

## § 7 Aplicación de la ley penal en el tiempo

*I. La ley y el tiempo. II. Derogación y desuso de la ley penal. III. Regulación legal. IV. Tempus regit actum. V. Irretroactividad de la ley penal. 1. Nociones fundamentales. 2. Modificaciones de la ley pena. 3. Leyes interpretativas y correctoras. 4. Leyes procesales y de ejecución penal. VI. Retroactividad de la ley penal más favorable al momento de sentenciar. 1. Fundamentos. 2. Ley penal más favorable. 3. Abrogación de una disposición que reprime un hecho. 4. Principio de combinación de leyes penales. 5. Momento de realización del delito. 6. Modificación de la ley durante la ejecución del delito. VII. Modificación de la ley penal y cosa juzgada. 1. Introducción. 2. Aplicación de la ley más favorable. 3. Circunstancias en que se da la modificación. VIII. Medidas de seguridad y modificación de la ley. 1. Regulación. 2. Debate sobre la retroactividad de las medidas de seguridad. IX. Modificación de la ley referente a la ejecución de penas y medidas de seguridad. X. Leyes temporales y excepcionales. XI. Leyes intermedias. XII. Leyes procesales. XIII. Modificación de la ley y prescripción de la acción penal y de la pena. XIV. Retroactividad y cambio de jurisprudencia. XV. Concurso real.*



## I. La ley y el tiempo

Desde dos perspectivas se pueden analizar las relaciones del derecho con el tiempo. Primero, teniendo en cuenta que éste es un componente de toda situación jurídica; y, segundo, considerando la temporalidad, la historicidad del primero<sup>328</sup>. Los temas tratados, tradicionalmente, bajo el rubro de ámbito temporal de aplicación de la ley penal, se plantean en esta última perspectiva. 786

Las normas jurídicas tienen un ciclo vital. El legislador, en una fecha precisa, las promulga y pone en vigencia; así mismo, las modifica o deroga. Una ley no debe, por tanto, mientras no haya entrado en vigor; de lo contrario, se violaría el principio de legalidad. Cada sistema jurídico contiene reglas que determinan las circunstancias en que aparecen y desaparecen las normas legales. Según el art. 109 Const., la “ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”. 787

En principio, la validez temporal de las normas legales es indefinida ya que tienen la “sorprendente capacidad de sobrevivir a quienes las hicieron y a quienes las obedecen”. Vale decir, que “pueden tener una limitada relación temporal; no necesitan limitarse al futuro o a actividades futuras de un legislador, sino que pueden referirse, igualmente, al pasado y vincularse a actos legislativos de un legislador del pasado”<sup>329</sup>. 788

---

<sup>328</sup> LEONE, 1976, p. 16 ss.

<sup>329</sup> HART, 1963, p. 78 ss.

## II. Derogación y desuso de la ley penal

- 789 Según el art. I del CC, una ley sólo puede ser derogada mediante otra ley. El desuso no puede dejarlas sin efecto<sup>330</sup>. Esto explica, muy bien, que una ley dictada muchos años atrás -a pesar de su no aplicación- permanece vigente. Como ejemplo folklórico de este fenómeno, cita Hart, el caso -sucedido en 1944 en Inglaterra- de una mujer acusada y juzgada por actos reprimidos por una ley sobre brujería, dictada en 1735.
- 790 No comete, por ejemplo, prevaricato el juez que sanciona, de acuerdo con el art. 450, inc. 5, a quien “destruye las plantas que adornan jardines, alamedas, parques y avenidas”, a pesar de que tal disposición, a nuestro conocimiento, no es aplicada. El hecho cotidiano de arrojar basura a la calle o a un predio de propiedad ajena, sin que se aplique el art. 451, inc. 6, no comporta su derogatoria. Su total inaplicación hasta ahora no implica que puedan ser aplicadas o que sea necesario estatuir las nuevamente<sup>331</sup>.
- 791 La entrada en vigor de una ley sólo condiciona en parte su aplicación en el tiempo. Los problemas que se plantean son regulados por el denominado derecho penal intertemporal o derecho penal transitorio (*Intertemporales Strafrecht oder Uebergangsrecht*). Ellos surgen no tanto por la coexistencia de leyes, sino más bien por la manera como se suceden<sup>332</sup>. En el ámbito penal, no se plantea ninguna duda si la misma ley está vigente tanto en el momento de la comisión del delito como cuando se juzga al responsable. Surgen las dificultades cuando esta ley es abolida y reemplazada o modificada por una nueva ley, bajo cuyo imperio es juzgado el imputado. Entonces hay que determinar cuál de las dos leyes debe aplicarse.

## III. Regulación legal

- 792 Diversos son los sistemas que se han propuesto. De manera esquemática, pueden resumirse los tres más difundidos.
- 793 Según el primero, la ley regula todos y sólo los actos y situaciones posteriores a su puesta en vigencia. Si un acto o situación debe ser juzgada por

---

<sup>330</sup> El desuso no es sino el efecto jurídico negativo de la costumbre; Cfr. KELSEN, 1968, p. 140. Cfr. BRAMONT ARIAS, 1950, p. 41, 223.

<sup>331</sup> La opinión contraria de KELSEN no tiene, en nuestra opinión, validez en derecho penal. Cfr. idem, 1968, p. 140 ss.

<sup>332</sup> ROUBIER, 1960, p. 4.

una nueva ley, la precedente será aplicada a pesar de haber sido abolida; de modo que se le considera post activa<sup>333</sup>.

De acuerdo con el segundo, la ley se aplica tanto a los actos y situaciones posteriores a su entrada en vigencia, como a los anteriores. Este planteamiento es incompatible con el principio de legalidad y, por tanto, inaplicable en derecho penal. 794

Por último, el tercero propone la aplicación inmediata, de modo que cada una de las dos leyes en presencia, la antigua y la nueva, se aplica sólo en su ámbito. La nueva ley rige para todos los efectos de los actos y situaciones que existan o surjan a partir de su vigencia, al mismo tiempo que respeta los efectos de los actos o situaciones pasados<sup>334</sup>. 795

#### **IV. *Tempus regit actum***

Mediante esta expresión latina se afirma que la ley penal es aplicable a los actos cometidos durante su vigencia. Este principio general no ha sido establecido, expresamente, por nuestro legislador. Figura en algunos códigos extranjeros<sup>335</sup>, así como en algunos proyectos. Entre estos últimos, citemos el art. 7 del CP Tipo para Latinoamérica, según el cual “los delitos se juzgarán de acuerdo con las leyes vigentes en la época de su realización”. 796

La regla *tempus regit actum* está implícita en el principio de la legalidad, en la medida en que para determinar si un comportamiento es delictuoso y qué sanción debe imponerse al agente hay que aplicar la ley vigente “al tiempo de cometerse”. 797

El legislador ratifica tal exigencia al disponer en el art. 103, inc. 3, Const., que “ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”. Esta excepción presupone -como regla general- la aplicación de la ley vigente en el momento de la comisión del delito. 798

<sup>333</sup> ROUBIER, 1960, p. 11.

<sup>334</sup> Según ROUBIER, 1960, p. 466, hay que hacer todavía una excepción: la ley nueva no puede pretender obrar sin retroactividad sobre los elementos anteriores a la ley para darles efectos jurídicos que la ley anterior no preveía.

<sup>335</sup> Por ejemplo, CP austriaco, § 61 *ab initio*: “Las leyes penales son aplicables a actos cometidos después de su entrada en vigor”; en el mismo sentido, art. 2 CP suizo. El § 2 CP alemán estatuye que las penas y sus consecuencias se determinan según la ley vigente en el momento de la perpetración del hecho punible.

- 799 La certitud, de un lado, de la vigencia de la ley en el momento de la ejecución del acto y, de otro, del instante en que éste se ejecutó, son elementos necesarios para la determinación de la ley aplicable. En principio, no existen imprecisiones respecto a la sucesión temporal de las leyes penales. En caso contrario, debido a una técnica legislativa deficiente, toda duda debe ser resuelta de acuerdo con “lo más favorable al reo”. En la Constitución (art. 139, inc. 1), se hace referencia de manera amplia, a la aplicación de lo más favorable al reo “en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”. Esta norma constituye una ratificación de la retroactividad benigna de la nueva ley (consagrada en el art. 103, inc. 3, Const.) y, al mismo tiempo, una referencia a la ultractividad benigna de la ley antigua.
- 800 Dos observaciones deben hacerse: primero, esta regla no se aplica en caso de dudas sobre la interpretación de la ley; segundo, tampoco cuando se dude sobre los hechos imputados al procesado. Esta segunda hipótesis está sometida al principio procesal *in dubio pro reo*, previsto en la primera parte del art. 103, inc. 3, Const.<sup>336</sup>.

## V. Irretroactividad de la ley penal

- 801 *Tempus regit actum* e irretroactividad de la ley penal son el anverso y el reverso de una misma moneda. La no retroactividad de la ley penal se funda en “el principio de legalidad de la represión, de la que constituye el corolario indispensable y la consecuencia directa”<sup>337</sup>.
- 802 El art. 25 Const. 1933 prohibía de manera absoluta la retroactividad de toda ley. Esta manera de formular esta prohibición<sup>338</sup>, común a varias legislaciones, condujo a que algunos juristas cuestionaran la legalidad de la disposición que estatuye la retroactividad de la ley más favorable<sup>339</sup>.
- 803 La inconsistencia de esta opinión era evidente debido a que el fin perseguido por el legislador en la norma constitucional era el de garantizar la seguridad de las personas y que, por tanto, no podía ser interpretada sino en el sentido de que “se refiere a la inaplicabilidad de la ley más gravosa,

---

<sup>336</sup> RUBIO/BERNALES p. 438, se equivocan, en consecuencia, cuando afirman que la aplicación de lo más favorable al reo se da también por falta de claridad de las leyes penales al juzgar el caso. Aquí se trata de un problema de interpretación de la ley.

<sup>337</sup> LEVASSEUR, 1971, p. 194; PRADEL, 2003, N° 205.; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 71 ss.; BACIGALUPO, Arts. 1-4, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 20 s

<sup>338</sup> En Italia, art. 45 de la Constitución; España, art. 19 del Fuero de los españoles.

<sup>339</sup> RODRÍGUEZ, 1990, p. 165; ESPOSITO, 1950, p. 505.

posterior a la comisión del hecho<sup>340</sup>. El texto de la Constitución vigente elimina toda duda.

Del principio de legalidad (previsto en el art. 1 del Código y en el art 2, inc. 20, lit. d, Const.) se deduce, sin dificultad, que la prohibición de la retroactividad de la ley se dirige al juez. En materia penal significa que éste sólo debe considerar como delito un acto y sólo imponer una sanción cuando hayan sido previstos en la ley antes de la comisión del hecho punible. Sin embargo, aun cuando no aparece muy claro que esta interdicción se refiera también al legislador, como acontece con la prohibición de retroactividad contenida en el art. 103 Const., hay que admitir que éste no puede prever la retroactividad general de la ley penal. Es evidente que los constituyentes al regular el principio de legalidad, limitaron así mismo las facultades legislativas. Restricción que tiene su justificación en el afán de excluir un abuso de poder en detrimento de las personas<sup>341</sup>. En este marco, hay que interpretar los arts. 6 a 9, que suponen la irretroactividad de la ley penal más severa<sup>342</sup>.

El origen de esta regla, como el del principio de legalidad, es de carácter político. De manera expresa, fue consagrada, por primera vez, en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 (art. 8)<sup>343</sup> y, luego, en la Constitución francesa de 1793 (art. 14). Pero, en estas disposiciones la prohibición se refería sólo a las leyes penales. Por el contrario, en la Constitución del 5 de Fructidor del Año III, se mencionaban también las leyes civiles. Su art. 14 era muy claro al ordenar que “ninguna ley criminal o civil puede tener efecto retroactivo”. La regla de la aplicación de la ley penal más favorable fue incorporada de manera accesoria en los nuevos códigos o leyes; por ejemplo, en el CP francés del 25 de setiembre de 1791.

Figura en el art. 11 de la DUDH, así como en el art. 7 CEDH. En el mismo sentido ha sido previsto en el art. 9 CADH; asimismo en el art. 15, inc. 1 PIDCP. Así, se advierte de la revisión de los citados instrumentos internacionales que la interdicción de la retroactividad es, en buena medida, una consecuencia directa de la legalidad y, con frecuencia, es estudiada en este contexto<sup>344</sup>.

<sup>340</sup> SOLER, 1976a, T. I., p. 188. Cfr. SINISCALCO, 1965, p. 248.

<sup>341</sup> PAREJA, 1973, p. 316; RUBIO/BERNALES, 1981, p. 356.

<sup>342</sup> ES del 17 de octubre de 1995, Exp. N° 306-92-A Callao, en ROJJASI PELLA, 1997, p. 74.

<sup>343</sup> “La ley sólo debe establecer las penas evidente y estrictamente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormene al delito y legalmente aplicada”.

