

RETROACTIVIDAD FAVORABLE... MA NON TROPPO?

Marina Mínguez Rosique*

Resumen

En el seno del acalorado debate suscitado por la reforma de los delitos contra la libertad sexual que tuvo lugar en el año 2022, que tuvo como efecto la revisión de las penas impuestas a algunos condenados por estos delitos, una cuestión parecía quedar fuera de toda duda: si la ley de reforma hubiera incorporado una disposición como la disposición transitoria quinta del Código Penal de 1995, se hubieran evitado los indeseables efectos anudados al principio de retroactividad favorable. Sin embargo, en este trabajo se trata de poner de relieve la existencia de dudas razonables acerca de la posibilidad de que el legislador penal incorpore una limitación así del alcance del mandato de retroactividad favorable, a la vista de la evolución de la jurisprudencia europea y de su consagración expresa en el art. 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que han marcado la evolución de esta garantía constitucional.

Palabras clave

Retroactividad favorable, irretroactividad, previsibilidad, principios y garantías penales, Constitución, TEDH, TJUE.

Abstract

Within the heated debate raised by the reform of crimes against sexual freedom that took place in 2022, which had as an effect the revision of the penalties imposed on some of those convicted for these offenses, one issue seemed to be beyond any doubt: If the reform law had incorporated a provision such as the fifth transitory provision of the 1995 Penal Code, the undesirable effects tied to the principle of favorable retroactivity would have been avoided. However, this paper seeks to highlight the existence of reasonable doubts about the possibility of the criminal legislator incorporating such a limitation of the scope of the mandate of favorable retroactivity, considering both the evolution of European caselaw and the explicit enshrinement of this constitutional guarantee in article 49 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Madrid. Contacto: marina.minguez@uam.es

Keywords

Favorable retroactivity, non-retroactivity, foreseeability, criminal principles and guarantees, Constitution, ECtHR, CJEU.

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunas diferencias fundamentales entre la prohibición de retroactividad desfavorable y la obligación de retroactividad favorable. 1. Diferente fundamento. 2. Diferente configuración y protección. 3. Diferente aceptación constitucional e internacional. III. El artículo. 10.2 CE y el papel de los órganos de interpretación de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. 1. La tradicional minusvaloración del PIDCP. 2. Algo se mueve en Europa. 3. Estrasburgo completa la transición: cuándo debe considerarse que una ley es más beneficiosa. IV. No eres tú (juzgador), soy yo (legislador) 1. PlanTEAMIENTO. 2. La célebre disposición transitoria. 3. Más allá del CP95. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando en el año 2022 se procedió a reformar los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en la configuración y penalidad de algunas de las figuras punibles produjeron el efecto de que los tribunales tuvieron que revisar las penas impuestas a algunos de los condenados por estos delitos conforme a la regulación vigente en el momento de los hechos, se generó un enorme revuelo social y un enconado debate jurídico en el que sólo una cuestión parecía estar fuera de toda duda: si la ley de reforma hubiera incorporado una disposición transitoria como la prevista en el Código Penal de 1995, se hubieran evitado los indeseables efectos anudados al principio de retroactividad favorable, conforme al cual se debe aplicar la ley penal posterior (esto es, no vigente en el momento de comisión del delito) si esta es más beneficiosa para el reo. Esta afirmación se realizó en el marco de otras que apuntaron directamente al legislador penal como el artífice de la situación que tanta contestación social y mediática estaba produciendo. Sin perjuicio de las obvias razones existentes para atribuir al legislador penal la situación generada, pues la decisión de modificar los marcos penales de estos delitos fue enteramente suya, es la afirmación de que una disposición transitoria hubiera evitado el problema la que pretendo cuestionar en este trabajo. Como se verá, existen dudas razonables de que hoy en día, y, al menos desde 2009, sea posible que el legislador penal incorpore una disposición legal limitativa del alcance del mandato de retroactividad favorable como la del Código Penal de 1995. La evolución de la jurisprudencia europea sobre la materia, así como la incorporación del mandato de retroactividad favorable al artículo 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, forman parte de los hitos fundamentales en la evolución de este principio como garantía constitucional.

En la presente contribución me ocuparé, en primer lugar, de explicar las diferencias fundamentales entre la prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable al reo y el mandato de retroactividad de la ley penal favorable al reo, para

ocuparme posteriormente de la evolución de esta segunda garantía penal en el ámbito de su reconocimiento constitucional y jurisprudencial internacional, y finalizar con las consecuencias que deben extraerse de dicha evolución.

II. ALGUNAS DIFERENCIAS FUNDAMENTALES ENTRE LA PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD DESFAVORABLE Y LA OBLIGACIÓN DE RETROACTIVIDAD FAVORABLE

1. DIFERENTE FUNDAMENTO

La prohibición de retroactividad de las normas penales que emana del principio de legalidad es una garantía básica de todo sistema penal moderno. En su virtud queda garantizado que ningún sujeto será castigado por realizar una determinada conducta si esta no se encuentra previamente establecida como delito (o con una pena mayor a la prevista para este); una idea tremendamente intuitiva sobre la que, precisamente por ello, no me detendré demasiado. Como es sabido, su fundamento radica en la noción de seguridad jurídica⁽¹⁾; en esa garantía-derecho del individuo a conocer con certeza cuáles son las consecuencias jurídicas de sus actos, de modo que, al poder prever dichas consecuencias, tiene en su mano el adaptar su conducta al mandato normativo o no hacerlo y asumir sus consecuencias. Por ello mismo, en última instancia, esta garantía se configura como una condición necesaria para el ejercicio de la libre autodeterminación del sujeto⁽²⁾ y de la atribución legítima de responsabilidad y pena, ya que el sujeto sólo puede verse motivado por una norma vigente en el momento del despliegue de su conducta⁽³⁾. Así, esta prohibición protege a la ciudadanía frente a una aplicación sorpresiva del *ius puniendi*, pues impide que una actuación *ex post* del legislador, imposible de prever, repercuta negativamente en la valoración jurídica de una conducta de acuerdo con consideraciones que el sujeto no pudo tener en cuenta antes de llevarla a cabo⁽⁴⁾.

(1) Por todos, JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho Penal. Parte general. Volumen primero*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 184; COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte general*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 195; HUERTA TOCILDO, S., «El derecho fundamental a la legalidad penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, pp. 81-113 (pp. 85, 97); LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 139.

(2) Sobre esta vinculación, en relación con esta «calculabilidad» de las consecuencias de la propia conducta, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional italiano (*Corte Costituzionale*) en su STCI 394/2006, CD 6.4. A nivel doctrinal, apuntando la vinculación entre la prohibición de retroactividad y la libertad o autonomía personal, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios del Derecho Penal*, 5.ª ed., Akal, Madrid, 1999, p. 122; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Sobre la retroactividad penal favorable*, Civitas, Madrid, 2000, p. 23.

(3) En el mismo sentido, JESCHECK, 1981: 184; BACIGALUPO ZAPATER, 1999: 122.

(4) Sobre esta cuestión señala ROXIN que «cualquier legislador puede tener la tentación de introducir o endurecer las penas a posteriori como respuesta frente a delitos especialmente impactantes con el fin de calmar una agitación y un malestar políticamente indeseables. Impedir este tipo de leyes ad hoc, hechas a la medida de cada caso concreto y cuyo contenido suele ser inapropiado debido a las emociones del momento, es una exigencia ineludible del Estado de Derecho» (ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*, 5.ª ed., Beck, München, 2020, pp. 240-241). En idéntico sentido, cfr. JESCHECK, 1981: 184.

Por su parte, la retroactividad de las normas penales favorables nada tiene que ver con la seguridad jurídica o la garantía de previsibilidad. De hecho, esta garantía se opone, precisamente, a lo que estos principios propugnan. Si la irretroactividad garantiza que los individuos no se vean sorprendidos con un castigo inesperado, consagrando así la idea de que esta sorpresa con posterioridad a la realización de la conducta resulta intolerable, la retroactividad favorable es, precisamente, eso: una sorpresa. Sin embargo, dado que se trata de una «sorpresa positiva», no parece necesario proteger a la ciudadanía frente a esta inesperada situación: no se trata de una garantía del ciudadano/a frente a un posible exceso del legislador, sino de que se beneficie de una decisión libre del legislador precisamente porque le favorece. Asimismo, por razones obvias, la retroactividad favorable tampoco se encuentra vinculada a la idea de la libre autodeterminación, pues la nueva ley sólo existe con posterioridad al hecho que el sujeto decidió realizar (con un panorama normativo menos favorable)⁽⁵⁾. A diferencia de lo que sucede con la irretroactividad, la retroactividad favorable encuentra su fundamento en la noción de justicia⁽⁶⁾: no pueden seguir castigándose conductas que, como sociedad, consideramos que ya no merecen ese castigo. Si consideramos que una determinada conducta ya no resulta disvaliosa o dañina para la sociedad, o si la consideramos menos grave, ¿qué razón puede avalar que sigamos aplicando una norma que consideramos injusta y desproporcionada?

