



*Universitat  
Abat Oliba CEU*

**Breve análisis de la retroactividad penal:  
cuestiones generales y  
algunos problemas prácticos**

TRABAJO FIN DE GRADO

Autor: Marc Agustín Moles  
Tutor: Arturo González de León Berini  
Grado en: Derecho  
Año: 2019

## **DECLARACIÓN**

El que suscribe declara que el material de este documento, que ahora presento, es fruto de mi propio trabajo. Cualquier ayuda recibida de otros ha sido citada y reconocida dentro de este documento. Hago esta declaración en el conocimiento de que un incumplimiento de las normas relativas a la presentación de trabajos puede llevar a graves consecuencias. Soy consciente de que el documento no será aceptado a menos que esta declaración haya sido entregada junto al mismo.

Firma: .....

Marc AGUSTIN MOLES

Legum ministri magistratus, legum interpretes iudices, legibus denique idcirco omnes  
servimus, ut liberi esse possimus.

*De las leyes son ministros los magistrados, son intérpretes los jueces, y a las leyes  
en definitiva todos servimos para que podamos ser libres.*

M.T. CICERÓN



## **Resumen**

El siguiente trabajo tiene como finalidad presentar un breve estudio sobre la retroactividad y otros aspectos relacionados como el principio de irretroactividad y la retroactividad favorable en derecho penal, abordaremos desde su dimensión jurídica penal y constitucional; hasta su alcance. También se indagará en la controversia sobre cuál es la pena más favorable para el reo apoyándonos en la opinión de diferentes autores y de la jurisprudencia. Para terminar, se procederá a relacionar todo lo expuesto en los puntos anteriores con la pena de prisión permanente revisable y la posibilidad de aplicarla retroactivamente.

## **Resum**

*El següent treball té com a finalitat presentar un breu estudi sobre la retroactivitat i altres aspectes relacionats, com el principi de irretroactivitat i la retroactivitat favorable al dret penal, abordarem des de la seva dimensió jurídica penal i constitucional; fins el seu abast. També s'indagarà en la controvèrsia sobre quina és la pena més favorable pel reu recolzant-nos en la opinió de diferents autors y de la jurisprudència. Per acabar, es procedirà a relacionar tot allò exposat en els punts anteriors amb la pena de presó permanent revisable i la possibilitat d'aplicar-la retroactivament.*

## **Abstract**

*The purpose of the next work is to show a brief study about the retroactivity and some other aspects related to the principle of non-retroactivity and the favorable retroactivity of the criminal law, addressing different points from the criminal and constitutional dimensions to its scope. We will also inquire into the controversy about which is the most favorable penalty for the culprit basing ourselves on various authors' opinions and on the jurisprudence. We will conclude relating all of the above to the revisable permanent prison and the possibility of apply it in a retroactivity way.*

## **Palabras claves / Paraules claus / Keywords**

Retroactividad – Irretroactividad – Retroactividad favorable – Pena más beneficiosa – Pena de prisión permanente revisable

Retroactivitat – Irretroactivitat – Retroactivitat favorable – Pena més beneficiosa – Pena de presó permanent revisable

Retroactivity – Non-retroactivity – Favorable retroactivity – Most favorable penalty – Revisable life imprisonment

## Sumario

Introducción .....	9
1. Cuestiones generales sobre la retroactividad .....	11
1.1. Breve evolución histórica .....	11
1.2. El concepto de retroactividad .....	14
1.3. Clases de retroactividad.....	15
1.4. La retroactividad y sus grados .....	16
2. El principio de irretroactividad .....	18
2.1. Concepto y dimensión constitucional .....	18
2.2. Dimensión jurídico-penal.....	20
2.3. Finalidad.....	21
2.4. Alcance en relación a la ley penal, procesal y penitenciaria .....	22
2.5. Aplicación retroactiva de las modificaciones jurisprudenciales.....	23
3. La retroactividad favorable al reo .....	24
3.1. Dimensión constitucional y penal .....	26
3.2. Dimensión jurisprudencial y doctrinal.....	27
3.3. Fundamento de la retroactividad favorable al reo .....	28
3.4. Alcance de la retroactividad favorable .....	29
4. Problemas prácticos de retroactividad favorable .....	30
4.1. ¿Cuál es la pena más favorable?.....	30
4.2. La determinación de la pena “en bloque”.....	32
4.3. Ley penal aplicable y momento de la comisión del delito .....	33
4.4. ¿Qué dice la jurisprudencia de la aplicación de la ley más favorable?.....	34
5. La retroactividad en relación a la pena de prisión permanente revisable .....	37
5.1. Naturaleza de las leyes penitenciarias.....	37
5.2. Beneficios y permisos penitenciarios .....	39
5.3. Acceso al tercer grado, a los permisos penitenciarios y a la libertad condicional .....	40
5.4. La prisión permanente revisable: ¿una pena más favorable? .....	45
5.5. La retroactividad favorable en el ámbito de la pena de prisión permanente revisable .....	47
Conclusiones .....	51
Bibliografía .....	55