<sup>344</sup> STRATENWERTH, 2005, § 4 N° 10 ss.; SCHULTZ, 1987, p. 10.

- 807 Desde esta amplia perspectiva, se comprende, fácilmente, que la justificación de la irretroactividad de la ley penal más grave se halla en la protección de la seguridad jurídica y la libertad personal<sup>345</sup>.

### **1. Nociones fundamentales**

- 808 Si todos los delitos fueran instantáneos y si la reacción social (juzgamiento y ejecución de sanción) contra los autores fuera inmediata, casi no se presentarían problemas en relación con la sucesión de las leyes penales en el tiempo.
- 809 Esto no sucede en la realidad, diversos son los casos en que la acción delictuosa es descrita por el legislador como un hecho que tiene lugar en un lapso determinado (delito continuado, permanente, etc.); todo proceso penal puede durar bastante antes de culminar con una sentencia, en la que se impone una pena; la que con frecuencia consiste en privación de la libertad por cierto tiempo. De modo que la ley vigente puede ser modificada o derogada mientras se comete la infracción, durante el desarrollo del proceso penal o la ejecución de la penal impuesta.
- 810 Para resolver los problemas que esto origina, el legislador ha elaborado una serie de reglas comprendidas en el Capítulo II, Aplicación temporal, del Título I del Libro primero (arts. 6 a 9) y la cuarta disposición transitoria.
- 811 La comprensión del sentido de cada una de las reglas contenidas en dichas disposiciones, presupone la determinación de lo que significan las expresiones ley penal y ley más favorable.

### **2. Modificaciones de la ley penal**

- 812 La expresión ley penal comprende todas aquellas normas legales que determinan la situación jurídica de un imputado y de la cual depende la posibilidad, el tipo y la forma de su punición<sup>346</sup>. Es decir, no sólo las disposiciones que describen los actos delictuosos, como las de la parte especial del Código o las de las leyes complementarias, sino también las contenidas en la parte general. Entre estas hay que señalar, a manera de ejemplo, las referentes a las causas de justificación, de inculpabilidad y a las clases de pena.

---

<sup>345</sup> TRAEGER, 1908, p. 355; HAFTER, 1946, T. I, p. 44; MANZINI, 1939, T. II, p. 34; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T.II, p. 626.

<sup>346</sup> TROENDLE, 1974, § 2, N° 39.

Así mismo, deben considerarse las normas jurídicas no penales (p. ej., civiles o administrativas) que condicionen de modo substancial la existencia o los alcances de una incriminación.

Las modificaciones a la ley penal pueden ser directamente realizadas por el legislador, o pueden ser el resultado indirecto del dictado de una ley, que no pertenece al derecho penal sustantivo. Numerosos son los casos de la primera clase; basta pasar revista a las diversas modificaciones efectuadas al Código. Son menos frecuentes, los que podrían ser clasificados en la segunda. Estos últimos, se presentan, en particular, cuando en la misma disposición penal se incorpora un factor que puede ser modificado mediante una ley que no tenga éste carácter. Por ejemplo, el límite entre, por un lado, los delitos de hurto (art. 185) y de daños (art. 205) y, por otro, las faltas contra el patrimonio (art. 444, pf. 1) depende del monto que representen cuatro remuneraciones mínimas vitales. Del mismo modo, la separación entre el delito de abigeato (art. 189-A) y la falta prevista en el art. 444, pf. 2, depende del monto que comporte el tercio de la UIT. De modo que las disposiciones legales que modifiquen el *quantum* de la remuneración mínima vital o de la UIT, implicarán cambios esenciales de las disposiciones penales indicadas. Así mismo, el contenido del art. 230, que reprime un delito contra los bienes culturales, depende de que los bienes objeto del comportamiento imputado al agente hayan sido, antes, declarados como tales. Igual efecto tienen las modificaciones que se hagan de las listas I y II-A de las sustancias calificadas de drogas que pueden ser objeto del delito de tráfico ilícito (art. 296). Conforme a la disposición complementaria 86 del DL N° 22095: “La inclusión de una nueva sustancia o la exclusión de alguna de las comprendidas en las listas anexas, podrá hacerse por Resolución Suprema, refrendada por el Ministro de Salud”. Si una sustancia es agregada o suprimida de estas listas, el hecho de comercializarla sin autorización constituirá o no delito, según los casos. Teniendo en cuenta que la modificación tiene lugar mediante una norma de inferior jerarquía resulta cuestionable la constitucionalidad de la modificación de la ley penal.

Podría presentarse un caso de este tipo de modificaciones si el legislador cambiara las disposiciones civiles sobre el derecho de posesión o propiedad. Algunos delitos contra el patrimonio, como la apropiación ilícita, podrían ser alterados en sus elementos. Lo decisivo es que la modificación de la ley no penal represente una alteración verdadera de la norma jurídico penal. Así, la ley que declare fuera de circulación uno de los tipos de papel moneda de curso legal en el país no puede determinar que los actos de fal-

sificación de la moneda excluida ya cometidos dejen de ser considerados como delitos. En este caso, no varía la norma penal, el objeto de la tutela penal sigue siendo el mismo (la moneda)<sup>347</sup>.

- 815 También han de considerarse dentro de las modificaciones de la ley penal, aquellas que son una variación de la ley que complementa una ley penal en blanco<sup>348</sup>. Por ejemplo, si se modifican las disposiciones civiles a que se hace referencia en el art. 192, inc. 1<sup>349</sup>; o la ley que fija el límite del interés que debe superarse en un contrato de crédito para que sea cometido el delito de usura (art. 214), o se dictan o derogan las leyes por las que se especifica qué especies de flora o fauna acuática son en especial protegidas (art. 309).

### 3. Leyes interpretativas y correctoras

- 816 Existen dudas, por el contrario, para considerar como “nueva ley penal” a las denominadas leyes interpretativas y leyes correctoras.
- 817 Un ejemplo de estas últimas, aun cuando no de actualidad, es el DL N° 18140, del 10 de febrero de 1970. Mediante este Decreto se corrigió la omisión de una palabra en que se había incurrido en el art. 3 del DL N° 17388, del 24 de enero de 1969, al disponerse la modificación del art. 199 del CP de 1924. Tratándose de menores entre 7 y 16 años, se intentaron distinguir los casos en que el agente incurría o no en la circunstancia agravante prevista en el pf. 3 de la misma disposición; pero como se omitió un “no” resultó que no se indicaba la pena para quien violaba a uno de estos menores sin incurrir en la circunstancia agravante, mientras que se preveían dos penas diferentes para cuando esta circunstancia existiera. Como era cuestión de un error material de técnica legislativa y no implicaba ningún cambio sustancial en la descripción del delito ni de la circunstancia agravante, el decreto ley, por el que se enmendó el error, no podía ser considerado como una nueva ley. El error hubiera podido ser corregido mediante la interpretación del texto legal. Quien entonces hubiera violado a uno de los menores indicados, no podía alegar impunidad invocando la irretroactividad de la ley, ya que tanto el delito como la pena estaban en realidad previstos<sup>350</sup>.

---

<sup>347</sup> SOLER, 1976a, T.I. p. 193; TROENDLE, 1974, § 2, N° 40.

<sup>348</sup> GARCÍA CAVERO, 2008. p. 106 ss.

<sup>349</sup> Según el texto de esta disposición será reprimido: “el que encontrare perdida una cosa que no le pertenezca o un tesoro, y se apropiare de la cosa o la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del código civil”.

<sup>350</sup> Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 66.

En cuanto a las leyes interpretativas, la solución no puede ser idéntica. Y la explicación es que mediante ellas el legislador puede, en realidad, modificar a fondo una ley penal, ampliando o restringiendo su campo de aplicación. 818

Al estudiar el principio de legalidad<sup>351</sup>, hemos constatado cómo el legislador peruano, mediante la reglamentación de leyes o decretos leyes generales que contienen normas penales, interpreta estas últimas y llega a ampliar sus alcances. Recordemos, a título de ejemplo, el caso del DL N° 19609, del 21 de noviembre de 1972, que en su art. 5 estatuyó la represión penal de la “persona responsable de la conducción de las instituciones de salud públicas y privadas”, cuando en los establecimientos a su cargo no se prestara “atención médico-quirúrgica” a las “personas que se encuentren en riesgo grave de salud o vida”, a causa de situaciones de emergencia; y como en el reglamento de ese decreto ley, DS N° 0023-73-SA, del 25 de enero de 1973, art. 8, se dispuso que era responsable de este delito el “médico que efectúa la calificación” del estado de salud del paciente, “solidariamente con los representantes de la Institución”. De esta manera precisó quiénes eran las “personas responsables de la conducción de las instituciones de salud”. Pudo haber señalado someramente, también, a otras, que por diferentes motivos considerara necesario reprimir. El recurrir a esta técnica legislativa constituye un abuso de poder, por lo que en los casos en que se presenta y sean admitidas las nuevas disposiciones, éstas deben ser sometidas a las reglas de la validez temporal de la ley<sup>352</sup>. Las disposiciones citadas han perdido relevancia penal, pues, la sanción prevista para los responsables fue suprimida, indirectamente, al ser derogadas mediante el DLeg N° 121, art. 12, las disposiciones del Código Sanitario a las que el DL N° 19609 hacía referencia. Estas circunstancias hacen de este caso un claro ejemplo de la deficiente técnica legislativa usada, frecuentemente, entre nosotros. 819

#### 4. Leyes procesales y de ejecución penal

En doctrina, se admite, con frecuencia, que la expresión ley penal no comprende las leyes procesales y las leyes sobre ejecución de penas. 820

Por la multiplicidad de problemas que implica este criterio, lo estudiaremos en acápite aparte, en este mismo capítulo<sup>353</sup>. 821

<sup>351</sup> Cfr. *supra*: N° 407 ss.

<sup>352</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 660.

<sup>353</sup> Cfr. *infra* N° 894 ss.

## VI. Retroactividad de la ley penal más favorable al momento de sentenciar

### 1. Fundamentos

- 822 El punto de partida es el principio *tempus regit actum*<sup>354</sup>. Así, el art. 6 dispone que la ley aplicable es la vigente en el momento de la comisión de la infracción. Esta regla general es confirmada, en la segunda parte de la disposición citada, al admitirse la posibilidad de que “no obstante” -como excepción- se aplicará la ley más favorable dictada después de la ejecución del hecho punible. Lo mismo se puede decir respecto a la segunda posibilidad creada por la excepción señalada y consistente en que la ley vigente en el momento de la comisión del delito, pero modificada o derogada por una nueva ley más severa, sea aplicada en el momento de juzgarse al responsable. Esta supervivencia de la ley precedente es denominada ultractividad de la ley más favorable. Se trata de la solución clásica adoptada en la mayor parte de las legislaciones<sup>355</sup>.
- 823 La justificación para aplicar la ley posterior más favorable es de naturaleza político-criminal. Si en este caso, se pretendiera seguir aplicando la ley vigente en el momento de la comisión del acto, se reprimiría al agente en virtud de una “concepción jurídica desechada por el mismo legislador”<sup>356</sup>. Esto es evidente, en particular, cuando el legislador deja de considerar como delictuoso un comportamiento previsto en la ley como tal. Así mismo, según el criterio de proporcionalidad la aplicación de la ley vigente en el momento del hecho sería desmesurada, tanto por razones jurídicas como de política criminal, en comparación con la ley vigente en el momento del juzgamiento<sup>357</sup>.

---

<sup>354</sup> Cfr. *supra* N° 796 ss.

<sup>355</sup> Algunos autores han sostenido un criterio, diferente: la ley nueva se aplica inmediatamente, salvo que la ley anterior sea más favorable; entre estos es de citar: SEEGER, 1962, p. 82 ss.; GABBA, 1891, p. 336 ss.; ROUBIER llega a la misma conclusión partiendo de su “teoría de la situación jurídica” y negando validez a la presunción de la superioridad de la nueva ley, afirmada por los autores antes citados. Por último LEVASSEUR, 1971, p. 192 ss., afirma lo mismo que los defensores de la concepción clásica; pero parte de la “teoría de la situación jurídica” de ROUBIER, y no por la sentencia, como sostenía ROUBIER. Los defensores de la escuela positivista italiana defendieron la retroactividad de la ley penal por razones de defensa social. Cfr. FLORIAN, T. I. p. 201 ss. Para una más amplia visión de la evolución de la doctrina, consultar: JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 612 ss.; MERLE-VITU, 1997, p. 264 ss.

<sup>356</sup> MAURACH/ZIPE, 1992, § 12 N° 2.

<sup>357</sup> TIEDEMANN, 1974a, p. 193 ss.