A pesar de que se ha señalado que tanto la prohibición de retroactividad como el mandato de retroactividad favorable son igual de evidentes o intuitivas⁽⁷⁾, a mi juicio, no lo son⁽⁸⁾. Todos los años, cuando explico los principios penales por primera vez a estudiantes del Grado en Derecho, siempre hay alguno/a al que la idea de la retroactividad favorable no le resulta, de primeras, suficientemente convincente: si el sujeto ha tomado la determinación de vulnerar una norma vigente que castigaba su conducta con una determinada pena, ¿por qué aplicarle una norma nueva por el hecho de que le es más beneficiosa? Más allá de recurrir a la ya mencionada razón de justicia, los argumentos para responder a esta cuestión pasan por considerar que la pena no es una reacción frente a la mera desobediencia de la norma, sino una respuesta frente a la comisión de actos lesivos para determinados intereses que el legislador, en tanto representante de toda la sociedad, considera que merecen ser protegidos a través de la pena⁽⁹⁾. En este sentido, no aplicar la norma posterior favorable implicaría obviar de manera deliberada las razones que han motivado el cambio de

(5) De nuevo, en este sentido, el TC italiano en su STCI 394/2006, CD 6.4.

(6) ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 2.^a ed., Akal, Madrid, 1986, p. 126; MAURACH, R., *Tratado de Derecho Penal*, Ariel, Barcelona, 1962, p. 143; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1981, p. 325; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1978, p. 133; SILVA SÁNCHEZ, J. M., ««Rebajas de enero» para delincuentes jóvenes adultos ¿con efecto retroactivo?», *InDret*, núm. 1/2007, 2007, pp. 1-12 (p. 10); MARAVER GÓMEZ, M., «Vigencia temporal de la ley penal», en Juan Antonio Lascuraín Sánchez (coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, BOE, Madrid, 2019, pp. 119-138 (p. 124).

(7) Señala LASCURAÍN SÁNCHEZ: «El que las normas punitivas deben ser irretroactivas nos parece tan evidente desde la perspectiva de los criterios de legitimación de nuestro ordenamiento jurídico como el que deben ser retroactivas las normas que reducen o eliminan la punición. Lo primero por palmarias razones de seguridad. Lo segundo responde a nuestras elementales percepciones de justicia» (LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2000: 15).

(8) Refiriendo también esta más compleja fundamentación de la retroactividad favorable, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999: 195.

(9) De nuevo, en este sentido, STCI 394/2006.

parecer del legislador y aplicar una norma que este mismo (y, por ende, nosotros como sociedad) ha rechazado y ya no considera adecuada⁽¹⁰⁾. Por todo ello, la aplicación retroactiva de la norma penal más beneficiosa, aunque tenga un fundamento distinto, no constituye una garantía «indeseable» o ajena al Estado de Derecho, y los representantes políticos, en lugar de emplear la técnica del avestruz, deberían reivindicarla y explicar a la ciudadanía las poderosas razones que la avalan.

2. DIFERENTE CONFIGURACIÓN Y PROTECCIÓN

Probablemente este diferente fundamento explique las diferencias de configuración y regulación en nuestro ordenamiento entre la prohibición de retroactividad y la obligación de aplicar retroactivamente las leyes penales favorables. En este sentido, mientras que la primera se encuentra expresamente consagrada en los artículos 9.3 y 25.1 CE, la segunda carece de reflejo expreso en la Constitución, encontrándose recogida en el artículo 2.2 CP⁽¹¹⁾. *A priori*, si sólo tenemos en cuenta la literalidad de la Constitución, podría señalarse que, mientras que la primera garantía tiene rango constitucional, la segunda sólo tendría rango legal, lo que implicaría que el legislador ordinario tendría la facultad de limitar su alcance o, incluso, eliminarla si así lo considerara oportuno. Sin embargo, el hecho de que la retroactividad favorable no se encuentre expresamente recogida en la Constitución no excluye que esta figura tenga fundamento o rango constitucional. En este sentido, además del ya mencionado valor de justicia recogido en el artículo 1.1 CE, la doctrina mayoritaria ha optado por vincular la retroactividad favorable al principio de proporcionalidad o la más amplia prohibición de exceso⁽¹²⁾. Por su parte, el Tri-

(10) En el mismo sentido, MAURACH, 1962: 143; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978: 133; LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2009: 143; MARAVER GÓMEZ, 2019: 124.

(11) Artículo 2.2 CP: «No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario». El contenido de este precepto no es una novedad del CP95, sino que lleva más de 150 años en nuestros Códigos Penales. La retroactividad penal favorable se recogió por primera vez en España en el Código Penal de 1870 (art. 23), y ya lo hizo con el generoso alcance que tiene en la actualidad, permitiendo su aplicación tras la sentencia firme y durante el cumplimiento de la condena. Por su parte, el Código Penal de 1928, promulgado durante la dictadura de Primo de Rivera, mantuvo la retroactividad favorable con este mismo alcance, si bien estableciendo una excepción: no sería aplicable en aquellos casos en los que el penado fuera un delincuente habitual (art. 8). Un día después de la proclamación de la II República, el Gobierno provisional, mediante Decreto, derogó el Código Penal vigente, reinstaurando el Código de 1870 hasta la promulgación de uno nuevo, que no llegaría hasta noviembre de 1932. Este nuevo Código Penal incluía la fórmula original de la retroactividad favorable (art. 24) y se refrenda en su disposición transitoria primera, en la que se observa claramente el rastro de la declaración de nulidad. Por su parte, el Código Penal franquista de 1944 mantuvo la redacción habitual de este precepto en España (art. 24) y, curiosamente, también realizaba dos menciones a la retroactividad favorable en su Preámbulo (arts. 3 y 4 del mismo).

(12) Por todos, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999: 196; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Legislación penal socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las “leyes en blanco”», en AA. VV., *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995, pp. 697-722 (p. 699); LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2000: 31 y ss. En este sentido, si bien los primeros autores hacen referencia a la prohibición de exceso, esta debe entenderse

bunal Constitucional español ha refrendado desde el inicio de su andadura el rango constitucional del principio de retroactividad favorable, ubicando su fundamento en una interpretación *a contrario sensu* del artículo 9.3 CE, que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales⁽¹³⁾. Esta fundamentación resulta, ciertamente, endeble, ya que, si bien el artículo 9.3 CE no obstaculiza la retroactividad favorable⁽¹⁴⁾, lo cierto es que no la garantiza⁽¹⁵⁾. En cualquier caso, en la medida en la que el Tribunal Constitucional ha anclado constitucionalmente la retroactividad favorable en el artículo 9.3 CE, este Tribunal ha negado, consecuentemente, que la retroactividad favorable se configure como un derecho fundamental susceptible de fundamentar un recurso de amparo, en la medida en la que no se encuentra incluido en el artículo 25.1 CE⁽¹⁶⁾ ni en ningún otro de los derechos comprendidos en los artículos 14 a 30 CE⁽¹⁷⁾.

como un principio de proporcionalidad en sentido amplio (COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999: 81). Sobre esta cuestión resulta especialmente clarificadora la explicación ofrecida por KLUTH: «Es oportuno señalar, para evitar confusiones terminológicas, que el Tribunal Constitucional [alemán] y buena parte de la doctrina aluden normalmente al “principio de prohibición de exceso” (*Übermaßverbot*) y muy raramente al “principio de proporcionalidad” (*Verhältnismäßigkeit*). Ello es debido a que generalizadamente se entiende que el “principio de la prohibición de exceso” tiene un contenido más amplio, del que formaría parte el “principio de proporcionalidad”. En ocasiones, para aclarar el sentido de la expresión, se habla también de “principio de proporcionalidad en sentido amplio” para aludir al principio de “prohibición de exceso”, y de “proporcionalidad en sentido estricto”, cuando se alude al principio de ponderación» (KLUTH, W., «Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 219-237 (pp. 219-220, n. 1).

(13) Por todas, SSTC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 3; 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7.

(14) OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, 1981: 333.

(15) En el mismo sentido, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999: 194 (n. 3); CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte general I. Introducción*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 217-218 (n. 5); RAMOS TAPIA, M. I., «Límites al poder punitivo del Estado (III)», en José Miguel Zugaldía Espinar (dir.), *Fundamentos de Derecho Penal. Parte general*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 133-143 (p. 136); LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 100; DOMÉNECH PASCUAL, G., «El efecto trinquete del principio constitucional de retroactividad de las normas sancionadoras favorables», *Almacén de Derecho*, 24 de noviembre de 2022.

(16) Por todas, SSTC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 3; 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7; 68/1982, de 22 de noviembre, FJ 3; 22/1990, de 15 de febrero, FJ 7; 20/2003, de 10 de febrero, FJ 4. Resulta reseñable también la STC 232/1997, de 18 de diciembre, en la que el TC resolvió un recurso de amparo presentado por un sujeto que alegaba una vulneración del artículo 25.1 CE al haber sido condenado por una conducta que había quedado despenalizada tras la entrada en vigor del CP95 (exhibicionismo ante mayores de edad). Pese a que el recurrente sólo había invocado la vulneración del artículo 25.1 CE, el Tribunal le otorgó el amparo, si bien no estableció que dicha vulneración se había producido por no haber aplicado una norma posterior más favorable, sino porque la Sala de Apelación de la Audiencia Provincial había incurrido en error al afirmar que la conducta por la que había sido condenado el recurrente seguía integrando el tipo de exhibicionismo del nuevo Código, rebasando «el ámbito de libertad que compete al Juzgador en la interpretación y aplicación de la norma penal, ya que con la misma, al desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia, ha alterado el ámbito de aplicación de la figura delictiva conformada por el legislador, vulnerando el derecho fundamental del actor a no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento del nuevo enjuiciamiento, en la apelación, no estuviesen previstas como delito o falta, como previene el art. 25.1 CE». También debe apuntarse que, en el seno del propio TC se han pronunciado voces sosteniendo que el artículo 25.1 CE comprende también la retroactividad favorable, como es el caso de los votos particulares del Magistrado Mendizábal Allende a las SSTC 177/1994, de 10 de junio; 203/1994, de 11 de julio; y 99/2000, de 10 de abril; o el voto particular del Magistrado Cruz Villalón a la STC 203/1994, de 11 de julio.