## Introducción

A lo largo de este trabajo se estudiarán diferentes instituciones jurídicas que guardan relación con principios tan importantes como el principio de legalidad y el de seguridad jurídica, ambos parte de los cimientos de nuestro ordenamiento jurídico y precursores de su estabilidad y rigor. Si bien se darán algunas nociones generales aplicables a la mayoría de ramas del derecho, se hará especial énfasis en todo aquello relacionado con el derecho penal. Principalmente buscaremos establecer unas bases teóricas sobre la *retroactividad*, el *principio de irretroactividad* y la *retroactividad favorable*, esto nos permitirá debatir sobre los problemas que pueden surgir en su aplicación práctica. Siendo conscientes de la complejidad de dichas instituciones jurídicas, se hará todo lo posible por presentar dichos conceptos de la manera más clara y ordenada posible. De cada una de ellas podría realizarse un trabajo específico ya que son realmente extensas, sin embargo, pienso que no es posible hablar de una sin la otra, las tres conforman un triángulo conceptual que será el grueso de este trabajo.

El hilo conductor de este trabajo queda definido por la hipótesis referente a si es posible aplicar la pena de prisión permanente revisable de manera retroactiva, inmediatamente después de esta pregunta nace la necesidad de elaborar un breve estudio teórico sobre la retroactividad lo cual nos lleva irremediabilmente a preguntarnos el cuándo, el cómo y el porqué. Durante este estudio descubriremos cuándo y de que forma es posible la aplicación retroactiva de las normas y cuando estará terminantemente prohibido, descubriendo así el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras y restrictivas de derechos individuales reconocido en la Constitución Española en su artículo 9.3.

En relación a nuestra hipótesis surge otra cuestión importante que deberemos tener en cuenta para la aplicación retroactiva de la pena de prisión permanente revisable, deberemos analizar si una condena de esta naturaleza, considerada como la pena máxima de privación de libertad en España, puede llegar a ser más favorable para el reo, es por esta razón que nace la necesidad de iniciar un debate sobre cual es la ley más benigna y, a consecuencia, la pena más beneficiosa. Durante el desarrollo de este trabajo veremos que este asunto puede ser abordado mediante dos criterios opuestos que cambiarán radicalmente el modo de entender la pena menos perjudicial para el reo. Dando respuesta a esta cuestión podremos abordar de una manera teórica e hipotética la posibilidad de aplicar retroactivamente la pena de prisión permanente de manera favorable.



# 1. Cuestiones generales sobre la retroactividad

## 1.1. Breve evolución histórica

Si bien el cometido de este punto se centra en exclusiva en desarrollar el concepto de retroactividad desde un punto de vista del Derecho Penal, para conocer su origen y evolución es necesario acudir a los prolegómenos de dicha institución jurídica, analizando dicho concepto en todos sus ámbitos y desde una perspectiva general. En tiempos de la antigua Roma ya prestaban especial atención al concepto de la retroactividad de las normas para salvaguardar la seguridad jurídica. En la experiencia jurídica romana, salvo fundadas excepciones, rigió el principio de irretroactividad de las normas<sup>1</sup>. La exclusión de la retroactividad de las normas jurídicas, tanto si se trata de edictos como de leyes o constituciones imperiales, se deriva del principio que tiende a garantizar la confianza en el orden jurídico. El pensamiento jurídico clásico no podía sino reconocer la “salus”, esto es, la salvación o seguridad que provoca el Derecho<sup>2</sup>.

