la legislación derogada no alcanza el límite cuantitativo fijado en cada caso por la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003.

III.1 Sentencias firmes no revisables.

Tratándose de cambio de naturaleza del hecho delictivo que pasa de delito a falta por modificación de la cuantía dineraria del módulo diferenciador, tras la reforma de 8 de abril de 1967, se adoptó el criterio de que una modificación fundada sólo en la pérdida de valor adquisitivo de la moneda no podía ser tenida en cuenta para dejar de estimar los antecedentes penales. Este criterio, que se repitió en otras reformas posteriores del Código Penal (1967, 1974 y 1978), fue además acogido por el Tribunal Supremo (SSTS de 11 de noviembre de 1976 y 14 de febrero de 1978), y mantenido tras la reforma 8/1983 de 25 de junio (SSTS de 22 de junio de 1984 y 7 de febrero de 1986).

Esta línea interpretativa no debe, sin embargo, ser de aplicación a las modificaciones que en la cuantía diferenciadora de delitos y faltas introduce la reforma 15/2003, **ni a las modificaciones introducidas en las cuantías mínimas de los delitos reseñados *supra*, pues incluso aunque se estimara que los cambios cuantitativos no van más allá de la mera adaptación a la evolución del IPC, la falta de una disposición legal expresa que otorgue cobertura a la interpretación señalada ha de llevar a la más favorable al reo.**

Por tanto, ha de seguirse en este punto la argumentación de la Circular 2/1996 que sostenía –en razonamiento plenamente aplicable a la reforma 15/2003– que al no existir apoyo en las disposiciones transitorias para la tesis de la irrelevancia de la modificación de cuantías, debía mantenerse para los casos analizados la interpretación de que tales sentencias no podían tenerse en cuenta para la apreciación de reincidencia.»

En el diario *La Vanguardia*, del 17 de noviembre de 2004 ⁵⁰ aparece la noticia titulada: «Un tribunal rechaza revisar un fallo por fraude fiscal tras el cambio legal. La Audiencia de Barcelona cree que la conducta determina la pena». En la misma puede leerse que la Audiencia ha denegado la

⁵⁰ Visto en la página web de la Asociación Española de Asesores Fiscales (www.aedaf.es).

revisión «a pesar de que la cuota considerada delito ha cambiado en la reforma del Código Penal, porque estima que debe observarse la conducta del infractor y la penalidad impuesta por el supuesto que es la misma antes que ahora.

El auto de la Audiencia se refiere al administrador de una empresa que fue condenado por defraudar 116.000 euros. El proceso se desarrolló de acuerdo con el Código Penal vigente desde 1995, pero que el pasado octubre sufrió una reforma, de manera que la cuota para considerar delito el fraude es de 120.000 euros».

Puede verse como dicha sentencia no coincide con los fundados argumentos contenidos en la Circular de la Fiscalía General.