(17) Debe señalarse, en todo caso, que, en la primera de estas sentencias mencionadas en la nota al pie anterior (y primera sentencia en la que el TC abordó esta cuestión), el Tribunal dejó la puer-

Pese a ello, en algunas ocasiones el Tribunal Constitucional ha concedido el amparo en supuestos de inaplicación de la ley posterior más favorable, si bien a través de la vía de la declaración de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), centrando su argumentación en la irrazonabilidad de la motivación de las sentencias que inaplicaban la nueva ley⁽¹⁸⁾. Pese a que, de esta manera, se abre la puerta a la protección constitucional frente a la inaplicación de la norma posterior favorable, no puede obviarse la enorme diferencia de protección que se brinda a la retroactividad favorable en comparación con la prohibición de la retroactividad desfavorable: de un lado, la irretroactividad de las normas desfavorables se configura como una regla⁽¹⁹⁾, esto es, una norma que «sólo puede ser cumplida o no»⁽²⁰⁾, razón por la que la consideración de una posible vulneración del derecho fundamental a la irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables recogido en el artículo 25.1 CE no podrá entrar en ponderaciones o valoraciones de ningún tipo, pues se trata de una prohibición categórica; de otro lado, la retroactividad favorable sí se encuentra sometida a esta valoración, pues, dado que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) –y, con ello, el derecho a obtener una motivación razonable fundada en Derecho– es un derecho de configuración legal⁽²¹⁾, forma parte de su propia esencia el permitir la libertad del legislador en la configuración de su alcance y contenido, de modo que el control de la constitucionalidad de las normas que regulan dichas garantías es muy reducido. Y es que, como señalara Jiménez Campo, ante derechos de configuración legal, «se abre para el legislador el horizonte amplísimo de los fines legítimos»⁽²²⁾.

ta abierta a esta posibilidad señalando que «este supuesto derecho fundamental (...) podría, en algún caso, encontrar apoyo suficiente merced a una interpretación conjunta de los arts. 9.3 y 17.1 de la Constitución», restringiendo de manera evidente esta posibilidad a los casos de condenas a penas privativas de libertad (STC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 3). Críticamente sobre esta línea jurisprudencial inaugurada en dicha sentencia, HUERTA TOCILDO, 1993: 98-99.

(18) STC 177/1994, de 10 de junio (sobre la base de la falta de motivación); STC 203/1994, de 11 de julio («la irrazonable la elección de la norma aplicable, de tal manera que no puede afirmarse que estemos ante una decisión fundada capaz, de satisfacer el derecho a la tutela judicial»; STC 99/2000, de 10 de abril («(...) que la Sentencia, al decidir la cuestión que resolvía, se apartase del Ordenamiento vigente; más en concreto, el que no aplicase la Ley que estaba obligado a aplicar en el enjuiciamiento del acto sobre el que se pronunciaba, realizando dicho enjuiciamiento sobre la base de una Ley que había dejado de ser aplicable al caso, no es problema de congruencia, sino de razonabilidad de la sentencia, que se inserta de lleno en el canon de enjuiciamiento de la vulneración de la tutela judicial efectiva, que de modo constante venimos proclamando»).

(19) En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «Sobre la retroactividad de las normas a los cuarenta años de la Constitución Española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 202, 2019, pp. 51-82 (p. 58).

(20) ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 87.

(21) Por todas, SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 4; 108/1999, de 14 de junio, FJ 2.

(22) JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 44. Aludiendo también a la problemática de la utilización del artículo 24.1 CE como parámetro de constitucionalidad de las normas, URÍAS MARTÍNEZ, J., «Sobre las sentencias de control de leyes», en AA. VV., *El futuro de la justicia constitucional. Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 71-100 (p. 92).

3. DIFERENTE ACEPTACIÓN CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

La irretroactividad de las normas penales desfavorables es un principio tan asentado de la justicia penal que a menudo se equipara al propio principio de legalidad⁽²³⁾, tal y como parece evocar automáticamente el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* acuñado por Feuerbach a principios del s. XIX. Por su parte, la retroactividad favorable es un principio relativamente moderno y no tan universal, tal y como pone de manifiesto un vistazo a su regulación positivo-constitucional en la actualidad.

En primer lugar, a nivel universal, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) recoge la prohibición de retroactividad desfavorable en su artículo 11.2⁽²⁴⁾, pero nada establece acerca de la retroactividad favorable. Por su parte, el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) sí recoge tanto la prohibición de retroactividad desfavorable como la obligación de retroactividad favorable⁽²⁵⁾, convirtiéndose así en la primera manifestación expresamente constitucional de este principio.

Por otro lado, en el marco internacional europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) únicamente recoge de manera expresa la prohibición de retroactividad desfavorable en su artículo 7⁽²⁶⁾, mientras que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) sí recoge tanto esta prohibición como la obligación de retroactividad favorable en su artículo 49.1⁽²⁷⁾. A nivel nacional, la mayoría de los países europeos recogen esta garantía en disposiciones de rango legal y no constitucional. En nuestro entorno más cercano, Portugal se configura como una notable excepción a esta regla, pues la retroactividad favorable se encuentra expresamente consagrada en el artículo 29.4 de su Constitución (1976)⁽²⁸⁾. El resto de los países europeos que cuentan con regulación constitucional expresa de la obligación⁽²⁹⁾ de aplicar retroactivamente las leyes penales favorables son Estados

(23) En el mismo sentido, WESTEN, P. K., «*Lex mitior: converse of ex post facto and window into criminal desert*», *New Criminal Law Review*, vol. 18, núm. 2, 2015, pp. 167-213 (p. 169).

(24) Artículo 11.2 DUDH: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito».

(25) Artículo 15.1 PIDCP: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello».

(26) Artículo 7 CEDH: «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida».

(27) Artículo 49 CDFUE: «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta».

(28) Artículo 29.4: «Nadie podrá sufrir pena o medida de seguridad más grave que la prevista en el momento de la realización de la conducta correspondiente o de la comprobación de los supuestos respectivos, y se aplicarán retroactivamente las leyes penales más favorables al acusado».

(29) Otras de estas Constituciones nacionales reflejan la posibilidad, pero no la obligación, como es el caso de las Constituciones de Eslovenia (1991, artículo 155: «Las leyes y otros reglamentos

con Constituciones mucho más recientes: es el caso de Rumanía⁽³⁰⁾ (1991); Estonia⁽³¹⁾ y Eslovaquia⁽³²⁾ (1992); República Checa⁽³³⁾ y Rusia⁽³⁴⁾ (1993); Bielorrusia⁽³⁵⁾ (1994); Armenia⁽³⁶⁾, Azerbaiyán⁽³⁷⁾ y Georgia⁽³⁸⁾ (1995); Ucrania⁽³⁹⁾ (1996); Albania⁽⁴⁰⁾ (1998); Serbia⁽⁴¹⁾ (2006); y Montenegro⁽⁴²⁾ (2007). Esta circunstancia

y actos generales no pueden tener efecto retroactivo. Sólo una ley puede establecer que algunas de sus disposiciones tengan efecto retroactivo, si así lo exige el interés público y siempre que con ello no se vulnere ningún derecho adquirido», Croacia (1991, artículo 90: «(...) Las leyes y otros reglamentos de los órganos gubernamentales o de los órganos investidos de autoridad pública no tendrán efecto retroactivo. Sólo determinadas disposiciones de una ley podrán tener efecto retroactivo por razones excepcionalmente justificadas»), Macedonia (1991, artículo 52: «Las leyes y otros reglamentos no pueden tener efecto retroactivo, salvo en los casos en que sea más favorable para los ciudadanos»).

(30) Artículo 15.2: «La ley sólo se aplicará hacia el futuro, salvo las leyes penales más favorables».

(31) Artículo 23: «Nadie podrá ser condenado por un acto si éste no está tipificado como delito por la ley vigente en el momento en que se cometió. Nadie podrá ser condenado a una pena más grave que aquella a la que hubiera podido ser condenado en el momento en que se cometió el delito. Si la ley prevé una pena más leve después de la comisión del delito, se aplicará la pena más leve [...]».

(32) Artículo 50.6: «La responsabilidad penal del acto se juzgará y la pena se impondrá de acuerdo con la ley vigente en el momento en que se cometió el acto. Se aplicará la ley posterior si es más favorable al delincuente».

(33) Artículo 40.6 Carta de Derechos y Libertades Fundamentales, parte del Orden Constitucional de la República Checa en virtud del artículo 3 de la Constitución: «La responsabilidad penal del acto se juzgará y la pena se impondrá de acuerdo con la ley vigente en el momento en que se cometió el acto. Se aplicará la ley posterior si es más favorable al delincuente».

(34) Artículo 54: «1. Las leyes que establezcan o agraven la responsabilidad no tendrán efecto retroactivo. 2. Nadie podrá incurrir en responsabilidad por un acto que, en el momento de su comisión, no estuviera tipificado como delito. Si, después de la comisión de un delito, la responsabilidad por el mismo ha sido eliminada o atenuada, se aplicará la nueva ley».

(35) Artículo 104: «La ley no tiene fuerza retroactiva, salvo en los casos en que atenúa o anula la responsabilidad de los ciudadanos».