Hubiera sido injusto juzgar y castigar, por ejemplo, en virtud del art. 212 del CP de 1924 al casado que mantuvo relaciones sexuales fuera de matrimonio antes de la entrada en vigencia del actual Código, ya que en éste no se reprime más el delito de adulterio. 824

## 2. Ley penal más favorable

En el art. 6, el legislador dispone que “se aplicará la [ley] más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales” (inc. 1) y que si “durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley”. Por último, indica que si “según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho”.<sup>358</sup> Disposiciones que deben ser interpretadas y aplicadas conforme al art. 139, inc. 11 Const., en el que se estatuye como garantía de la administración de justicia “la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”. 825

Del texto de estas reglas nada se deduce de cómo debe determinarse cuál es la ley más favorable (*lex mitior*). En un principio, puede considerarse que, en ciertos casos, basta con comparar las leyes en cuestión. Así, si la ley modificada, vigente en el momento de la comisión del delito, preveía sólo pena de multa para reprimir al autor y que la nueva ley, vigente al momento del juzgamiento, sanciona ese delito con una pena privativa de la libertad, bien puede pensarse que la nueva ley es más favorable. Esta comparación abstracta no está de acuerdo con el art. 2, en el que se dispone, como en el artículo de la Constitución, que se aplicará la ley más favorable al condenado. Esto significa, por un lado, que la comparación se haga mediante la aplicación de las dos leyes y se escoja la que dé el resultado más favorable. No se trata, por lo tanto, de comparar sólo la severidad de las penas, sino todos los factores de los que depende la posibilidad, el tipo y la forma de punición<sup>359</sup>. Por otro, la calificación de más favorable, según el texto expreso de la ley, debe fijarse en relación con el “condenado”, mejor dicho con el procesado que será reprimido. En consecuencia, no es cuestión de 826

<sup>358</sup> ES del 15 de enero de 2010, Exp. N° 002957-2009, en [http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult\\_2.jsp](http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult_2.jsp).

<sup>359</sup> Cfr. BRUNS, 1967, p. 51 ss.

precisar cuál de las leyes en conflicto, consideradas como coexistentes<sup>360</sup>, es la menos severa en general, sino en concreto<sup>361</sup> respecto del imputado. En relación con el ejemplo dado al inicio de este párrafo, puede imaginarse que la ley que prevea la pena más severa admita de manera más amplia la concesión de la condena condicional o de la libertad provisional<sup>362</sup>, lo que puede significar que sea más benigna para el procesado y si fueran varios, bien puede suceder que no sea la misma ley la escogida como la más favorable. Por esto, resulta inoportuno el análisis de determinados casos abstractos que realizan ciertos autores, con el fin de extraer reglas generales. Esto puede conducir a malos entendidos y errores.

### 3. Abrogación de una disposición que reprime un hecho

- 827 Dejar de calificar como delito un hecho que era reprimido como tal por la ley precedente<sup>363</sup> es, sin duda, un caso de la ley más favorable. Es, tal vez, el único caso en el que se puede afirmar, por una comparación en abstracto, cuál es la ley más favorable. Está comprendido en el art. 6, pf. 1, por tanto, resulta innecesario declararlo de manera expresa, como se hacía en el Código derogado. El legislador creyó, entonces, conveniente estatuir, en el art. 9, *ab initio*, que nadie “puede ser penado por un hecho que según la ley posterior no constituye delito”. Esta regla fue retomada en el Proyecto de 1985 (agosto), pero luego abandonada. La riña y el adulterio, previstos en el CP de 1924, fueron suprimidos en el vigente; se incorporaron numerosos nuevos delitos; baste citar los delitos contra el medio ambiente (arts. 304 ss.) y contra el patrimonio cultural (arts. 226 ss.).

### 4. Principio de la combinación de leyes penales

- 828 En la doctrina y jurisprudencia, en oposición a lo afirmado antes, se ha interpretado el art. 6 en el sentido de que “permite la aplicación del principio de combinación de leyes, tomando lo más favorable de las leyes aplicables

---

<sup>360</sup> SOLER, 1976a, T. I, p. 193; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 76 ss.; COBO/VIVES, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 73 ss

<sup>361</sup> ES del 10 de junio de 1998, Exp. N° 1697-98-Lima, en *NL*, T. 271, Trujillo, Diciembre 1998, p. A-17.

<sup>362</sup> Respecto a la prescripción ver: ES del 18 de setiembre de 1997, Exp. N° 4117-97 Puno, en ROJAS, 1999, p. 241; ES del 18 de diciembre de 1991, Exp. N° 369-91-Huánuco, en *AJ*, 1999, p. 91.

<sup>363</sup> ES del 10 de junio de 1998, Exp. N° 4210-97-Puno, en PRADO, 1999, p. 52.

al caso<sup>364</sup>. Así, en una inicial concepción sostenida por la Corte Suprema, respecto a saber si ha prescrito la acción penal en el caso del delito de receptación, cometido durante la vigencia del Código derogado y estando vigente el Código actual,<sup>365</sup> los jueces comprobaron, primero, que, en el CP de 1924, se preveía, por un lado, la pena máxima de prisión no mayor de dos años (art. 243) y, por otro, el plazo de prescripción de la acción penal de cinco años en caso de una pena del mismo tipo (art. 119, inc. 4). Segundo, que según el Código, la pena era no mayor de tres años y el plazo de prescripción de la acción penal de cuatro años y medio (conforme al art. 83: el máximo de la pena prevista para el delito incrementada en una mitad). Concluyendo que debía tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 243 del Código derogado (pena de dos años) y en el art. 83 del Código vigente y, en consecuencia, admitieron que la acción penal ha prescrito ya que habían transcurrido más de tres años desde la comisión del delito.

Así, los jueces tomaron en cuenta, de manera separada, las diversas disposiciones de las dos leyes penales en conflicto; es decir, el Código derogado y el nuevo Código. Consideraron, en realidad, cada disposición aplicada como una ley y, al mismo tiempo, efectuaron una comparación en abstracto. Por esto es que les bastó escoger la disposición, de uno de los códigos, que prevé la pena menos severa (ley favorable) y la que establece un plazo de prescripción de la acción penal menos largo (ley favorable). De esta manera, aplicaron, en realidad, una ley que no existe, pues, en ninguno de los códigos aparecen, conjuntamente, las dos disposiciones más favorables. 829

Contra este criterio e invocando lo dispuesto en la Constitución, los jueces de la Corte Suprema<sup>366</sup>, en un caso relativo también a la prescripción de la acción penal, rechazaron el principio de combinación. Afirmaron que si “bien este supremo tribunal en reiterada jurisprudencia ha establecido la posibilidad de aplicar el principio de combinación, conforme al art. 6 del Código; sin embargo, en atención a la facultad conferida por el art. 22 del TUO de la LOPJ, es el caso precisar que dicho principio no se puede aplicar de manera irrestricta, sino que debe respetar la coherencia normativa de las instituciones en comparación, a fin de evitar su desnaturalización y la creación judicial de una tercera norma, lo que es incompatible con nuestro 830

<sup>364</sup> ES del 20 de enero de 1998, Exp. N° 6459-97-Ica, en ROJAS, 1999, p. 91.

<sup>365</sup> ES del 5 de abril de 1994, Exp. N° 3437-93-Lima, en ROJAS, 1999, p. 81. Cfr. ES del 9 de diciembre de 1994, Exp. N° 590-93-B-Lima, en GÓMEZ MENDOZA, 1996, p. 314.

<sup>366</sup> ES del 20 de noviembre de 1998, Exp. N° 2476-98-A-Lima, en PRADO, 1999, p. 452.

sistema constitucional”. Si bien el resultado del razonamiento es correcto, la argumentación no es clara ni suficiente; en particular, por la manera como en otros párrafos de la sentencia se invocan criterios de política criminal, sin explicar por qué el principio de combinación es contrario a la Constitución.

- 831 Esta diversidad de criterios, contraproducente para una correcta y uniforme administración de justicia, dio lugar a que se analice el problema en el II Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema del 13 de octubre de 2006. El acuerdo adoptado en mayoría<sup>367</sup>, AP N° 02-2006/CJ-116, se pronuncia en favor de la combinación de los aspectos más favorables de las leyes en conflicto temporal. En los Fs.Js. 10 a 13, se sostiene que es “posible que se pueda elegir de entre dos leyes penales sucesivas en el tiempo, los preceptos más favorables, en virtud al ‘principio de combinación’ que permite al juzgador poder establecer una mayor benignidad penal a favor del reo”. Luego, afirman que es “congruente con la finalidad esencial de favorabilidad que se pueda reconocer -dentro de las leyes penales- los preceptos que más favorezcan al reo, pues si se autoriza escoger entre dos leyes distintas -íntegramente- en el tiempo, resulta coherente y razonable que puedan combinarse, para buscar un tratamiento más favorable al reo”. Enseguida, dicen que cabe “enfaticar que con ello no se esta creando una tercera Ley o *Lex tertia*, sino que se esta efectivizando un proceso de integración de normas más favorables al reo, que no colisiona con los contenidos del principio de legalidad”. Además, en su opinión, esta concepción guarda concordancia con el principio de necesidad de la intervención penal, porque cuando se producen variaciones en los preceptos que integran las normas penales y que favorecen al reo, es evidente que el legislador ha estimado necesario regular -en sentido benéfico- la intervención penal”.
- 832 Tanto la argumentación como la conclusión son cuestionables. Afirmar que no se trata de un problema de tercera ley (*lex tertia*), sino de una interpretación integradora del art. 6, no es correcto ya que, en realidad, se efectúa una reducción teleológica del texto, en la medida en que se excluye la confrontación de las leyes tomadas globalmente para sólo limitarla a la de las disposiciones en particular. Ni el artículo constitucional, ni el del Código se refieren a aplicar, en caso de conflicto temporal, los aspectos de las leyes puestas que sean más favorables al acusado<sup>368</sup>. En contra de esta

---

<sup>367</sup> AP N° 02-2006/CJ-116.

<sup>368</sup> En este sentido y con más detalles, CARO JHON, 1994, p. 733 ss., en particular 738 ss. Cfr.

observación, se invoca la voluntad del legislador, afirmando que éste “ha consagrado el ‘principio de combinación’ en la Exposición de Motivos del Código vigente, a cuyo efecto ha señalado que “en acatamiento del art. 233, inc. 7, Const. de 1979, se prescribe la aplicación de lo más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales (art. 6). De esta manera el Proyecto sustituye el principio de la unidad de leyes aplicable, ya fuese la precedente, la subsecuente, o la intermedia, según consagra el art. 7 del CP de 1924, por el nuevo principio de la combinación, que toma lo más benigno que tenga cada una de las normas sucesivas”.

Ahora bien, la “voluntad” del legislador no es siempre factor decisivo para interpretar correctamente la ley aunque sea bastante útil para dar al texto legal, entre los posibles sentidos que tiene, aquel que sea el más justo. Pero fuera de esto y, sobre todo en el caso que nos ocupa, es indispensable determinar si el pasaje citado en el acuerdo es, verdaderamente, la “voluntad del legislador”. Lo cierto es que si bien la citación corresponde a una “exposición de motivos”, ésta explica sucintamente el contenido del Proyecto de 1990<sup>369</sup> y no corresponde del todo a lo previsto en el texto definitivo del Código vigente. Así, el párrafo citado en el Acuerdo es conforme al texto del art. 11, pf. 1, de dicho Proyecto. Disposición que dice literalmente: “se aplicará lo más favorable al reo”. Mientras que el texto definitivo del art. 6 estatuye que “se aplicará la más favorable al reo”. Expresión que se refiere claramente a una de las leyes en conflicto, pues previamente esta misma disposición expresa: “La ley aplicable es la vigente en la comisión del delito” y agrega: “No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto de leyes en el tiempo”. Lo que impone que se tome cada una de las leyes en su totalidad y excluye que de cada una se tome “lo más favorable”.

La diferencia entre el texto del art. 11 del Proyecto de 1990 y el del art. 6 citado, muestra que se prefería la unidad en la aplicación de las leyes (alternatividad) y no la combinación de sus extremos más favorables al reo. Así mismo, salvaguardar la constitucional división de poderes e impedir la creación judicial de leyes.

Una solución intermedia entre las dos interpretaciones expuestas consiste en distinguir las leyes simples o complejas indivisibles de las leyes complejas divisibles. Por ejemplo, las diferentes normas legales dictadas sucesi-

---

GARCÍA CAVERO, 2008. p. 168 ss.; VILLAVICENCIO, 2006, p. 179; CASTILLO ALVA, 2002, p. 119 ss.; FIGUEROA NAVARRO, 2009, p. 75 ss.

<sup>369</sup> Separata del diario El Peruano del 17 de julio de 1990.

vamente para definir o establecer la pena del delito de terrorismo. En este caso, se debería comparar cada uno de los decretos o leyes en su conjunto para fijar cuál es la ley más favorable. Por el contrario, en cuanto a las leyes complejas, se podrían comparar sólo las disposiciones a condición de que sean divisibles y se “tomen preceptos íntegros de cada una de ellas para aplicarlos al caso preciso”. También, se dan como ejemplos<sup>370</sup>, por un lado, la disposición modificatoria de los plazos de prescripción, que no podría ser combinada con otra disposición que fijase la pena (aplicación alternativa de leyes en conflicto) y, por otro, la regla que dispondría consecuencias jurídicas del delito que no estarían previstas en la otra norma legal. Caso en el que si procedería combinar las normas en conflicto tomando sus aspectos más favorables, porque permite diferenciar cada consecuencia jurídica, lo que forma parte de la función de los jueces. Lo que supondría que la ley más favorable se determina sólo en cuanto a las penas principales y no a las penas accesorias ni a las medidas de seguridad.