(36) Artículo 72: «Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que no constituyera delito en el momento de su comisión. No podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Una ley que despenalice un acto o atenúe su pena tendrá efecto retroactivo».

(37) Artículo 71. VIII: «Nadie será responsable de un acto que no constituyera delito en el momento en que se cometió. Si, con posterioridad a la comisión de un delito, una nueva ley suprime o disminuye la responsabilidad por dicho delito, se aplicará la nueva ley».

(38) Artículo 31.9: «Nadie será considerado responsable de una acción que no constituyera delito en el momento en que se cometió. Ninguna ley tendrá fuerza retroactiva, a menos que reduzca o derogue la responsabilidad».

(39) Artículo 58: «Las leyes y demás actos jurídicos normativos no tendrán efecto retroactivo, salvo en los casos en que atenúen o anulen la responsabilidad de una persona. Nadie podrá ser considerado responsable por actos que en el momento de su comisión no estuvieran tipificados como delito por la ley».

(40) Artículo 29: «Nadie podrá ser acusado o declarado culpable de un delito que no estuviera considerado como tal por la ley en el momento de su comisión, con excepción de los delitos que, en el momento de su comisión, constituyan crímenes de guerra o contra la humanidad según el Derecho internacional. 2. No podrá imponerse pena más grave que la prevista por la ley en el momento de la comisión del hecho delictivo. 3. La ley penal favorable tiene efecto retroactivo».

(41) Artículo 34: «Ninguna persona podrá ser considerada culpable de un acto que, en el momento de cometerse, no constituyera una infracción penal en virtud de la ley o de cualquier otra reglamentación basada en la ley, ni será condenada a una pena que no estuviera prevista para este acto. Las penas se determinarán con arreglo a la norma vigente en el momento en que se cometió el acto, salvo cuando la reglamentación posterior sea más favorable para el autor. Los delitos y las penas serán establecidos por la ley».

(42) Artículo 34: «Los actos delictivos y otros actos punibles se determinarán y las penas correspondientes se impondrán de conformidad con la ley que estaba en vigor en el momento en el que

pone claramente de manifiesto que el reconocimiento de esta garantía como regla constitucional es mucho más moderno que la de la irretroactividad desfavorable.

El continente americano cuenta, a nivel internacional, con la obligatoriedad de aplicar la ley penal más beneficiosa desde mucho antes que el continente europeo, pues se encuentra en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)⁽⁴³⁾. Por otro lado, a nivel nacional, son varios los países que incluyen esta obligación de manera expresa en sus Constituciones⁽⁴⁴⁾. Por su parte, en los Estados Unidos, mientras que la prohibición de retroactividad se encuentra consagrada en su Constitución⁽⁴⁵⁾, la retroactividad favorable posee únicamente rango legal, siendo, por tanto, susceptible de ser modificada o anulada por el legislador⁽⁴⁶⁾. Esta circunstancia ha llevado a que se produzcan determinadas situaciones que, al menos desde la perspectiva europea, llaman notablemente la atención, como la posibilidad de que un Estado aplique una pena ya derogada (como la pena de muerte) a sujetos que cometieron sus delitos con anterioridad a su abolición, como ha sucedido en los Estados que decidieron abolir la pena de muerte únicamente de manera prospectiva^{(47),(48)}. En este sentido, es importante destacar que, si bien Esta-

se cometió el acto, a menos que la nueva ley sea más indulgente para con el autor».

(43) Artículo 9 CADH: «Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello»

(44) Panamá, art. 46 (1972); Chile, art. 19.3 (1980); Honduras, art. 96 (1982); Canadá, art. 11.1 Constitution Act (1982); El Salvador, art. 21 (1983); Guatemala, art. 15 (1985); Nicaragua, art. 38 (1987); Haití, art. 51 (1987); Brasil, art. 5. XL (1988); Colombia, art. 29 (1991); Paraguay, art. 14 (1992); Perú, art. 103 (1993); Venezuela, art. 24 (1999); Ecuador, art. 76.5 (2008); Bolivia, art. 123° (2009); Jamaica, art. 16.12 Charter of Fundamental Rights and Freedoms (2011); República Dominicana, art. 110 (2015); Cuba, art. 100 (2019).

(45) Tanto en relación con leyes federales (art. 1, sec. 9) como con leyes estatales (art. 1, sec. 10).

(46) Sobre esta cuestión, con mayor profusión y numerosas referencias legales y jurisprudenciales, véase WESTEN, 2015.

(47) Es el caso de Nuevo México (2009), Connecticut (2012), Maryland (2013), New Hampshire (2019) y Colorado (2020). En el caso de Nuevo México, dicha regulación dio lugar a la posibilidad de que se impusiera la pena de muerte a Michael Astorga, cuyo delito tuvo lugar en el año 2006, su veredicto de culpabilidad por asesinato en el año 2010, y el establecimiento de su sentencia en el año 2012 (finalmente Astorga no fue condenado a la pena capital porque el jurado no alcanzó un veredicto unánime, siendo condenado a una cadena perpetua y trece años y medio de prisión). En la actualidad, no hay más presos en el corredor de la muerte (los dos que había con anterioridad al año 2009 vieron conmutada su pena de muerte por la de cadena perpetua en el año 2019), si bien sigue siendo posible que alguien sea juzgado y condenado a esta pena si su/s delito/s tuvieron lugar con anterioridad al 1 de julio de 2009. En el caso de Connecticut, en el año 2015 el Tribunal Supremo estatal declaró la inconstitucionalidad de la aplicación de la pena de muerte a sujetos condenados con anterioridad a la entrada en vigor de la abolición, estableciendo asimismo la incompatibilidad de dicha pena con la Constitución estatal (*State v. Santiago*, 318 Conn. 1, A.3d [2015]). En cuanto a Maryland, en el momento de abolir la pena de muerte en mayo de 2013, dicho Estado contaba con cinco reclusos en el corredor de la muerte. Mientras que uno de ellos falleció por causas naturales en el año 2014, los otros cuatro vieron conmutada su condena a la pena capital por la de cadena perpetua sin posibilidad de revisión en enero de 2015. Lo mismo sucedió en Colorado con los tres reclusos condenados a muerte en el año 2020. Por su parte, New Hampshire contaba en el momento de la abolición de esta pena con un único recluso en el corredor de la muerte, Michael Addison, que, a la fecha de envío de esta contribución, continúa allí a la espera de su ejecución.

(48) Sobre la utilidad de este tipo de regulaciones únicamente prospectivas para lograr la abolición de la pena de muerte (y también sobre otras cuestiones sobre su legalidad y moralidad), cfr.

dos Unidos ha firmado el PIDCP, tiene una reserva expresa en virtud de la cual no se adhiere al tercer inciso del artículo 15.1, relativo a la retroactividad favorable.

III. EL ARTÍCULO 10.2 CE Y EL PAPEL DE LOS ÓRGANOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. LA TRADICIONAL MINUSVALORACIÓN DEL PIDCP

Como es sabido, el artículo 10.2 CE establece que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». A través de esta cláusula, por tanto, la Constitución «asume y hace suyos» los contenidos de estos tratados para interpretar los derechos fundamentales, pues contiene una remisión de carácter obligatorio a dichas normas internacionales⁽⁴⁹⁾.

Entre estos acuerdos y tratados a los que alude el artículo 10.2 CE se encuentra, evidentemente, el PIDCP, ratificado por España en 1977, razón por la que, a la luz de lo ya apuntado anteriormente, parecería lógico asumir que, en la medida en que el PIDCP incluye la retroactividad favorable en su artículo 15, dicha garantía debería haber gozado automáticamente de rango constitucional. Sin embargo, nada más lejos de la realidad: el estándar internacional, conformado por el PIDCP y las resoluciones de Comité de Derechos Humanos, ha sido históricamente minusvalorado o ignorado por el Tribunal Constitucional⁽⁵⁰⁾, si bien debe señalarse que, durante las dos últimas décadas, puede observarse una notoria evolución hacia una mayor consideración de los pronunciamientos de dicho Comité. En este sentido, tras una etapa en la que el Tribunal se mostró absolutamente reacio a citar la actividad del Comité de Derechos Humanos (la primera mención a su actividad tuvo lugar en el año 2001⁽⁵¹⁾), en el año 2006 reconoció que, pese a que sus dictámenes

BARRY, K., «From wolves, lambs (part I): The Eighth Amendment case for gradual abolition of the death penalty», *Florida Law Review*, núm. 66, 2014, pp. 313-387.

(49) SÁIZ ARNÁIZ, A., «Art. 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos», en Miguel Ángel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer/María Emilia Casas Bahamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*, BOE, Madrid, 2018, pp. 230-254 (pp. 230-231).

(50) QUERALT JIMÉNEZ, A., «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 435-470 (p. 466). A este respecto, tal y como señala esta autora, resulta especialmente ilustrativo el ejemplo relativo al derecho a la doble instancia y al derecho al *non bis in idem*, cuestiones sobre las cuales el TC prefirió utilizar el estándar europeo del Protocolo núm. 7 CEDH incluso antes de su ratificación en el año 2009, antes que el internacional, más exigente o garantista (pp. 466-468). Sobre esta cuestión, *Vid.* STC 2/2003 (Pleno), de 16 de enero de 2003.

(51) STC 46/2001, de 15 de febrero (FJ 4). Sobre esta cuestión, señala Saiz Arnaiz que «[la] actitud inicialmente dubitativa del Tribunal Constitucional no deja de sorprender si se tiene presente que en su momento no se planteó ningún problema a la hora de acudir, para citarlas, a las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos, cuyas similitudes con el Comité de Derechos Humanos

no son resoluciones judiciales, no tienen fuerza ejecutoria directa, y no pueden ser equiparadas a las sentencias del TEDH, esto no implica que carezcan de efecto interno, pues declaran la infracción de un derecho reconocido en el PIDCP y, en virtud del artículo 10.2 CE, la interpretación que ha de realizarse de estos derechos y libertades no puede prescindir de la interpretación realizada por los órganos de garantía establecidos por estos acuerdos y tratados⁽⁵²⁾. De esta manera, si bien se refrenda la idea de que la exigencia del artículo 10.2 CE es más intensa en relación con aquellos tratados que poseen un mecanismo jurisdiccional de garantía y control, se afirma también la validez de la interpretación que, sobre el contenido de estos tratados, realicen los órganos instituidos por estas mismas normas, como puede ser un órgano de expertos independientes⁽⁵³⁾. En cualquier caso, la retroactividad favorable consagrada en el artículo 15 PIDCP no ha sido automáticamente introducida en el Derecho interno a nivel constitucional, ni se ha producido un cambio en la interpretación del Tribunal Constitucional sobre esta garantía a partir de esta mayor consideración del PIDCP como fuente de reinterpretación del alcance de los derechos contenidos en nuestra Constitución.

2. ALGO SE MUEVE EN EUROPA

En relación con el ámbito del Consejo de Europa, además de que la obligación de aplicar retroactivamente la ley más beneficiosa para el reo no aparece expresamente establecida en el CEDH, una mirada a la jurisprudencia de Estrasburgo pone de manifiesto que ni este Tribunal ni la ya extinta Comisión albergaron jamás duda alguna acerca de la inexistencia de un derecho a la retroactividad favorable en el Convenio hasta el siglo XXI. Así se hizo constar desde la primera ocasión en la que se planteó esta cuestión, en 1978, cuando se declaró expresamente que «el art. 7 CEDH no contiene una disposición similar al art. 15.1 PIDCP» y que, si bien algunas de las conductas por las que el demandante había sido condenado ya no eran constitutivas de delito, sí lo eran en el momento de su comisión⁽⁵⁴⁾. Los dos siguientes pronunciamientos al respecto no llegaron hasta más de dos décadas después, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reiterando esta misma idea, apuntó que «el art. 7 CEDH no garantiza el derecho a que se aplique un cambio posterior y favorable de la ley a un delito anterior»⁽⁵⁵⁾.

Para entender el devenir de los acontecimientos, es necesario cambiar de escenario, aunque sin movernos del continente europeo: debemos «saltar» del ámbito del Consejo de Europa al ámbito de la Unión Europea. En el año 2005, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia del caso Berlusconi y otros, declaró que «los derechos fundamentales forman parte de los princi-

son frecuentemente puestas de relieve por todos los estudiosos del Derecho internacional de los derechos humanos» (SAIZ ARNAIZ, 2018: 237).

(52) STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5.

(53) En este sentido, la STC 141/2012, de 2 de julio, reconoce expresamente las resoluciones del CDH como fuente interpretativa válida (FJ 3).

(54) DCEDH X c. República Federal Alemana, de 6 de marzo de 1978.

(55) DTEDH Le Petit c. Reino Unido, de 5 de diciembre de 2000, par. 2. En idéntico sentido, pocos años después, DTEDH Zaprianov c. Bulgaria, de 6 de marzo de 2004, par. 6 («el art. 7 CEDH no garantiza el derecho a que se aplique la ley penal más favorable»).

pios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal» y que, para ello, éste se inspira «en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido (...)»⁽⁵⁶⁾. Hasta aquí, nada llama la atención. La «sorpresa» vino en el apartado siguiente, cuando estableció que «el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve forma parte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros»⁽⁵⁷⁾. Esta aseveración resultaba, a todas luces, un tanto exagerada desde la perspectiva de la literalidad de las Constituciones europeas, dado que, en el momento en el que se dictó esta sentencia, tan sólo cuatro de los entonces veinticinco Estados miembros incluían la obligación de aplicar retroactivamente las disposiciones favorables en sus Constituciones (Portugal, Estonia, Eslovaquia y República Checa), y, de estos cuatro Estados, tres habían entrado en la UE apenas un año antes, en mayo de 2004 (Estonia, Eslovaquia y República Checa). Asimismo, debe recordarse que, si bien en aquel momento ya existía la CDFUE, que incluye, en su artículo 49, este derecho a la retroactividad favorable, lo cierto es que dicho cuerpo normativo no entró en vigor hasta el año 2009, cuatro años después de esta sentencia. Sin embargo, no puede afirmarse que la declaración del Tribunal de Luxemburgo resulte carente de fundamento: pese a esta ausencia de consagración constitucional explícita en las Constituciones de los Estados miembros, si realmente esta garantía no hubiera formado parte de una común comprensión constitucional europea, no se habría incorporado de manera expresa a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ni hubiera suscitado el suficiente consenso en las instituciones europeas para su adopción (especialmente, en el ámbito del Consejo de la Unión Europea, que representa la voluntad de los Estados).

Volviendo al Consejo de Europa, y precisamente unas semanas antes de que se produjera la entrada en vigor de la CDFUE, el TEDH protagonizó un épico viraje jurisprudencial en su STEDH Scoppola c. Italia (núm. 2) [GS], de 17 de septiembre de 2009. En su argumentación, la Gran Sala, inicialmente, dio cuenta de los diversos acontecimientos producidos a nivel internacional desde su primer pronunciamiento acerca de la retroactividad favorable en el año 1978, como la entrada en vigor de la CADH (que la garantiza en su art. 9), la proclamación de la CDFUE (cuyo tenor literal del artículo 49.1 se separa del artículo 7 CEDH precisamente en relación con esta cuestión –circunstancia que, según el TEDH, sólo puede ser deliberada–), y la STJUE del caso Berlusconi⁽⁵⁸⁾. Asimismo, el TEDH refirió la existencia de un consenso internacional acerca de la obligación de aplicar retroactivamente una norma posterior que prevea una pena más leve, llegando, incluso, a señalar que «se ha convertido en un principio fundamental del Derecho Penal»⁽⁵⁹⁾. A continuación, la Gran Sala continuó su razonamiento exponiendo sus argumentos a favor de la retroactividad de la ley penal más favorable, aduciendo razones de proporcionalidad y apuntando que dicha obligación se vincula con la previsibilidad

(56) STJUE de 3 de mayo de 2005 (Gran Sala), Berlusconi y otros, C-387/02, C-391/02 y C-403/02, EU: C:2005:270, apartado 67.

(57) *Ibid.*, apartado 68.

(58) STEDH Scoppola c. Italia (núm. 2) [GS], de 17 de septiembre de 2009, par. 105.

(59) *Ibid.*, par. 106.

de las penas, elemento esencial del principio de legalidad consagrado en el artículo 7 CEDH⁽⁶⁰⁾, lo que finalmente le llevó a declarar que el artículo 7.1 CEDH no sólo garantiza la irretroactividad de las leyes penales más severas, sino también el principio de retroactividad de la ley penal más beneficiosa⁽⁶¹⁾. Este pronunciamiento cuenta con un contundente voto particular parcialmente discordante suscrito por seis de los diecisiete jueces/as que conformaron la Gran Sala⁽⁶²⁾, basado en tres argumentos: en primer lugar, que el principio de legalidad funciona a un nivel más elevado que la retroactividad favorable, pues representa una parte integral del Estado de Derecho; en segundo lugar, que la retroactividad favorable no forma parte del mismo, pues es un tipo de norma diferente, y que, a falta de una disposición específica, es una cuestión de política o de elección en el ámbito discrecional del que gozan los Estados en materia penal; en último lugar, que, si bien el CEDH es un instrumento vivo que requiere un enfoque dinámico y evolutivo, la interpretación judicial tiene límites y debe mantenerse dentro del marco establecido por las disposiciones del Convenio, sosteniendo en este sentido que, en esta ocasión, y sin necesidad alguna, «la mayoría ha pasado a examinar el caso a la luz del art. 7.1 CEDH y, para aplicarlo, lo ha reescrito para que concuerde con lo que consideran que debería haber sido. Esto, con todo respeto, sobrepasa los límites».

3. ESTRASBURGO COMPLETA LA TRANSICION: CUÁNDO DEBE CONSIDERARSE QUE UNA LEY ES MÁS BENEFICIOSA

La transición del TEDH en cuanto al alcance otorgado a la retroactividad favorable acabó por completarse cuatro años más tarde, con su STEDH Maktouf y Damjanović c. Bosnia Herzegovina [GS], de 18 de julio de 2013; un caso, curiosamente, no sobre retroactividad favorable, sino sobre la prohibición de retroactividad desfavorable, pero en el que la cuestión fundamental recaía en precisar cuándo una norma debe considerarse más beneficiosa a los efectos de aplicar ambas garantías. En esta ocasión, el TEDH debía dirimir la adecuación al Convenio de la condena de dos sujetos recaídas en los años 2006 y 2007, respectivamente, aplicando el Código Penal bosnio del año 2003, por crímenes de guerra contra civiles cometidos durante la guerra de Bosnia (1992-1995), cuando estaba en vigor el Código Penal de 1976 de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia. En concreto, en virtud de la regulación de 1976, las conductas de los recurrentes estaban penadas con pena de prisión de cinco a quince años o, en los casos más graves, la pena de muerte o veinte años de prisión; por su parte, la regulación de 2003 preveía para dichas conductas una pena de diez a veinte años de prisión, o, en los casos más graves, una pena de prisión veinte a cuarenta y años⁽⁶³⁾. Ninguno de los demandantes fue condenado por la modalidad agravada (pues sus conductas no implicaron la muerte de otras personas), razón por la cual los demandantes sostenían que, al

(60) *Ibid.*, par. 108.