- 836 Esta propuesta asume en parte de las ventajas del criterio de la unidad o alternatividad de la aplicación de la ley favorable y aumenta las desventajas del criterio de combinación de leyes. Así, no establece claramente cómo deben distinguirse con precisión los casos planteados y, además, no explica suficientemente por ejemplo que no se tenga en cuenta las modificaciones respecto a las medidas de seguridad. En particular, considerando que éstas (el internamiento) son tan o más graves que las penas y que, en la práctica, no cumplen su papel relativo a los intereses sociales predominantes.

## **5. Momento de realización del delito**

- 837 Según el art. 6, inc. primero, la ley penal aplicable es la vigente “en el momento de la comisión del hecho punible”. Por lo tanto, es indispensable fijar en qué momento se considera el hecho como “cometido”. Además, en el art. 9, se dispone que el “momento de la comisión de un delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca”.
- 838 Ante todo, debemos recordar que la determinación del momento de la comisión del hecho es importante para diversas instituciones jurídicas. Debido a que estas instituciones son diferentes y variados son, así mismo, sus fines, no conviene aplicar un mismo criterio. Deberá distinguirse si se

---

<sup>370</sup> GARCÍA CAVERO, 2003, p. 170 ss.

trata de precisar el momento en que debe determinarse la imputabilidad o la peligrosidad del encausado, el inicio de la prescripción de la acción penal, etc. La solución depende del análisis de cada uno de estos institutos, a través de la especificación de sus características y de su “*ratio*”, en especial del papel que en ellos juega el factor tiempo.

Tampoco debe confundirse este problema con el de la determinación del lugar de comisión de la infracción, importante para resolver los casos de aplicación de la ley en el espacio. Si bien es cierto que, como respecto a estos últimos, hay que tener en cuenta si se trata de un delito formal o de uno material, así como si se consuman instantáneamente o su realización se prolonga en el tiempo, también es correcto sostener que no es imposible en el plano lógico, determinar el momento de comisión del acto de manera diversa al lugar de comisión<sup>371</sup>. Para establecer el primero, resulta inconveniente recurrir al criterio de la ubicuidad, previsto en el art. 5<sup>372</sup>. Ambos problemas son de índole distinta, como diversos son, también, los fines perseguidos por el legislador mediante las disposiciones con que trata de regularlos. 839

Con las normas referidas a la validez espacial de la ley, el legislador busca asegurar la persecución penal. La aceptación de la teoría de la ubicuidad en este dominio, evita la existencia de conflictos de competencia negativos entre diferentes Estados<sup>373</sup>. 840

Por el contrario, las reglas sobre la validez temporal de la ley, tienden -partiendo del principio de legalidad- a completar y mejorar la garantía de seguridad de la libertad de las personas frente al poder estatal. Además, sólo el derecho penal en vigencia en el momento del acto permite responsabilizar al autor por su determinación culpable. El autor “no exterioriza esta determinación mediante el resultado, sino ejecutando con su acción o su omisión el acto definido como punible por la ley penal”<sup>374</sup>. Es preferible, por tanto, aplicar el principio del momento de la acción. 841

<sup>371</sup> SINISCALCO, 1965, p. 236. Este mismo autor cita como contrario a esta opinión a GERLAND, 1921, p. 6; BACIGALUPO, Arts. 7, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 40 ss.; GÓNZALES RUS/GÓNZALES TAPIA, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 275 ss.

<sup>372</sup> Cfr. HAFTER, 1946, T.I, p. 43 y 72; LOGOZ/SAN DOZ, 1976, art. 2, N° 4. Contra SCHULTZ, 1987, FJS N° 1203, p. 5. BRAMONT ARIAS, 1978, p. 239 ss.

<sup>373</sup> Cfr. *supra* N° 840 ss.

<sup>374</sup> SCHULTZ, 1987, FJS 1203, p. 5; idem 1982b, T. I, p. 95; cfr. VILLA STEIN, 2008, p. 162; KINDHÄUSER, 2006, § 8, N° 1 ss.

- 842 El CP de 1924, no contenía disposición alguna respecto a este problema. Sin embargo, permitía aplicar el criterio del momento de la realización de la acción en la medida en que al regular el principio de legalidad, del cual se deduce la regla general del “*tempus regit actum*”, se refería al tiempo en que había sido cometido el “acto u omisión”. Por lo tanto, en este sentido debía comprenderse la expresión “perpetración del hecho punible” contenida en el art. 7 de dicho Código. El elemento temporal presente en el principio de legalidad es el mismo que de manera implícita contenía esta disposición. En ambos casos es determinante el momento en que el agente hace u omite y no el instante en que tiene lugar el resultado.
- 843 Correctamente, en el art. 9, siguiendo la opinión dominante en doctrina, se preve como momento de ejecución del hecho punible el de la perpetración de la acción por parte del agente o partícipes; y, en caso de omisión, en el que hubieran debido actuar.
- 844 Por la mención a la obligación de actuar y a la producción de un resultado, se percibe que el art. 9 ha sido establecido pensando en los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión (art. 13). Sin embargo, no existe ningún inconveniente para considerar que comprende también los delitos de omisión propia. Estos se consuman con la simple abstención de parte del agente, ya que al preverlos en la ley no se hace depender su represión del hecho de que se produzca un resultado. Por lo tanto, con mayor razón procede aplicar la teoría de la acción para determinar el momento de su realización.
- 845 La referencia a los participantes en el art. 9 es correcta y conveniente. También respecto a éstos muestra ventajas la teoría de la acción. El carácter accesorio de la participación secundaria no juega aquí ningún papel. Son los actos de participación los que son determinantes, no el accionar del autor principal, a diferencia de lo que pasa en materia de localización de los hechos punibles en el espacio<sup>375</sup>. Por ejemplo, si el autor de un delito, cometido del todo bajo el imperio de la ley nueva, ha sido convencido por un tercero, cuando la ley antigua estaba todavía en vigencia, de cometer

---

<sup>375</sup> SCHULTZ, 1987, *FJS* 1203, p. 5; Cfr. también la doctrina alemana: ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 8 N° 5; Hoyer, en SK, AT 1, § 8 N° 4; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 15 IV N° 2b.

este delito, los actos de instigación serán reputados haber sido ejecutados bajo el imperio de la ley antigua. El instigador será, por tanto, en principio reprimido según ésta; salvo si la ley nueva le es más favorable.

A pesar de que la ley no lo prevé de manera expresa, la regla del art. 9 es aplicable, como se deduce de su texto, a todas las variaciones de la ley que se hayan sucedido desde el momento del hecho punible (de comisión u omisión) hasta el momento en que se juzga al responsable (momento de dictarse la sentencia). Además, el legislador ha previsto, en este sentido, una regla especial para las denominadas leyes temporales. Así, en el art. 8, estatuye que las “leyes destinadas a regir sólo durante un tiempo determinado se aplican a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieren en vigor, salvo disposición en contrario”.

## 6. Modificación de la ley durante la ejecución del delito

A diferencia de lo dispuesto en el del art. 7, pf. 1, del CP de 1924, el art. 6 no se refiere a que la modificación de la ley se produzca después de la perpetración del hecho punible, sino más bien a que se aplicará la ley vigente en el momento de la comisión del delito. De modo que comprende también los casos de cambios legales que tengan lugar mientras el hecho punible es ejecutado. Así, cuando la acción delictuosa se prolonga en el tiempo, ya sea que el tipo legal singular lo prevea (delito continuo o permanente; por ejemplo: la privación ilícita de la libertad, art. 152), o que, mediante una ficción, una pluralidad de acciones sea transformada por el legislador en un delito único (delito continuado, art. 49)<sup>376</sup>.

El delito continuado o sucesivo (*fortgesetztes Delikt*) es definido en el art. 49 como una pluralidad de actos ejecutivos que violan la misma ley, provienen de una misma resolución delictuosa y son cometidos en el momento de la acción o en momentos diversos. Esta pluralidad de actos es considerada como un sólo delito. De esta manera, en sus orígenes, se trataba de evitar la imposición de penas más severas en casos de reiteración. Este criterio ha sido admitido por nuestro legislador en la disposición citada.

---

<sup>376</sup> Cfr. *infra* N° 1133 ss.

- 849 Es incompatible con esta concepción afirmar que los últimos actos ejecutados por el agente son el factor decisivo para determinar el momento de la comisión del delito continuado y que, por tanto, debe aplicarse la nueva ley<sup>377</sup>. Si se aceptara que la nueva ley más severa fuera aplicable porque los últimos hechos fueron cometidos después de su entrada en vigencia, y para esto se arguyera que se trata de un sólo delito, se iría contra la clara y determinada finalidad de tal figura jurídica. Tampoco cabe aceptar que la entrada en vigor de la nueva ley determina un fraccionamiento del delito continuado, debido a que esto supondría la existencia de una nueva decisión. De esta manera desaparecería la unidad de resolución requerida para la configuración criminal. De modo que los actos cometidos durante la vigencia de la nueva ley deberían ser reprimidos conforme a ésta, sea o no más severa que la anterior; y los actos anteriores de acuerdo con la regla de “la ley más favorable”.
- 850 Esta solución es inconveniente porque se basa en la ficción inaceptable de que toda persona conoce la ley. En nuestra opinión, debe partirse de que es necesario tener en cuenta la finalidad de la regla que regula el delito continuado. En nuestro ordenamiento, se trata de atenuar la pena, por lo que debe aplicarse “la ley más favorable” entre aquellas vigentes desde el inicio de su ejecución hasta el momento de la sentencia<sup>378</sup>.
- 851 En lo referente al delito permanente o continuo, la situación es más compleja. Históricamente, su configuración no se orienta a evitar la severidad en la represión. Se trata, de un solo hecho punible; pero la determinación de las infracciones que merecen tal calificativo depende de la descripción contenida en el tipo legal. Ejemplo típico de delito permanente es la privación ilícita de la libertad (art. 152). El autor crea una situación antijurídica y, mediante actos u omisiones, la mantiene o no la hace cesar.
- 852 En un principio, resulta evidente que, fuera del caso de los delitos instantáneos, el momento en que se comete una infracción se inserta en la duración<sup>379</sup> de la comisión del comportamiento punible. Cuando entra en vigencia una nueva ley después de iniciado el hecho delictuoso y antes de

---

<sup>377</sup> El § 2, pf. 2, del CP alemán estatuye: “si la amenaza penal variara durante la comisión del acto, es aplicable la ley vigente al término del acto”. Cfr. TROENDLE, 1974, § 2, N° 61.

<sup>378</sup> En favor del fraccionamiento del delito continuado y de la aplicación de la nueva ley en todo caso; SCHULTZ, *FJS* N° 1203, p. 5 ss.; ESER en SCHOENKE-SCHROEDER, 2001, §. 2 III, N° 13-15. Por la mantención de la unidad del delito continuado y la aplicación de la ley favorable, se pronuncia JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 636; en su apoyo cita a von LISZT-SCHMID.

<sup>379</sup> Cfr. la expresión alemana “*Dauerdelikt*”.

que éste sea finalizado, este delito que constituye una unidad, debe ser considerado cometido bajo el imperio tanto de la ley precedente como de la nueva que ha entrado en vigencia<sup>380</sup>. Esta circunstancia no está expresamente regulada en el art. 6, en la medida en que supone la sucesión de leyes en relación con un antes y un después de la comisión del hecho punible; pero no mientras se está cometiendo.

En consideración de la índole de este tipo de delitos, debe aplicarse un criterio discriminador. Si el comportamiento ya es previsto en una ley y la nueva sólo modifica la pena, ésta será aplicada al conjunto del comportamiento delictuoso sea favorable o desfavorable al imputado. Por el contrario, si la nueva ley comporta un cambio en los fundamentos de la punibilidad del comportamiento, ésta sólo se aplicará a los actos cometidos después de su entrada en vigencia. De manera que si, por ejemplo, la nueva ley prevé un nuevo delito, los actos cometidos precedentemente, por tanto impunes según el principio de la legalidad, no deben ser considerados ni para establecer la responsabilidad ni para fijar la pena<sup>381</sup>. 853

La diferenciación de estas dos situaciones no está claramente presente en una sentencia del Tribunal Constitucional<sup>382</sup> referida a la desaparición forzada de personas. Después de exponer una serie de argumentos confusos, los magistrados afirman, por ejemplo, que “en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal”. La confusión se da porque el caso se refiere a la comisión de la desaparición de personas antes de dictada la ley que la califica de delito y, por tanto, no debió decirse “en ese momento ejecuten el delito” sino más bien “que en ese momento (en que se dicta la ley incriminadora) se continúe ejecutando el comportamiento de desaparición de personas”. Más clara es la opinión establecida en el AP N° 9-2009/CJ-116, emitida por los jueces supremos de lo penal respecto al mismo delito de desaparición forzada de personas, también considerado como delito permanente<sup>383</sup>. Los jueces afirman<sup>384</sup> que si “entra en vigor la ley que consagró el delito desaparición forzada de personas y se mantiene la conducta delictiva –de riesgo 854

<sup>380</sup> Cfr. ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 8 N° 6.

<sup>381</sup> RUDOLPHI, 1970, en SK, AT 1, § 2 N° 3 ss.; MAURACH/ZIPF, 1992, § 12 II N° 11; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 15 IV N° 2b; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 2 N° 13 ss.

<sup>382</sup> STC del 18 de marzo de 2004, Exp. N° 2488-2002-HC/TC.

<sup>383</sup> AP N° 9-2009/CJ-116, F.J. 14.

<sup>384</sup> AP N° 9-2009/CJ-116, F.J. 15, B.

prohibido para el bien jurídico- por parte del agente estatal, la nueva ley resulta aplicable; no hay ninguna razón para no imputar la comisión del delito a partir de la vigencia de la nueva valoración sionormativa que expresó el tipo legal incorporado al ordenamiento penal”. De manera igualmente clara, la CIDH, sostiene que por “tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable”<sup>385</sup>.

- 855 El criterio diferenciador admitido es en principio correcto, sin embargo debe ser prudentemente aplicado respecto a la primera hipótesis que admite la aplicación retroactiva de la nueva ley cuando sólo concierne la modificación de la pena del delito permanente. El riesgo es que se deja en manos del legislador una gran libertad para modificar a su arbitrio las consecuencias jurídicas del delito. Modificación que, dadas las circunstancias sociales o políticas, constituye, muchas veces, una reacción inmediata, apresurada y desmesurada.

## **VII. Modificación de la ley penal y cosa juzgada**

### **1. Introducción**

- 856 Hasta ahora, hemos analizado los casos en que las leyes se suceden en el lapso comprendido desde el momento de la comisión del acto y el momento en que se sentencia. Si bien no hemos aclarado cuál era este segundo momento, se comprende, fácilmente, que se refiere al de la sentencia definitiva. Es decir, al de aquella que crea la denominada cosa juzgada. La sentencia es firme por el vencimiento de los plazos fijados para impugnarla o porque los recursos presentados con este fin son declarados inadmisibles o infundados.
- 857 Por esto, cuando, por ejemplo, la Corte Suprema conozca de una sentencia dictada por un tribunal correccional, debido al recurso de nulidad presentado por el condenado, deberá aplicar la nueva ley que se haya puesto en vigencia después de pronunciada la primera sentencia y antes de que se absuelva el grado.

---

<sup>385</sup> SCIDH del 26 de noviembre de 2008, caso Tiu Tojin vs. Guatemala, FJ. 87.

En doctrina, se ha discutido mucho sobre los efectos que pueden tener las modificaciones de la ley penal sobre la cosa juzgada. A causa de la intangibilidad de ésta, en general, se admite su ineficacia. Es el criterio imperante en Francia<sup>386</sup> y en Alemania<sup>387</sup> y, en Italia, se le reconoce eficacia sólo si la nueva ley descriminaliza el comportamiento causante de la condena<sup>388</sup>; lo mismo acontece en el derecho suizo<sup>389</sup>. 858

En el art. 6, incs. 2, y 7 se establecen criterios que siguen la orientación que acabamos de indicar. Estas disposiciones comportan ciertas dificultades debido a defectos de redacción y a la falta de reglas que faciliten su aplicación. 859

Estas reglas constituyen excepciones a la prohibición de revivir procesos fenecidos (cosa juzgada), establecida en el art. 139, inc. 13, Const. Según esta disposición, constituye garantía de la administración de justicia la “prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada” 860

## 2. Aplicación de la ley más favorable

Esta excepción se justifica por la importancia de los bienes afectados por una sentencia penal; la inutilidad de seguir reprimiendo con la misma pena un acto que -según la nueva concepción del legislador- merece un tratamiento menos severo o que no vale la pena seguir siendo considerado como delictuoso; y porque el formalismo de la intangibilidad de la cosa juzgada no puede tener los mismos alcances en materia penal que en la civil. El tratamiento diferente que se debe dar a la cosa juzgada en estos dos ámbitos fue destacado por nuestro legislador en la Exposición de motivos del Anteproyecto del CdePP y lo hizo con el fin de justificar la permanencia del recurso de revisión, introducido en nuestro ordenamiento mediante el Código procesal de 1920. Debido, quizás, a que tuvo presente las razones avanzadas por el legislador de ese año, al fundamentar el Anteproyecto del CdePP, no hizo alusión al art. 8 del CP de 1924, en el que ya se consideraban los efectos sobre la condena. 861

<sup>386</sup> Cfr. MERLE/VITU, 1997, p. 270 ss.

<sup>387</sup> TROENDLE, 1974, §. 2, N° 70 y la bibliografía citada.

<sup>388</sup> MANZINI, 1933, , p. 344 ss. Ver: CP italiano, art. 2, inc. 2 y 3.

<sup>389</sup> SCHULTZ, 1982b, I, p. 86.

- 862 El que no se considerarse esta disposición al elaborarse el Código procesal, impidió que no se previera la vía que permitiera la modificación de una sentencia firme, con base en el dictado de una ley que atenúa la represión después del fallo, puesto que entre los casos que podían dar lugar al recurso de revisión no se le enumeraba<sup>390</sup>. El Poder Ejecutivo, en lugar de promover una solución legislativa global, encargó a la Corte Suprema, sólo respecto a la aplicación de los DLegs N° 121 y 122, dictar pautas sobre la aplicación retroactiva de la ley prevista en el art. 8 del CP de 1924.
- 863 En el Código, se ha optado por la solución de la intervención de oficio del órgano judicial competente, en la medida en que se dispone, en el art. 6, inc. 2, que el juez “sustituirá la sanción impuesta”. De modo que no es indispensable que sea a pedido del interesado. Sin embargo, éste resulta necesario frente a la imposibilidad práctica de que los jueces, que han dictado sentencia condenatoria, revisen de oficio cada una de las sentencias cada vez que se modifique la ley penal, hecho además bastante frecuente entre nosotros. La intervención de oficio es más claramente estatuida en el art. 7. Según esta disposición, en caso de derogarse la ley que reprimía el comportamiento por el que se condenó, la pena y sus efectos se extinguen de “pleno derecho”.
- 864 En todo caso, tratándose de modificar una sentencia es necesario que sus alcances sean determinados por la autoridad judicial. Obviamente, esto no puede ser tarea de la autoridad administrativa, ni puede tampoco dejar de practicarse por insuficiencia de la ley procesal.
- 865 De las disposiciones del CEP se deduce el criterio de que la autoridad administrativa no hace sino cumplir con el mandato judicial. En este Código, se va, conforme a la legislación moderna, aún más lejos. El control de la ejecución de las penas privativas de la libertad es atribuido al juez de ejecución penal (arts. 147 a 152).
- 866 Del art. 6, inc. 2, se deduce que el juez deberá comparar las leyes en conflicto teniendo en cuenta las penas previstas y aplicará los nuevos márgenes penales si son más benignos respecto al condenado. Sin embargo, para fijar la nueva pena, dentro de estos límites, el juez deberá apreciar las circunstancias, pues es imposible que la disminución proporcional de la pena se haga por una simple operación matemática<sup>391</sup>. Un caso particular, es el pre-

---

<sup>390</sup> Ver art. 361 CPP.

<sup>391</sup> SP N° 2-2005/DJ-301-A, del 30 de septiembre de 2005, F.J. 4.

visto en el art. 7: la ley que prescribe la impunidad de un comportamiento es más benigna que la que le sancionaba como delito.

Los criterios divergentes aplicados en sendas ejecutorias supremas motivaron a los jueces del máximo tribunal a fijar directivas sobre la sustitución de penas por aplicación de la ley más benigna<sup>392</sup>. Con este fin, dedujeron del mismo art. 6 que si la nueva ley fija una pena más benigna, es obligatorio que se disminuya la impuesta conforme a la ley anterior<sup>393</sup>. Conforme a la inmutabilidad de la cosa juzgada<sup>394</sup>, estatuyeron que los hechos y circunstancias atenuantes establecidos como probados en la sentencia condenatoria no pueden ser modificados por el juez al fijar la nueva pena. Por respeto al sistema de la indeterminación relativa de las penas del Código y a la inconveniencia de fijar reglas tasadas, afirmaron que la nueva pena debe fijarse de acuerdo con los criterios establecidos en los arts. 45 y 46, respetando estrictamente la proporcionalidad de acuerdo con la índole del ilícito y el grado de culpabilidad<sup>395</sup>. 867

Sobre la base de estas afirmaciones, los jueces dispusieron, por mayoría, las siguientes reglas: (1) obligación de sustituir la pena en ejecución cuando la nueva ley disminuye el marco legal abstracto; (2) respetar de manera absoluta los hechos declarados probados, y las circunstancias y factores reconocidos en el fallo como relevantes para la determinación judicial de la pena, los que son inmutables; (3) observar estrictamente los principios de proporcionalidad y de legalidad; (4) sustituir la pena fijada en el máximo o el mínimo legal conforme a la ley anterior con una nueva pena que corresponda al máximo o al mínimo legal fijado en la nueva ley; y (5) reemplazar la pena fijada por debajo del mínimo legal de acuerdo con la antigua ley por una pena inferior al mínimo legal fijado en la ley nueva<sup>396</sup>. 868

Finalmente, vale la pena precisar que la referencia a la sustitución de la pena no debe conducir a error y hacer pensar que la modificación de la ley debe consistir sólo en la modificación de la pena. También se puede limitar de manera directa la sanción por otros medios; por ejemplo, con la incorporación de una causa de justificación: el Director de prisión condenado por un delito contra la administración de justicia, debido a que concedió 869

<sup>392</sup> SP N° 2-2005/DJ-301-A, del 30 de septiembre de 2005,

<sup>393</sup> SP N° 2-2005/DJ-301-A, del 30 de septiembre de 2005, F.J. 9.

<sup>394</sup> SP N° 2-2005/DJ-301-A, del 30 de septiembre de 2005, F.J. 10.

<sup>395</sup> SP N° 2-2005/DJ-301-A, del 30 de septiembre de 2005, F.J. 12.

<sup>396</sup> SP N° 2-2005/DJ-301-A, del 30 de septiembre de 2005, F.J. 14.

permiso (no permitido por la ley) a un delincuente que aprovechó la ocasión para fugarse, podrá ser dejado en libertad si durante el cumplimiento de la condena se autoriza mediante la ley la concesión de tales salidas. En este caso, no se hace desaparecer un tipo legal. Más bien, el comportamiento es justificado conforme a la causa de justificación prevista en el art. 20, inc. 8: obrar “por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. Así mismo, cuando se amplía el campo de aplicación de la condena condicional (elevar el límite de la pena cuya ejecución puede ser suspendida) o derogar una ley que no permitía su aplicación en el caso particular.

### **3. Circunstancias en que se da la modificación**

- 870 En el art. 6, pf. 2, se establece que la nueva ley debe intervenir “durante la ejecución de la sanción”. Esta regla es menos amplia que la prevista en el art. 8 del CP de 1924. De acuerdo con esta última, la nueva ley debía intervenir “después de la sentencia o durante la condena”. De modo que, a diferencia de la norma vigente, podía aplicarse la nueva ley favorable aún a los casos en que el condenado no hubiera, por diferentes motivos (p. ej.: fuga, condena condicional), comenzado a cumplir con la pena que se le había impuesto. La nueva regla recuerda la fórmula española, la cual se refiere a que “hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena”. Esta exigencia implica que el condenado deba ponerse a derecho, cuando haya evitado la ejecución de la condena (fuga, juzgamiento en ausencia), para poder beneficiarse de los efectos de la ley más favorable.
- 871 En todo caso, es evidente que no comprende los casos en que la sanción ha sido ejecutada. Esto es establecido de modo expreso en el art. 7, que regula el caso extremo relativo a la abolición de un delito. Este artículo se refiere a la “pena impuesta” y, por tanto, comprende tanto la que aún no ha sido ejecutada (sin importar la causa) como a la que se esté ejecutando. Una vez ejecutada totalmente la sentencia, la nueva ley no tiene ningún efecto. El delincuente no podría considerarse lesionado y pedir una reparación de parte del Estado. Esto es ratificado en la misma disposición, en la que -a diferencia del Código derogado- declara extinguidos los efectos de la pena impuesta (p. ej., sanciones accesorias, inscripción en el registro de condenas).
- 872 Estas consideraciones corresponden, sin duda alguna, a los casos en que se haya impuesto pena privativa de la libertad o inhabilitación, pero no a la pena pecuniaria.