(61) *Ibid.*, par. 109.

(62) Opinión parcialmente discordante del Juez Nicolaou, suscrito por los/as jueces/as Bratza, Lorenzen, Jočiené, Villiger y Sajó.

(63) STEDH Maktouf y Damjanović c. Bosnia Herzegovina [GS], de 18 de julio de 2013, pars. 26 y 28.

aplicárseles la regulación del año 2003, se les había impuesto una pena más severa que la que resultaba posible en el momento de la comisión de sus delitos, a la vista de las penas mínimas establecidas en dicho cuerpo legal⁽⁶⁴⁾. En su resolución, el TEDH sostuvo que, si bien las penas concretas impuestas a los demandantes eran aplicables de conformidad con ambas regulaciones (la de 1976 y la de 2003) y no podía afirmarse con certeza que habrían sido condenados a una pena menor de haber sido aplicado la regulación de 1976, «[I]o que es crucial, sin embargo, es que los demandantes podrían haber recibido condenas más bajas si se hubiera aplicado dicho Código (...)»⁽⁶⁵⁾. En otras palabras, el Tribunal estableció con esta declaración que la mera posibilidad de que se hubiera podido imponer una pena más leve al aplicar un marco penal con un límite inferior es suficiente para constatar una violación del artículo 7 CEDH, tal y como se establece en la guía sobre el artículo 7 CEDH publicada por el propio Tribunal⁽⁶⁶⁾.

A la vista de la existencia del art. 10.2 CE y de la ya mencionada obligación de interpretar el contenido y alcance de los derechos de acuerdo con estas resoluciones de los Tribunales europeos, hoy por hoy no resulta posible obviar esta evolución jurisprudencial y sus implicaciones, sobre las que se incidirá más adelante.

IV. NO ERES TÚ (JUZGADOR), SOY YO (LEGISLADOR)

1. PLANTEAMIENTO

Hasta este momento, el análisis la retroactividad favorable y de su alcance se ha centrado en aquellos supuestos en los que, ante la existencia de un precepto posterior más beneficioso para el reo, el órgano judicial competente no lo ha aplicado. Tal y como se ha señalado en líneas anteriores, la jurisprudencia constitucional española ha llevado estos casos, ajenos a un problema de subsunción relativo a la parte especial del Derecho Penal⁽⁶⁷⁾, por la vía del artículo 24.2 CE, con, como hemos visto, un canon de protección mucho menos fuerte que la vía del artículo 25.1 CE.

(64) *Ibid.*, par. 54, 61. Por su parte, el Gobierno bosnio aducía que la regulación del año 2003 era más beneficiosa en tanto en cuanto no preveía la pena de muerte (par. 62).

(65) *Ibid.*, par. 70.

(66) Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights*, 2024, p. 20.

(67) Si se tratara de un problema de subsunción en un delito específico de la parte especial, sí encontraríamos un problema de vulneración del principio de legalidad por la vía del artículo 25.1 CE, pues este precepto sólo se respeta en tanto en cuanto el hecho se encuentra cubierto por el ámbito de aplicación de un tipo penal específico [en este sentido, CARRASCO PERERA, A., «El “juicio de razonabilidad” en la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 1984, pp. 39-106 (p. 67); CUERDA RIEZU, A., «Garantías constitucionales y garantías legales con respaldo constitucional en Derecho Penal. Consecuencias para la retroactividad favorable», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXV, 2012, pp. 87-97 (p. 95)]. Por el contrario, los supuestos a los que aquí se hace alusión no responden a un problema de subsunción en un tipo específico, sino al incumplimiento de una norma establecida en la parte general, como es la obligación de retroactividad establecida en el artículo. 2.2 CP.

Cuestión distinta es la que se produce cuando es el propio legislador el que restringe o acota el alcance de la retroactividad favorable, lo cual podría suceder de dos maneras. La primera de ellas, mucho más burda o grosera, consistiría en que el propio legislador dejara la decisión sobre la norma a aplicar en manos del juzgador, por ejemplo, a través de una cláusula que estableciera que, ante determinados delitos, el juez no se encontrará sometido a la obligación de aplicar una hipotética norma futura más favorable para el reo, teniendo la potestad de decidir sobre la norma aplicable en función de las circunstancias del hecho. Evidentemente, una regulación de este tipo supondría una vulneración del principio de legalidad en tanto en cuanto implica una absoluta falta de determinación o taxatividad por parte del legislador. La segunda opción consistiría en que el legislador estableciera de manera taxativa bien determinadas excepciones a la obligación de la retroactividad favorable o bien una interpretación de dicha norma que acote o restrinja su aplicación. Esta posibilidad nos lleva, inexorablemente, a centrarnos en la disposición transitoria quinta al CP95.

2. LA CÉLEBRE DISPOSICIÓN TRANSITORIA

La razón por la que aludo a dicha disposición como célebre tiene que ver con sus numerosas apariciones y menciones en los medios de comunicación en los últimos tiempos, que han llevado a la curiosa situación de que la opinión pública, probablemente por primera vez en la historia, haya estado discutiendo sobre la idoneidad o necesidad de una determinada disposición transitoria en una reforma al Código Penal. En este sentido, a propósito de la reforma que operó en nuestro ordenamiento penal la LO 1/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, resultó frecuente que los medios, con independencia de su signo o corriente ideológica, se refirieran a esta disposición como la panacea que habría resuelto todos los males de dicha reforma en lo relativo a la revisión de condenas⁽⁶⁸⁾. La prensa también se hizo eco de opiniones de reputados juristas que realizaron declaraciones acerca del poder cuasi-mágico de haber incluido una disposición de estas características⁽⁶⁹⁾. En concreto, a lo que se referían todas estas personas y medios

(68) Véase, por ejemplo, *eldiario.es*, «¿Por qué pueden bajar algunas penas tras la reforma del “solo sí es sí”? Claves de la nueva ley», 16 de diciembre de 2022, cuyo subtítulo establece: «La reforma legal de los delitos sexuales no incluyó una disposición transitoria para que los delincuentes ya condenados no se beneficiaran de rebajas de penas»; *The Objective*, «El Gobierno no incluyó una disposición en la “ley del sólo sí es sí” para evitar rebajas en condenas», 16 de diciembre de 2022; *El País*, «Cuatro años de una reforma legal con un peligroso agujero que nadie tapó en la “ley del sólo sí es sí”», 17 de diciembre de 2022, con el siguiente subtítulo: «El Gobierno, dos ministerios, el Congreso, el Senado, el CGPJ, y el Consejo Fiscal no se dieron cuenta de la falta de una disposición transitoria para combatir efectos indeseados en la revisión de condenas».

(69) Véase, por ejemplo, *Telemadrid*, «María Jesús del Barco: “La ley no incluyó una disposición transitoria para que los ya condenados no se beneficien de rebajas de penas”», 18 de octubre de 2022, recogiendo las declaraciones de la decana de los jueces de Madrid y presidenta de Asociación Profesional de la Magistratura; *Newtral*, «Qué está pasando con la reducción de condenas a agresores sexuales por la ley del “solo sí es sí”», 16 de octubre de 2022, recogiendo las declaraciones de Pino de la Nuez, presidenta de Themis: «Lo podríamos haber salvado con una disposición transitoria en la misma ley diciendo cómo se iba a aplicar este texto que se aprobaba para aquellos casos que tuvieran una sentencia firme o aquellos casos que se estuvieran enjuiciando».

era a la inclusión de un inciso de similares características al que contiene la disposición transitoria quinta al CP95, que establece que «En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código». Se trata, por tanto, de un inciso a través del cual el legislador establece cuándo una norma no se va a considerar más favorable, evitando así la entrada en juego del mandato contemplado en el artículo 2.2 CP.

Desde luego, determinar cuándo una disposición es más favorable no siempre es una tarea sencilla: mientras que en supuestos como la despenalización de una conducta la solución es evidente, más complejos son aquellos supuestos en los que el legislador ha optado por cambiar la regulación al respecto, ya sea en relación con la conducta típica (lo que obligará a realizar una nueva subsunción de los hechos) o en relación con la consecuencia jurídica anudada a la misma, que puede ser o no del mismo tipo a la ya prevista⁽⁷⁰⁾. Mientras que, en relación con los casos en los que las consecuencias jurídicas previstas son de naturaleza distinta, parece existir cierto consenso con base en la diferencia cualitativa de estas penas (considerándose siempre más grave la pena privativa de libertad que la pena de multa⁽⁷¹⁾), pese a la existencia de casos difíciles⁽⁷²⁾, se ha sostenido que, en el caso de penas homogéneas, la decisión resulta sencilla⁽⁷³⁾; una aseveración, a mi juicio, un tanto osada, pues, en aquellos casos en los que los marcos penales no tengan la misma extensión y/o existan solapamientos, la elección no resultará tan evidente.