La situación no es tan clara en relación con esta última pena de índole diferente a las demás sanciones. Podría considerarse que procedería la devolución de la suma pagada, en caso de que no se calificara más el comportamiento como delictivo y por el que se impuso la multa. Un argumento en favor de este criterio sería que una interpretación distinta puede implicar un trato diferenciado entre quien evita con malicia el cumplimiento de la multa y quien cumple con cancelarla: el primero sería favorecido. Si bien casos de esta clase pueden presentarse, su poca frecuencia y la posibilidad de que la multa sea convertida en prisión, no justifican un tratamiento diferente. En los demás casos, si ha sido cumplida no tiene influencia alguna la nueva ley; si su ejecución tiene lugar por pagos parciales (art. 23), su monto será disminuido según la ley favorable.

## VIII. Medidas de seguridad y modificación de la ley

### 1. Regulación

La no aplicación de las medidas previstas en el Código derogado, a excepción del internamiento o colocación en un hospital de delincuentes inimputables, ha sido el factor decisivo para que su número haya sido limitado. Aún la aplicación de las pocas previstas en el Código vigente es muy incierta y convierte el análisis de la aplicación en el tiempo de las reglas que las prevén en un asunto casi puramente teórico.

Ante todo, recordemos que el principio de legalidad, art. 2 del Código vigente, se refiere tanto a las penas como a las medidas de seguridad<sup>397</sup>. De esta manera, el legislador va más allá del art. 2, inc. 24, lit. d, Const. que sólo se refiere a la pena. Lo que es posible en la medida en que no constituye una restricción de los derechos individuales que son protegidos por el principio de legalidad. De modo que no puede aplicarse una medida al autor de un hecho que no estaba previsto como delito antes de la entrada en vigor de la ley que la establece. En este sentido, se dispone, en el art. 72, inc. 1, que el agente deberá haber “realizado un hecho previsto como delito” (no hay delito sin ley previa). Tampoco, podrá aplicarse cuando, constituyendo ya delito, dicha medida de seguridad no estaba prevista en el momento en que fue cometido (no hay medida de seguridad sin ley previa).

<sup>397</sup> Cfr. *supra* N° 447 ss.

- 876 El legislador, sin embargo, no ha tenido en cuenta todas las consecuencias del principio de legalidad al establecer las reglas sobre la aplicación temporal de la ley penal. Éstas están orientadas, sobre todo, a la determinación, en el momento de condenar, si el hecho es punible y, así mismo, a la individualización de la pena. La represión debe ser menos severa conforme a la ley más favorable al procesado. De modo que al establecerlas no se tuvo presente el caso de las medidas de seguridad; a pesar que en el art. 7, pf. 2, del derogado CP de 1924, se preveía que “se aplicará la ley vigente en el momento en que deban ser ejecutadas” y que en el Proyecto 1985 (art. I) se previera que “nadie puede ser... condenado a pena o medida de seguridad”.
- 877 Esta falta de técnica, se manifiesta de manera evidente cuando, en el caso de dejarse de calificar un hecho como punible, se decreta la extinción de la “pena impuesta y sus efectos” (art. 7), sin hacer referencia a las medidas. No puede pensarse que se haya creído que éstas estaban comprendidas en los “efectos” de la pena impuesta, ya que la internación de inimputables se aplica a autores no culpables y, por tanto, no punibles. Esta deficiencia del Código no impide, sin embargo, que se sostenga, como simple consecuencia del principio de legalidad, que también respecto a las medidas de seguridad debe aplicarse la ley más favorable. Además, este criterio encuentra apoyo en el hecho de que, en el art. 6, pf. 2, se utilice el término de sanción, comprensivo de pena y medida de seguridad, para determinar la aplicación de la ley más favorable que entra en vigencia “durante la ejecución de la sanción”.

## **2. Debate sobre la retroactividad de las medidas de seguridad**

- 878 En doctrina y legislación, se admitió la retroactividad general de las leyes que estatúan medidas de seguridad, debido a que se partía de una concepción dualista estricta del sistema de sanciones. Dicha concepción se fundamentaba en una radical diferencia entre pena (sanción que causa sufrimiento, impuesta en relación con la culpabilidad del agente) y las medidas de seguridad (sanción de carácter preventivo que busca corregir o neutralizar al agente, impuesta según su peligrosidad). Se consideró que las leyes que preveían o modificaban las medidas tenían efecto inmediato, debido -justamente- a que se presumía que constituían un progreso; que favorecían al agente y que su aplicación dependía de su carácter peligroso. Desde esta perspectiva, se debía continuar aplicando la medida de seguridad, aun cuando durante su ejecución se derogara la disposición que declaraba delictuoso el acto que había dado ocasión a su imposición. Debido a que el

cambio en el juicio de valor del legislador sobre dicho acto o su convicción de que ya no era necesario reprimirlo no constituían una mutación que pudiera hacer variar el pronóstico sobre la peligrosidad del infractor, elaborado en función de su personalidad y no con relación al mero acto; el cual sólo brinda la ocasión para imponer la medida de seguridad<sup>398</sup>.

A pesar de la aprobación casi general que recibió la regla de la retroactividad de las leyes referentes a las medidas de seguridad, diversos autores sostuvieron la necesidad de aplicarla de manera diferenciada. Exigían de que se tuviera en cuenta la índole de cada una de las reglas que las contenían y que comportaran una restricción de la libertad<sup>399</sup>. Este criterio fue imponiéndose en la doctrina, en la medida en que ganaba terreno la concepción de un dualismo relativo respecto a las relaciones entre la pena y las medidas de seguridad. El mismo que implicaba reconocer que algunas de éstas, como las privativas de la libertad, no se diferenciaban en esencia de las penas de ésta índole. Así mismo, prestar la debida atención al hecho de que el agente imputable sometido a una de ellas, lo experimentaba como una verdadera sanción. Así, se retorna al principio de legalidad, ya que el sujeto capaz de culpabilidad debe tener la posibilidad de conocer que puede incurrir en una sanción penal (pena o medida de seguridad)<sup>400</sup>. 879

Todo esto determinó que se incorporara en la legislación de algunos países una regla, excluyendo la aplicación retroactiva de algunas medidas. Así, en el CP alemán se estatuye que las disposiciones referentes a las mismas son de aplicación retroactiva, salvo que la ley disponga lo contrario<sup>401</sup>. Esta manera de resolver el problema fue adoptada por la comisión que elaboró el Proyecto oficial de 1962 (§ 2, N° 6). Los autores del Proyecto alternativo de 1966 sostuvieron la aplicación total del principio de legalidad a las penas y medidas de seguridad y, por lo tanto, la sujeción de ellas a las reglas referentes a “la ley penal en el tiempo”<sup>402</sup>. Este criterio fue incorporado en el Proyecto del CP austriaco de 1964 (§ 1, inc. 2) y fue retomado en el § 1 del CP alemán de 1975<sup>403</sup>. 880

<sup>398</sup> Cfr. BRAMONT ARIAS, 1950, p. 240.

<sup>399</sup> Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T.II, p. 660; THORMANN-VON OVERBECK, 1940, N° 15.

<sup>400</sup> MARINUCCI/DOLCINI, 2001, p. 259.

<sup>401</sup> § 2, inc. VI: “Salvo disposición legal en contrario, las medidas de corrección y seguridad se han de decidir conforme a la ley que rija al tiempo de la decisión”. Cfr. HASSEMER, 1990b, § 2, p. 143.

<sup>402</sup> Ver: Alternativ-Entwurf, A.T., p. 31.

<sup>403</sup> LEUKAUF-STENINGER, 1974, p. 33; FOREGGER-SERINI, 1989, sub § 1, p. 25 ss.

- 881 En el Código, como lo hemos indicado, se ha seguido el criterio de comprender en el principio de legalidad a las medidas de seguridad. Las reglas sobre la aplicación temporal de la ley penal deben, en consecuencia, ser interpretadas teniendo en cuenta todas las garantías que implica dicho principio. Para imponer las medidas de seguridad hay que considerar la ley más favorable, la misma que será más fácil de determinar respecto a las medidas que implican la privación de la libertad.
- 882 Son por tanto anticonstitucionales las normas que prevén la aplicación de medidas de seguridad *ante delictum* o con efecto retroactivo. Así, por ejemplo, en el art. 107, *ab initio*, del antiguo Código de Menores. se preveía la imposición de medidas a: “los menores que se encuentran en estado de abandono o peligro moral o que hayan cometido acto considerado como delito o falta...”. Este tipo de disposiciones constituye una supervivencia de criterios superados y que figuraban en el derogado CP de 1924. En su art. 145, se estatuyó: “Las autoridades competentes y los jueces aplicarán preventivamente las disposiciones protectoras de este título en todos los casos en que fuere necesaria la preservación o la asistencia de los niños o de los adolescentes moralmente abandonado, moralmente pervertidos, o en peligro moral, aun cuando todavía no hubieren cometido hecho reprimido como delito”.

### **IX. Modificación de la ley referente a la ejecución de penas y medidas de seguridad**

- 883 La extinción de la ejecución de la pena cuando la nueva ley dispone que el hecho sancionado en una norma anterior no es más punible es un caso claro de aplicación de la ley más favorable (art. 7).
- 884 El CEP (DL N° 654, del 31 de julio de 1991, regula la ejecución tanto de las penas privativas de libertad, restrictivas de libertad y limitativas de derechos, así como de las medidas de seguridad (art. 1) y hace referencia, en forma general, al “régimen penitenciario” (art. V) y al “Sistema penitenciario Nacional” (arts. X y 138). La inconveniencia de esta terminología es evidente, en la medida que se trata de comprender todos los aspectos de la ejecución de las sanciones penales.
- 885 Respecto al dominio temporal, se dispone, en el art. VII, que la “retroactividad y la interpretación de este Código se resuelve en lo más favorable al interno”. Disposición que se refiere a la aplicación en el tiempo de las

disposiciones legales relativas a la ejecución de penas, pero también a los problemas que pueden presentarse en su comprensión al momento de aplicarlas. Así, parece que se hace referencia a las dos hipótesis consideradas en el art. 139, inc. 11, Const. En el sentido de comprender, como no se hizo al redactarse el Código, que la norma constitucional hace referencia, mediante la expresión “en caso de duda” a los problemas de interpretación y, por la de “conflicto entre leyes penales”, a la aplicación de éstas en el tiempo. Estas imprecisiones son debidas al afán de reiterar en las leyes los principios establecidos expresamente en la Constitución, sin el debido cuidado y coherencia.

Cuando se dice “retroactividad [...] de este Código”, debe entenderse de toda norma legal referida a la ejecución de las sanciones penales. El hecho que la norma constitucional estatuya que nadie será “sancionado con pena no prevista en la ley”, no es obstáculo para que se prevea que tampoco será sometido a una manera de ejecución de la sanción penal no prevista en la ley. De modo que una ley que agrave el régimen de ejecución de las sanciones penales no deberá ser aplicada al detenido que está cumpliendo una de estas sanciones. Por ejemplo, si la duración de la sanción disciplinaria del aislamiento (art. 27, inc. 5) fuera aumentada de treinta días a sesenta, la ley que dispusiera este último máximo sólo debe ser aplicada a los que hayan sido internados después de su puesta en vigencia. Como es una ley desfavorable a los demás detenidos se aplica el criterio de la irretroactividad de la ley más severa (art. VII del CEP). 886

Otro ejemplo es el relativo a la redención de la pena mediante el trabajo. Según el art. 44 del CEP, ésta corresponde a “un día de pena por dos días de labor efectiva”. Mediante la Ley N° 27770, del 21 de junio de 2002, se ampliaron las excepciones de aplicación de esta regla a los responsables por delitos contra la administración de justicia (art. 1 y 2). En el art. 4, se dispone que la redención de la pena por el trabajo y la educación en el caso de los condenados por los delitos indicados en los dos primeros artículos se hará “a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o de estudio debidamente comprobada”. También, se puede considerar el caso del beneficio de la semi-libertad, que puede ser concedida al sentenciado, según el art. 48 del CEP, “cuando se ha cumplido las dos terceras partes de la pena y previo pago del íntegro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil y de la multa o, en el caso del interno insolvente, la correspondiente fianza en la forma prevista en el art. 183 del CPP”. Esta regla también ha sido modificada por la Ley N° 27770, respecto a los delitos 887

contra la administración pública, fijando que sólo procede “cuando se haya cumplido las dos terceras partes de la pena y...”. En ambos casos, la cuestión a determinar es la de si esta ley, que agrava lo dispuesto en el citado Código, debe o no ser aplicada con efecto retroactivo.

- 888 La respuesta depende del punto de referencia que se tome para especificar qué casos son considerados como anteriores a la entrada en vigor de la nueva ley<sup>404</sup>. Respecto a las leyes que conciernen las condiciones de punibilidad de un comportamiento y las referentes a las sanciones penales (derecho penal sustantivo), se admite, el momento en que el delito ha sido cometido, conforme al principio de legalidad. Este momento no puede ser considerado respecto a las disposiciones legales relativas a la ejecución de penas o medidas de seguridad. El mismo art. VIII del CEP se refiere a su propia retroactividad y, por tanto, sólo puede tomarse en consideración el momento en que corresponde aplicarlo. El orden jurídico no reconoce a las personas el derecho a que les sea ejecutada la sanción, una vez condenadas, según la manera como era aplicada cuando cometieron el delito por el que han sido penadas. Las leyes penales buscan más bien que no cometan delitos. De este hecho ilícito no puede deducirse un derecho como el indicado. La situación es distinta en cuanto a las garantías que se brinda a todo procesado mediante el principio de legalidad y el debido proceso. Además, dicho Código, así como la Ley N° 27770, se refieren a las personas condenadas y suponen que estén cumpliendo sus penas. De manera que podría admitirse como criterio el momento en que se dan las condiciones para que sean otorgados. De esta manera, se podría disminuir el riesgo de que el Estado agrave las situaciones de algunos detenidos por otras razones que la correcta ejecución de las sanciones penales<sup>405</sup>.
- 889 Una vez explicados estos criterios, resta abierta la cuestión de la conveniencia de admitir la retroactividad de las leyes sobre ejecución de sanciones penales más favorables. Su índole particular y su finalidad de lograr el mejor resultado en la ejecución de la sanción, hace muy difícil y delicada la aplicación absoluta de esta regla. En realidad, ésta debe concernir sólo a las disposiciones que están estrechamente relacionadas con la agravación o atenuación de la sanción penal. Por ejemplo, la aplicación de una ley que introduzca nuevas directivas en relación con la obligación de trabajar o con

---

<sup>404</sup> Cfr. MEINI MÉNDEZ, Ivan, [http://www.unifr.ch/ddp1/articulos/a\\_20080526\\_29.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/articulos/a_20080526_29.pdf), N° II, 3.

<sup>405</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 680, dice que “el Estado no puede imponer mayores obligaciones que las establecidas por la ley, conforme a la cual fue pronunciada la sentencia condenatoria”.

la clasificación de internados no debe depender si es o no más favorable que la precedente. De lo contrario, se multiplicarían los regímenes de ejecución en detrimento de la buena marcha del establecimiento de detención.

## X. Leyes temporales y excepcionales

En principio, se admite que el calificativo de temporal dado a algunas leyes depende de que se fije con anticipación la duración de su vigencia, sea indicándose las fechas expresamente, sea refiriéndose a la duración de un suceso determinado (p. ej., una epidemia peligrosa). Fuera de estos casos claros, se ha propuesto calificar también de leyes temporales aquellas cuya vigencia está determinada por el contenido y fin de la situación que se regula. En la medida en que este criterio supone determinar, mediante la interpretación, la valoración jurídica<sup>406</sup> del suceso tomado en consideración, resulta inconveniente para determinar si deben aplicarse retroactivamente.

Aun cuando según el art. 8, se puede pensar que la expresión “leyes destinadas a regir sólo durante un tiempo determinado” implica una definición amplia de ley temporal, hay que admitir que, debido a la vaguedad de los criterios para precisar esta definición, resulta conveniente sostener que el art. 8 sólo se refiere a las leyes temporales en sentido estricto<sup>407</sup>.

De acuerdo con esta disposición, dichas leyes “se aplican a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieren en vigor, salvo disposición en contrario”. Esto implica que se reconoce la aplicación ultractiva a dichas leyes, es decir se les considera como vigentes respecto a los delitos cometidos bajo su imperio temporal. Admitir el criterio opuesto significaría desvirtuar los alcances de las leyes temporales y constituiría una fuente de iniquidades, puesto que la imposición de las penas conforme a sus disposiciones se haría depender de la celeridad del procedimiento en cada caso particular. Además, en los últimos días de su vigencia, perderían su eficacia. Los delincuentes esperarían este período para, de ser detenidos y juzgados, escapar a la severidad de las sanciones penales. De esta manera, el objetivo de prevención general, que casi siempre motiva esta clase de leyes, no podría ser alcanzado<sup>408</sup>. El principio de la ley más favorable es,

<sup>406</sup> ROXIN, 2006a, § 5 N. 66; cfr. MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 82.

<sup>407</sup> Este problema es particularmente importante en materia de derecho penal económico, Cfr. GARCÍA CAVERO, 2003, p. 199 ss., p. 204; TIEDEMANN, 2010, N. 158 ss.

<sup>408</sup> Los argumentos esgrimidos por BRAMONT ARIAS, 1950, p. 237, en favor de la ultractividad

por el contrario, aplicable en relación con los actos anteriores a la puesta en vigencia de la regla temporal y, así mismo, en caso de substitución de ésta por una norma aún más severa.

### **XI. Leyes intermedias**

- 893 Del amplio texto del art. 6 se deduce que la regla de la ley más favorable se aplica a todas las leyes que se suceden entre el momento de la comisión del hecho punible y el juzgamiento. El caso más frecuente del conflicto entre la norma anterior y la nueva ha servido de base al análisis realizado. Ahora, se trata de plantearnos la cuestión relativa a las leyes intermedias; es decir, aquellas que no estuvieron en vigencia ni en el momento de la ejecución del delito ni en el del juzgamiento. Este problema se presenta sólo cuando una de éstas es la más favorable de todas. El criterio doctrinal mayoritario está a favor de tener en cuenta la ley intermedia más favorable, considerando que el retardo en la administración de justicia no debe perjudicar al procesado. Sin embargo, de esta argumentación no se debe deducir que éste tenga el derecho a ser juzgado de inmediato<sup>409</sup>. En todo caso, tener en cuenta la ley intermedia más favorable, no contradice los criterios del art. 6 que tienen en consideración los momentos en que se comete el delito y es juzgado el agente.

### **XII. Leyes procesales**

- 894 Ni el Código ni el CdePP previeron reglas sobre la retroactividad o irretroactividad de las disposiciones procesales con relación al momento en que se cometió el delito que dio lugar al proceso. Cosa diferente es si el punto de referencia es el instante en que se ejecutó el acto procesal. En esta segunda hipótesis, se parte de que se aplica la ley vigente en el momento en que dicho acto fue llevado a cabo. Es importante tener en cuenta esto para comprender que algunos autores hablen de irretroactividad de la regla procesal, considerando que no afecta los actos procesales cumplidos durante la vigencia de la ley derogada o modificada<sup>410</sup>.

---

de las leyes temporales son, desde nuestra perspectiva, también aplicables al caso de las leyes excepcionales.

<sup>409</sup> ROUBIER, 1960, p. 480.

<sup>410</sup> Cfr. CLARÍA OLMEDO, 1960, p. 141.; COBO/VIVES, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 84 ss

En la perspectiva que nos interesa, la cuestión es saber lo que sucede respecto a los procesos iniciados antes de la vigencia de la nueva ley procesal y, por lo tanto, en razón de un delito cometido con anterioridad. 895

En nuestro medio, en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, se ha admitido siempre la retroactividad de la ley procesal<sup>411</sup>. En cuanto a la legislación, señalemos a título de ejemplo, que en la Primera Disposición Complementaria del NCPP, inc. 4, se estableció que “a los noventa días de publicación de este código, entrarán en vigencia en todo el país los arts. 205 a 210 [el control de identidad policial, la videovigilancia, las pesquisas y el registro de personas]. El día 01 de febrero de 2006, se dispuso que entrarán en vigencia en todo el país los arts. 468 a 471 [el proceso de terminación anticipada] y el libro séptimo ‘La Cooperación Judicial Internacional’ y las disposiciones modificatorias contenidas en este Código”. Si se considera que dicha disposición fue modificada, en primer lugar, por el artículo único de la Ley N° 28366, del 26 de octubre de 2004, disponiéndose la suspensión de la entrada en vigencia de los arts. 205 a 210 hasta el 01 de enero de 2005 y, en segundo lugar, por el art. 1 la Ley N° 28671, del 31 de enero de 2006, que estableció que el Libro Séptimo entraba en vigencia el 01 de julio del mismo año cabe admitir que se aceptó de manera implícita aplicación directa e inmediata a todos los procesos en curso. Como justificación se señaló que era objetivo del gobierno garantizar la seguridad de los ciudadanos, mediante un efectivo control social y, en buena cuenta, se afirmó que eran más favorables que las anteriores. 896

En doctrina, se considera que las leyes procesales se aplican de inmediato, aun a los procesos iniciados por infracciones cometidas antes de su entrada en vigor. Los argumentos utilizados son lo mismo que los esgrimidos en el extranjero. Se parte de la presunción de que las nuevas reglas procesales conducen a una “aplicación más exacta y justa de las leyes punitivas”, y de la convicción de que ellas son “establecidas en el interés de la buena administración de justicia”<sup>412</sup>. 897

<sup>411</sup> Cfr. GARCÍA RADA, 1980, p. 14; VALLE RANDICH, 1967, p. 103; CORNEJO, 1932, p. 9; DL N° 10124, art. 5; DL N° 10202, art. transitorio; DL N° 15590, art. 4; DL N° 17083, art. 5; DL N° 18850, art. 2; DL 19030, art. 3; DL N° 19049, art. 7; DL N° 19962, art. 3. DLeg N° 124, primera disposición transitoria; DLeg N° 126, disposición transitoria. De opinión diferente, MIXÁN MASS, 1982, p. 45; SAN MARTÍN CASTRO, 2003, Vol. I, p. 24 ss.

<sup>412</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 666.

- 898 Esta concepción no es del todo correcta. Deben dejarse de lado las ficciones o presunciones *a priori*; sobre todo, para resolver problemas como los que ahora analizamos. Si bien es justo pensar que, en general, la razón por la que el legislador modifica la ley procesal es la de mejorar la administración de justicia, no siempre ésta es la única o más importante. Con frecuencia el motivo es el afán de acentuar el efecto intimidatorio (prevención general) de la represión penal, lo que no corresponde siempre a un mejoramiento de dicha administración. Además, aun cuando el legislador actúe motivado por este interés, no siempre escogerá la solución correcta y justa.
- 899 Las modificaciones de la ley procesal pueden, también, significar -de ser aplicadas inmediatamente a los procesos pendientes- una agravación sensible de la situación jurídica del encausado. Tal fue el caso, por ejemplo, de la segunda disposición transitoria del derogado DL N° 17110, del 8 de noviembre de 1968 (“Normas para activar los procesos penales”), que dejaba sin efecto el recurso de nulidad interpuesto por un condenado contra la sentencia del tribunal correccional conforme a las normas procesales modificadas. El acusado tiene el derecho de que la ley le proporcione los medios y el procedimiento para hacer que se reconozca su inocencia o que se le disminuya la pena que considera excesiva. De modo que la “posibilidad de apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, debe regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada”<sup>413</sup>.
- 900 Este criterio fue admitido en el DLeg N° 124, del 12 de junio de 1981. En sus disposiciones transitorias (segunda y tercera), se dispone que los procesos afectados en su tramitación por la nueva regulación del procedimiento sumario continuaran realizándose -conforme al Código procesal- si se encuentran en los tribunales correccionales o en la Corte Suprema. Por el contrario, admite su aplicación inmediata, o sea su retroactividad plena, en los casos en que su tramitación haya comenzado. En el DL N° 257080, del 10 de setiembre de 1992, relativo a los procedimientos en los juicios por delitos de traición a la patria, se estatuyó que se aplique el procedimiento sumario establecido en el CJM y que el recurso de nulidad procede ante el Consejo Supremo de Justicia Militar. Su aplicación inmediata fue decretada al establecerse, en su art. 5, que se derogaban, modificaban o dejaban en suspenso, según sea el caso, las disposiciones que se le opongán. De esta manera, se agravó la represión penal en detrimento de las reglas del proceso debido.

---

<sup>413</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 671.