En concreto, un inciso como el de la disposición transitoria mencionada ofrece una solución para los casos en los que la pena, ya impuesta en sentencia firme, es de la misma naturaleza, y, en concreto, cuando esta es privativa de libertad. Pese a la enorme dificultad para resolver esta situación, no puede pasarse por alto que la disposición mencionada llevaría a resolver de la siguiente manera el siguiente supuesto, que no por exagerado es menos cierto. Imaginemos que la pena prevista para un delito es de 10 a 20 años de prisión y que a un sujeto que ha cometido dicho delito se le impone, tras el juicio, una pena de 10 años esto es, su límite mínimo. Imaginemos también que, con posterioridad, el legislador decide que dicha conducta, si bien no deja de ser delictiva, merece un reproche menor, estableciendo un marco penal de 1 a 10 años de prisión. En virtud de una cláusula como la que aquí se comenta, esta nueva ley penal no se considera una ley más favorable para el penado y, por ende, no se procedería a su revisión y rebaja. Si bien esta disposición ofrece una regla sencilla para resolver estos casos difíciles, lo cierto es que, al margen de otras consideraciones de carácter constitucional acerca de la

(70) Sobre esta cuestión, VIVES ANTÓN, T. S., *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 48-51, quien apunta en este sentido que «es un mérito del nuevo Código el haberse planteado e intentado resolver un problema no siempre fácil» (p. 50).

(71) Señalando que la pena de privación de libertad (incluso breve) es más grave que la pena de multa (aunque elevada), ROXIN/GRECO, 2020: 251; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1999: 198.

(72) Sobre la dificultad de decidir acerca de la favorabilidad en casos de penas heterogéneas ya señalaba Antón Oneca en 1949 que «únicamente se podrá acertar teniendo en cuenta las condiciones personales del reo y sus medios de vida: unos preferirán la prisión por corta temporada para dedicarse a sus ocupaciones habituales lo más pronto posible; otros, de mejor situación económica o de profesión que no exija residencia determinada, se inclinarán por el destierro, no obstante, su mayor duración» (ANTÓN ONECA, 1986: 128).

(73) VIVES ANTÓN, 1996: 50 «La ley más favorable resultará determinada mediante un simple cálculo cuando las penas sean homogéneas».

restricción del alcance de la retroactividad favorable (*Vid. infra*), en esta solución hay algo que chirría enormemente y que se opone a toda intuición.

Desde poco después de la entrada en vigor del CP95, la regla interpretativa incluida en esta disposición fue utilizada en numerosas ocasiones para dirimir el carácter favorable o desfavorable de las disposiciones del nuevo Código Penal, dando lugar a resoluciones que, como hemos visto, chocan con nuestro instinto jurídico básico. Esta aplicación se produjo especialmente en casos en los que, aunque el nuevo marco penal reducía el límite superior de la pena, permitía seguir imponiendo la pena concreta impuesta en la sentencia⁽⁷⁴⁾. Así, desde dicho momento, el Tribunal Supremo reiteró en numerosas ocasiones que, para considerar que una ley posterior es más favorable, es necesario que la pena impuesta en la sentencia firme sea superior al límite máximo del nuevo marco penal⁽⁷⁵⁾ (o, en otras palabras, que «únicamente si la pena aplicada en sentencia firme es superior a este marco legal, puede afirmarse que la pena del nuevo Código es más beneficioso, ya que de acuerdo con sus disposiciones no se hubiese podido imponer aquella»)⁽⁷⁶⁾.

Debe señalarse que, con anterioridad a la entrada en vigor del CP95 (y su DT5), el Tribunal Supremo había establecido que, para determinar la ley más favorable, debe atenderse a la pena principal y no a las accesorias⁽⁷⁷⁾, que es más favorable la pena pecuniaria frente a la privativa de libertad⁽⁷⁸⁾, y que, tratándose de penas privativas de libertad, es más grave aquella que priva de libertad por más tiempo⁽⁷⁹⁾, si bien, ante dos penas con igual límite superior, ya en una memorable

(74) Es el caso, por ejemplo, de la ATS de 11 de febrero de 1998 (RJ 1998\1506) que deniega la revisión de la condena al recurrente, que había sido condenado a tres años por un delito de falsedad en documento privado. Dicho delito estaba castigado en el CP73 con prisión menor (de 6 meses y 1 día a 6 años) y en el CP95 con una pena de 6 meses a 3 años. Sin negarse que la pena efectivamente impuesta (3 años) era imponible de conformidad con el nuevo Código, debe señalarse que, con el nuevo Código, esta extensión era el máximo de pena posible para dicho delito. También resulta interesante la STS 1085/1996, de 20 de diciembre, acerca de la revisión de la condena de un sujeto condenado a 8 años y 1 día de prisión por «homicidio en grado de frustración, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia». En este caso, dicha circunstancia agravante ya no era aplicable de conformidad con el CP95, pues este exigía, para apreciarla, que se tratara de delitos de la misma naturaleza, lo que no sucedía en este caso. Pese a la imposibilidad de apreciar esta circunstancia agravante, y a que la pena prevista para el delito de homicidio era mayor en el CP73 (de 12 años y 1 día a 20 años) que en el CP95 (de 10 a 15 años), la rebaja penológica de un grado operada por el delito frustrado (hoy tentativa acabada), el marco penal a imponer con el CP95 se movía entre los 5 años y los 10 años menos un día, razón por la que no había razón para revisar la condena de conformidad con la DT5.

(75) Por todas, SSTS 394/1997, de 24 de marzo, FD 1; 1096/1998, de 1 de octubre, FD Único; 201/1999, de 11 de febrero, FD Único; ATS 1206/2005, de 30 de junio, FD 3.

(76) Por todas, SSTS 505/1997, de 14 de abril, FD 1; 90/1998, de 7 de enero, FD 1.

(77) STS de 23 de junio de 1871 («para apreciar la gravedad de la pena [...] debe atenderse por punto general a la pena principal señalada al delito y no a las accesorias; pero sin que en ningún caso deban estas imponerse cuando hayan sido suprimidas en el Código reformado, ni extenderse la duración de las que subsisten a más tiempo que el señalado a la pena principal»).

(78) «Siempre se ha estimado ser más benigna cualquier clase de pena pecuniaria que otras de privación de libertad» (STS de 25 de septiembre de 1985, FD 1).

(79) En este sentido, STS de 6 de febrero de 1947 («por regla general, entraña mayor gravedad la pena que por más tiempo priva de libertad al que se le impone»); STS de 6 de junio de 1947 (considerando más beneficioso, ante dos penas con igual límite mínimo, aquella con el límite superior más bajo). En la primera de las sentencias mencionadas, se valoraba la pena anudada al delito de desacato, que, con el CP1932 estaba castigada con pena de prisión menor en grado mínimo (de 6 meses y 1 día a 2 años y 4 meses) y multa de 500 a 2.500 pesetas, mientras que con el CP44 se castigaba con la pena de arresto mayor en toda su extensión (de 1 mes y 1 día a 6 meses) y multa de 1.000 a 10.000 pesetas.

sentencia sostuvo que es más beneficiosa la norma que establece una pena tiene un límite inferior más bajo⁽⁸⁰⁾, anticipándose en casi 140 años al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Cabe, en todo caso, preguntarse cuáles fueron las razones que llevaron a incluir una disposición de estas características en el CP95 (una inclusión que, por cierto, no fue debatida, cuestionada o enmendada en sede parlamentaria). En este sentido, mis sospechas van en dos direcciones. En primer lugar, la voluntad de no querer que los tribunales estuvieran durante la siguiente década años revisando innumerables condenas, a la vista, además, del amplio alcance de la retroactividad favorable en España que trasciende el habitual límite de la sentencia firme cubriendo también el periodo de cumplimiento de condena (en otras palabras, un «coste» que se asume por razones pragmáticas). En segundo lugar, la absoluta imposibilidad de realizar una comparación «real» entre las penas del Código anterior y las del CP95, especialmente a la vista de la desaparición de la figura de la redención de penas por trabajo.

3. MÁS ALLÁ DEL CP95

La inclusión de esta fórmula de interpretación de la ley favorable incluida en la DT5 al CP95 ha tenido un recorrido mucho mayor al inicialmente previsto (el de la transición a ese concreto Código Penal), pues, desde entonces, ha sido empleada hasta en siete ocasiones en diversas reformas a dicho Código⁽⁸¹⁾, no habiéndose planteado duda alguna sobre su efecto limitador en ninguna de estas ocasiones. A la vista de la tan distinta situación existente entre el cambio absoluto de modelo que supuso la llegada del CP95 y las referidas reformas posteriores, cuesta entender cuáles fueron las razones del legislador para seguir incluyendo dicha cláusula.

En cualquier caso, y más allá de las razones, lo que sí que queda claro es que esta disposición atenta directamente contra la interpretación que Estrasburgo ha dado acerca de qué ha de interpretarse por norma posterior favorable que obliga, inexorablemente, a revisar la condena (recordemos: que la mera posibilidad de que

El TS consideró que, al aplicar la regulación posterior, el tribunal sentenciador había cumplido con la retroactividad favorable, basándose, como se ha señalado, en la menor privación de libertad para el sujeto. Sin embargo, tal y como puede comprobarse fácilmente en este caso, la pena de multa es más elevada en el CP44, extremo sobre el cual el TS señaló, curiosamente, que «tampoco resulta más gravosa para el reo la pena pecuniaria, porque la Sala sentenciadora se contuvo en los límites a que pudo llegar mediante la aplicación de la norma que se estima por el recurrente indebidamente dejada de observar, y ello supone un riguroso respeto a la máxima jurídica contenida en el art. 24 del reformado Código sancionador».