El hecho que el procesado desconozca su derecho a utilizar un recurso de impugnación, no puede ser obviado alegando la ficción de que la nueva ley sirve mejor al interés de administrar bien la justicia. Sin embargo, esto tuvo lugar cuando la Corte Suprema afirmó, resolviendo un caso determinado por la aplicación inmediata del art. 191, inc. 5, de la derogada LOPJ, del 25 de julio de 1963, que “es lógico convenir que en el Tribunal Correccional termina el proceso”, ya que el fin del legislador es acelerar los trámites. Pero, si bien es cierto que la celeridad procesal es una meta a alcanzar; no es menos cierto también, que la seguridad del procesado no puede ser sacrificada en beneficio de dicha celeridad. 901

Ahora bien, un paso decisivo hacía la aplicación de la ley procesal penal más favorable ha sido dado por el legislador del NCPP, el cual ha previsto en el art. VII, inc. 2 que la “Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible”. En el mismo sentido, ha previsto en los incs. 3 y 4 de la misma disposición que las leyes que coacten la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas y las que limiten un poder conferido a las partes o establezcan sanciones procesales. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos. En caso de duda insalvable sobre la ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo. 902

### **XIII. Modificación de la ley y prescripción de la acción penal y de la pena**

Entre los casos respecto a los cuales se discute sobre si el carácter de las disposiciones es penal sustantivo o procesal, las referidas a la prescripción de la acción penal y de la pena son de particular importancia<sup>414</sup>. Admitir que se trata de normas procesales, materiales o mixtas es determinante, en la concepción de los autores, para reconocer si tienen o no efecto retroactivo. Sin embargo, se debe también tener en cuenta de manera especial la función reconocida al criterio de la irretroactividad. 903

Atribuyen aplicación inmediata a dichas disposiciones, aun cuando agraven la situación del delincuente, quienes afirman que pertenecen al derecho procesal penal. Así, admiten *a priori* la bondad de las nuevas reglas 904

---

<sup>414</sup> Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 550 ss.; ROXIN, 2006a, § 23 N° 41 ss.

respecto a las anteriores. En sentido contrario, se pronuncian quienes las consideran parte del derecho penal sustantivo. Los que sostienen el criterio mixto, no tienen una opinión unitaria sobre el particular. La discusión en Alemania ha sido bastante intensa debido al caso de los criminales de guerra nazis<sup>415</sup>.

- 905 Para mejor analizar el problema, hay que distinguir dos situaciones de manera clara. La primera concierne los casos en que el plazo de prescripción se ha vencido. Entonces, la nueva ley no puede ser más invocada para revivir la acción penal o la pena impuesta ya prescritas. La segunda se refiere a la situación en que el plazo de prescripción aún no se ha cumplido. Si la nueva ley abrevia el plazo, el legislador manifiesta la falta de interés o de necesidad a seguir reprimiendo los autores de los delitos o a ejecutar la pena que se les impuso. Por tanto, es claro que resulta inconveniente e incoherente la supervivencia de la ley anterior que preveía un plazo de prescripción más largo. Por el contrario, si el plazo es prolongado, no es tan evidente la respuesta. Están a favor de aplicar la nueva ley desfavorable, quienes, partiendo de la idea que el principio de irretroactividad tiene como finalidad de garantizar que las personas sepan previamente con qué pena y en qué medida pueden ser sancionadas, afirman que el orden jurídico no reconoce al delincuente el derecho a la prescripción de la acción de la pena o de la pena. De modo que no tiene porque asegurar al delincuente cuanto tiempo debe esconderse para volver sin preocupaciones a la vida normal. Contra este criterio, sobre todo en países como el nuestro, se puede alegar que las prolongaciones de la prescripción pueden constituir armas para reforzar la represión del Estado y servir de coartada a su ineficacia.
- 906 El Código vigente, a diferencia del CP de 1924, no contiene regla alguna referente a la “extinción de la acción penal y de la pena”. En el título I del Libro Cuarto de este último, art. 396, se establecía que las “disposiciones del Código relativas a la prescripción de la acción penal y de las penas, se aplicarán a las infracciones cometidas y a las penas pronunciadas antes de la vigencia del Código, en cuanto tales disposiciones sean más favorables al autor de la infracción. Se tendrá en cuenta el tiempo corrido de la prescripción antes de la vigencia del Código”. De esta manera, el legislador resolvió de modo expreso el problema que analizamos<sup>416</sup>.

---

<sup>415</sup> WELZEL, 1967, p. 23, está a favor de la retroactividad; JESCHECK/WEIGEND en contra, 1996, AT, § 15 IV 4.

<sup>416</sup> Es interesante señalar que este es el criterio admitido en doctrina y jurisprudencia suizas. El

La regulación prevista en el Código es compatible con este criterio. En su favor hay que tener en cuenta que uno de los fundamentos de la prescripción es la inutilidad de la represión penal cuando ha transcurrido un lapso más o menos largo desde la comisión del delito o la imposición de la sentencia penal. En consecuencia, resulta contraproducente aceptar un criterio que podría conducir a una continua prolongación de los plazos; es decir de la competencia del Estado para castigar<sup>417</sup>. Además, la admisión del criterio propuesto evita abandonar en manos del Estado un excesivo poder, lo que refuerza la seguridad jurídica. Por más grave que sea el delito cometido o más deseada o justificada que sea la represión en determinados casos, no creemos que sea conveniente para la seguridad personal admitir la retroactividad de las nuevas disposiciones concernientes a la prescripción que sean más severas que las anteriores<sup>418</sup>.

Por lo tanto, consideramos acertado que los jueces se planteen las cuestiones relativas a la aplicación de la ley en el tiempo respecto a la prescripción. Así, lo hemos visto<sup>419</sup> al analizar el problema de la determinación de la ley más favorable.

#### **XIV. Retroactividad y cambio de jurisprudencia**

Las reglas del derecho penal temporal se refieren sólo a los cambios de ley, por lo tanto, no pueden aplicarse en el caso de producirse un cambio de criterio admitido en la jurisprudencia. En otras palabras, la cuestión es saber si ha de aplicarse el nuevo sentido atribuido a la ley mediante la interpretación a situaciones ocurridas durante el período en que se le daba otro contenido.

Si se comprende la interpretación, en el sentido tradicional, como el simple hecho de precisar el sentido contenido en la ley, no habría dificultad en concluir que no hay modificación de ésta y, en consecuencia, tampoco conflicto de leyes en el tiempo. Diferente es la situación cuando se la concibe como un proceso lógico valorativo por medio del cual los jueces dan un contenido a la disposición legal interpretada y aplicada. En esta perspectiva, si un criterio, admitido por los magistrados de manera amplia y durante

---

art. 396 era una traducción literal del art. 362 del Anteproyecto de CP suizo de 1915.

<sup>417</sup> JAKOBS, 1991, § 4/9; RAGUÉS Y VALLÉS, 2004, p. 138.

<sup>418</sup> Por ejemplo, las contenidas en el DL N° 17106, del 8 de noviembre de 1968, derogado por el DLeg N° 121, art. 12.

<sup>419</sup> Ver, *supra* N° 825 ss.

mucho tiempo, por ejemplo, por los de la Corte Suprema, es abandonado en favor de otro menos represivo, se puede decir que se ha producido un cambio substancial en el contenido de la ley y, por tanto, resultaría coherente plantearse si éste debe ser tenido en cuenta en función de los casos anteriores que fueron juzgados de acuerdo con el sentido más represivo atribuido antes a la regla en cuestión. En especial, tratándose de sentencias vinculantes o acuerdos plenarios, cuyo objetivo es establecer directivas generales de interpretación que deben ser seguidas por todos los jueces.

- 911 En estos casos, en los que la frontera entre lo punible y lo que no lo es depende del juez, la aplicación con efecto inmediato de un cambio de jurisprudencia parece discutible<sup>420</sup>. Así, se ha llegado a sostener, por parte de la Comisión europea de derechos del Hombre, que “una modificación jurisprudencial por interpretación extensiva de una disposición penal supone un problema respecto al art. 7 § 1 CEDH, cuando tiene por efecto agravar la pena infligida”<sup>421</sup>.
- 912 El problema se agudiza cuando la fuerza creadora de los jueces da lugar a la producción real de una regla de la que depende la represión de determinados comportamientos. Por ejemplo, en Alemania, el Tribunal Federal Supremo estatuyó que 1.35 % de alcohol en la sangre bastaba para retirar el permiso de conducir a un chofer que originara un accidente, en lugar de 1.5 % que desde tiempo atrás venía considerando<sup>422</sup>. De modo que cabría preguntarse si este nuevo límite debió o no ser considerado para decidir sobre comportamientos cometidos antes de que fuera establecido por la jurisprudencia. Según la concepción dominante, en dicho país, el principio de la irretroactividad no se aplica en estos casos, debido a que del texto legal se desprende que su aplicación está vinculada sólo a la ley y, así mismo, porque el juez no crea mediante la interpretación nuevas disposiciones legales<sup>423</sup>. De acuerdo con este criterio, la jurisprudencia alemana<sup>424</sup> trata de encontrar una solución recurriendo al error de prohibición<sup>425</sup>. En contra de esta opinión, se hace referencia, primero, al desconocimiento de la estrecha

---

<sup>420</sup> Cfr. ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 2 N° 9.

<sup>421</sup> Decisión del 4 de marzo de 1985 en la causa Enkelmann contra Suisse, en JAAC 49 (1985), N° 76.

<sup>422</sup> BGHSt. 21, p. 157; 32, p. 229. Cfr. TROENDLE, 1974, § 2, N° 53-55 y la amplia bibliografía allí citada. Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, 2009, I, p. 107 ss.

<sup>423</sup> RIESE, en NJW 1969, p. 549; TROENDLE, 1974, § 2, N° 53.

<sup>424</sup> Cfr. SCHREIBER, 1698, p. 348.

<sup>425</sup> Cfr. *infra* N° 1758 ss.

relación existente entre la ley y su interpretación, que implica su admisión; y, segundo, al hecho de que un cambio en la jurisprudencia comporta más que un pequeño cambio en la legislación<sup>426</sup>.

Este criterio ha sido admitido en un acuerdo de la Corte Suprema<sup>427</sup>. En éste, se estableció como precedente vinculante que “si bien con posterioridad a la fecha de expedición de la sentencia condenatoria se dictó el AP N° 3-2005/CJ-116, el mismo que a tenor a lo señalado en el art. 301-A del CdePP, tiene carácter vinculante y ha de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales, según lo dispuesto por el 1er inc. del art. 22 del TUO de la LOPJ, éste no es de aplicación retroactiva ya que ésta solo atañe a la ley penal, tal como lo establece el art. 6”.

Así mismo, se sostuvo que un cambio de criterio judicial no es en sí mismo un cambio normativo-legal que posibilite la aplicación retroactiva de un precedente favorable a la situación jurídica del imputado o condenado. Así, señaló que: “cabe puntualizar que la modificación de un fallo firme sólo es posible cuando media una modificación legal, que no ha ocurrido en el caso de autos; que un supuesto cambio jurisprudencial no constituye cambio normativo por que, como aclara Roxin, la nueva interpretación no es una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida; en consecuencia, un pedido de sustitución basado en un supuesto cambio jurisprudencial, no es conforme al principio de legalidad”.

Sin embargo, cabe insistir, conforme a una corriente “minoritaria pero creciente”<sup>428</sup> si no debería, aunque de manera restringida, admitirse la retroactividad respecto a las decisiones jurisprudenciales. Esto es sobre todo válido, en países como el nuestro, cuando se reconoce a ciertas decisiones (p. ej., acuerdos plenarios o sentencias del Tribunal Constitucional) un carácter vinculante que debe ser obligatoriamente seguido en la aplicación de la ley interpretada. No es dable argumentar en contra que se contradiría el principio de legalidad porque no se puede exigir que las personas conoz-

<sup>426</sup> Cfr. ESER, en SCHOENKE-SCHROEDER, 2001, § 2, N° 9 a, considera que la ley y su aplicación judicial comportan una unidad, a partir de la cual se distingue entre lo prohibido y lo permitido. En base a esto, admiten que la irretroactividad se aplica a los casos en que se produce un cambio en la jurisprudencia que de manera uniforme existe sobre un problema determinado.

<sup>427</sup> AP N° 1-2007/ESV-22, del 16 de noviembre de 2007, en cuyo F.J. 10 dispuso que constituía precedente vinculante el F.J. 3 de la resolución del 08 de agosto de 2006, RN N° 1920-2006.

<sup>428</sup> ROXIN, 2003, § 5 N. 59.

can los cambios de jurisprudencia, ya que esto significaría admitir que es válido el criterio de que no se puede alegar ignorancia de la ley porque todos conocen las leyes. Tampoco, podría decirse que significaría no respetar la separación de poderes, pues los jueces (caso notorio es el de los jueces del Tribunal Constitucional) al otorgar un sentido a la ley al momento de interpretarla y aplicarla al caso concreto cumplen una función semejante. Problema importante presenta el caso en el que mediante un cambio de la jurisprudencia se dejase de considerar delito. Si esto bien podría resolverse mediante el recurso al error sobre la ilicitud, no es posible en la hipótesis prevista en el art. 7 (el hecho no es más punible).

### **XV. Concurso real**

- 916 De acuerdo con el art. 50, se da concurso real cuando el agente comete varios hechos punibles que física y cronológicamente constituyen delitos independientes. En este caso, el responsable debe ser sancionado con la pena del delito más grave, aumentada teniéndose en cuenta los otros delitos de acuerdo con lo establecido en el art. 48.
- 917 En cuanto a la aplicación de la ley penal en el tiempo, hay que destacar que debe emplearse la regla de la irretroactividad respecto a cada uno de los delitos. Por lo que está excluido que, por ejemplo, el carácter delictuoso sea determinado con arreglo a la ley nueva y la pena conforme a la ley precedente.