(80) STS de 3 de abril de 1871, a propósito de delito de abusos deshonestos con violencia, que el CP1850 castigaba con una pena de prisión correccional a prisión menor (de 7 meses a 6 años) y el CP1870 con una pena de prisión correccional de grado medio a grado máximo (de 2 años, 4 meses y 1 día a 6 años de prisión). En este sentido, señala el TS que, al poder descender más la primera dado su límite inferior, «es esta penalidad notoriamente más beneficiosa al procesado». Esta sentencia aparece incorrectamente referenciada en algunos manuales clásicos, así como en la STS de 12 de enero de 1985, FD 1.

(81) LO 15/2003, de 25 de noviembre (DT2); LO 15/2007, de 30 de noviembre (DT2); LO 5/2010, de 22 de junio (DT2); LO 1/2015, de 30 de marzo (DT2); LO 14/2022, de 22 de diciembre (DT2); LO 3/2023, de 28 de marzo; LO 4/2023, de 27 de abril (DT2).

se hubiera podido imponer una pena más leve al aplicar un marco penal con un límite inferior es suficiente para constatar una violación del artículo 7 CEDH). Y es que, como se ha señalado, desde el año 2009, la retroactividad favorable se encuentra así configurada y anclada al artículo 7 CEDH, y, por vía del artículo 10.2 CE, así ha de ser recibida en España. La retroactividad favorable ya no es susceptible de acotación o modificación por el legislador, no cabiendo, por tanto, la posibilidad de dejar un espacio para la ponderación con otras razones más o menos justificables. Por ello, y pese al mencionado dispar fundamento entre el principio de legalidad y esta garantía de retroactividad favorable, una protección acorde a lo establecido y exigido por Estrasburgo pasaría por no dejar que esta circunstancia sea analizada desde la óptica del artículo 24 CE, sino desde la óptica del artículo 25.1 CE, operando por ello el canon fuerte de protección y la posibilidad del recurso de amparo, ahondando en la idea de previsibilidad a la que aludió Estrasburgo. Es cierto que el Tribunal Constitucional siempre ha sido reacio a vincular esta garantía con el principio de legalidad, y, desde el punto de vista del fundamento, razones no le faltan. Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto, el propio TEDH también esgrimió dichas razones y, finalmente, acabó adoptando el estándar de previsibilidad no de un jurista penalista consciente de las distintas situaciones y dificultades interpretativas de las normas, sino el de un ciudadano medio⁽⁸²⁾, para el cual resulta evidente que la norma que cuenta con un marco penal con un límite inferior resulta más beneficiosa. En otras palabras: para el ciudadano resultaría del todo imprevisible que esta norma no se considerara más beneficiosa.

En este marco, sorprende que el Tribunal Supremo, en su comentadísima STS 523/2003, de 29 de junio, relativa a la posibilidad de revisar las condenas a propósito de la reforma operada por la LO 10/2022 (en la que no existía una disposición con el referido contenido), no sea consciente de la evolución de la jurisprudencia europea. En esta resolución, el Tribunal declara, *obiter dicta*, que, pese a la raíz constitucional de la retroactividad favorable, «los particulares efectos de dicho principio otorgan al legislador un cierto, aunque no ilimitado, margen de regulación», pues «el eventual alcance de ese principio general y compartido de retroactividad de las normas sancionadoras favorables es, hasta un cierto punto, graduable»⁽⁸³⁾. En otras palabras (también suyas), que «el legislador goza de cierta libertad y autonomía para modular el principio de retroactividad de la ley penal posterior favorable», y que, en este sentido (y ahora viene lo relevante), «así lo ha hecho nuestro legislador con ocasión de varias reformas penales, estableciendo

(82) Debe señalarse que, con este pronunciamiento, Estrasburgo parece manejar un estándar de previsibilidad objetivo y básico, alejado del utilizado, por ejemplo, al establecer que una norma penal satisfará el estándar de previsibilidad incluso cuando sus destinatarios necesiten asesoramiento jurídico para comprender la prohibición penal, elevando, por tanto, el grado de conocimiento jurídico-técnico exigible a este ciudadano medio (por todas, STEDH C., c. Francia [Gran Sala], de 15 de noviembre de 1996, par. 35; Vasiliaskas c. Lituania [Gran Sala], de 20 de octubre de 2015, par. 157). Sobre esta última cuestión, cfr. Susana HUERTA TOCILDO, S., «El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal (art. 7 CEDH y art. 4 P7)», en Javier García Roca/Pablo Santolaya (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 399-427 (p. 405, 415), CORRECHER MIRA, J., *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 568-569; MÍNGUEZ ROSIQUE, M., «La garantía olvidada del principio de legalidad: el mandato de determinación de la pena», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, 2019, pp. 1-29 (p. 14).

(83) STS 523/2023 (Pleno), de 29 de junio, FFDD 2.3 y 2.4.

disposiciones transitorias que prevalecían, por su carácter especial, frente a la dicción del art. 2.2 del Código Penal», apuntando que «la legitimidad convencional de ese tipo de limitaciones está reconocida por la jurisprudencia supranacional (significadamente por el TEDH), naturalmente para aquellos supuestos en que las mismas aparecen contempladas en la ley nacional»⁽⁸⁴⁾. En consecuencia, afirma que «Queda en manos del legislador en cada reforma penal dejar operar al régimen previsto, “por defecto”, en el art. 2.2 CP; o establecer normas específicas que podrían bien extender la eficacia retroactiva más allá de lo que se deriva del art. 2.2 CP; bien restringirla»⁽⁸⁵⁾. Este Fundamento de Derecho de la sentencia concluye señalando que, si bien la limitación de los efectos derivados del artículo 2.2 CP es posible, no debe entenderse adoptada por todos los legisladores penales pasados y futuros, o, dicho de otro modo, no hay ningún problema con este tipo de cláusulas, en la medida en la que estén expresamente previstas por el legislador. Y aquí es donde, a mi juicio, y por las razones anteriormente mencionadas, el Tribunal Supremo comete un grave error al olvidarse de los pronunciamientos europeos: al menos desde el año 2009 ya no hay espacio para ninguna célebre disposición transitoria.

En cualquier caso, habrá que seguir atentos a Estrasburgo y a Luxemburgo, pues son previsibles nuevas resoluciones que sigan interpretando el alcance de la retroactividad favorable y precisando la adecuación de las cláusulas restrictivas de la misma al artículo 7 CEDH, toda vez que esta garantía ha adquirido el mismo estatuto convencional y jurisprudencial que la prohibición de retroactividad desfavorable.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXU, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.
- ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 2.ª ed., Akal, Madrid, 1986.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios del Derecho Penal*, 5.ª ed., Akal, Madrid, 1999.
- BARRY, K., «From wolves, lambs (part I): The Eighth Amendment case for gradual abolition of the death penalty», *Florida Law Review*, núm. 66, 2014, pp. 313-387.
- CARRASCO PERERA, Á., «El “juicio de razonabilidad” en la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 1984, pp. 39-106.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte general I. Introducción*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.
- COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte general*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CORRECHER MIRA, J., *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

(84) *Ibid.*, FD 2.4.

(85) *Ibid.*, FD 2.5.

- CUERDA RIEZU, A., «Garantías constitucionales y garantías legales con respaldo constitucional en Derecho Penal. Consecuencias para la retroactividad favorable», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXV, 2012, pp. 87-97.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., «El efecto trinquete del principio constitucional de retroactividad de las normas sancionadoras favorables», *Almacén de Derecho*, 24.11.2022.
- HUERTA TOCILDO, S., «El derecho fundamental a la legalidad penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, pp. 81-113.
- JESCHECK, H-H., *Tratado de Derecho Penal. Parte general. Volumen primero*, Bosch, Barcelona, 1981.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.
- KLUTH, W., «Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 219-237.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., *Sobre la retroactividad penal favorable*, Civitas, Madrid, 2000.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MARAVÉR GÓMEZ, M., «Vigencia temporal de la ley penal», en Juan Antonio Lascuraín Sánchez (coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, BOE, Madrid, 2019, pp. 119-138.
- MAURACH, R., *Tratado de Derecho Penal*, Ariel, Barcelona, 1962.
- MÍNGUEZ ROSIQUE, M., «La garantía olvidada del principio de legalidad: el mandato de determinación de la pena», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, 2019, pp. 1-29.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1981.
- QUERALT JIMÉNEZ, A., «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 435-470.
- RAMOS TAPIA, M. I., «Límites al poder punitivo del Estado (III)», en José Miguel Zugaldía Espinar (dir.), *Fundamentos de Derecho Penal. Parte general*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 133-143.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «Sobre la retroactividad de las normas a los cuarenta años de la Constitución Española», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 202, 2019, pp. 51-82.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1978.
- ROXIN, C./ GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*, 5.^a ed., Beck, München, 2020.
- SAIZ ARNAIZ, A., «Art. 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos», en Miguel Ángel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer/María Emilia Casas Bahamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*, BOE, Madrid, 2018, pp. 230-254.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Legislación penal socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las “leyes en blanco”», en AA. VV., *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995, pp. 697-722.
- «“Rebajas de enero” para delincuentes jóvenes adultos ¿con efecto retroactivo?», *InDret*, núm. 1/2007, 2007, pp. 1-12.

- URÍAS MARTÍNEZ, J., «Sobre las sentencias de control de leyes», en AA. VV., *El futuro de la justicia constitucional. Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 71-100.
- VIVES ANTÓN, T. S., *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- WESTEN, Peter K., «*Lex mitior*: converse of *ex post facto* and window into criminal desert», *New Criminal Law Review*, vol. 18, núm. 2, 2015, pp. 167-213.