CICERÓN, entre otros, ya conocía bien el caos que podía causar un ordenamiento jurídico cambiante y como esto podía afectar a la seguridad jurídica que, los romanos, tanto se esforzaban en mantener. En este sentido, hay un pasaje de este orador y político romano que hace especial mención a la idea de retroactividad de las leyes. La confianza en el ordenamiento supone que “en un momento dado, todos tienen que poder prever las consecuencias jurídicas de sus acciones”. Por ello, una norma nueva no puede pretender extender sus efectos reguladores a hechos que se hubieran producido bajo el imperio del Derecho preexistente; su validez (obligatoriedad), por el contrario, sólo alcanza a hechos y situaciones que se verifican “post hanc legem rogatam”, es decir, después de haber sido implantada la ley<sup>3</sup>. En el derecho visigodo, por ejemplo, se establecía una irretroactividad que ahora denominaríamos de grado medio o impropia, así, en el *Liber iudiciorum*<sup>4</sup>.

En un derecho ya mucho más cercano tanto temporalmente como geográficamente, en el Fuero Real se contempla el principio “tempus regit actum” (el tiempo rige el

---

<sup>1</sup> IGLESIAS, J. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona: Ariel, 5ª ed., 1965, p. 5.

<sup>2</sup> LÓPEZ DE OÑATE, F. “Concepto y fundamento de la certeza del Derecho”, en *La certeza del derecho*, trad. al cast. de Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redin, Prólogo de Eduardo J. Couture del original, “La certeza del diritto” (Casa Editrice Gismondi, Roma 1942), con “Prefacio” de Giuseppe Capograssi, Colección “Ciencia del Proceso”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953, pp. 71-90.

<sup>3</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad. Normas jurídicas retroactivas*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007, p. 69.

<sup>4</sup> GARCÍA-GALLO DE DIEGO, A. *Manual de Historia del Derecho Español, tomo II, Antología de Fuentes del Antiguo Derecho*. Madrid: 2ª ed., 1964, pp. 168-173.

acto), al establecerse que los delitos han de estar sometidos a las penas que debe haber en el tiempo que se dio la culpa y no en el tiempo en que es dada la sentencia.<sup>5</sup> Sin perjuicio de todo lo mencionado anteriormente, la idea de irretroactividad no se ha impuesto como clara vencedora, aunque la razón nos llame hacia un sistema jurídico donde la norma posterior no pueda castigar hechos anteriores, durante el transcurso y la evolución del derecho encontramos episodios donde la retroactividad de las normas ha cobrado protagonismo. Incluso, actualmente, aún podemos encontrar efectos retroactivos en las modificaciones jurisprudenciales que emanan de los tribunales.<sup>6</sup>

Por ejemplo en los llamados “juicios de albedrío”<sup>7</sup>, que se desarrollaron en Castilla y Vascongadas a lo largo del S. XII y primera mitad del XIII, se impuso el criterio de la aplicación retroactiva de las normas, creadas de hecho por los jueces al resolver controversias. Los jueces dictaban sus fallos ateniéndose a la costumbre o privilegios del lugar y, en su defecto, decidían de conformidad con su libre albedrío, llegando a constituir sus sentencias una *fazaña* o precedentes que vinculaba la decisión en casos análogos posteriores. Desde el momento en que la decisión del juez contemplaba un hecho pasado y, por tanto, anterior a la norma que establecía para regularlo, se trataba ciertamente de una norma con inequívocos efectos retroactivos. En el derecho Histórico español llaman especialmente la atención los efectos retroactivos reclamados por las Leyes de Toro, que alcanzan incluso a supuestos de hecho que “hayan acaecido y pasado antes de que las dichas leyes se hiciesen y ordenasen”<sup>8</sup>. Tiempo después, en la Europa continental, la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, de 26 de agosto de 1789, ya se pronunció sobre materia de retroactividad, dispone en su artículo octavo que “la ley sólo debe establecer las penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada”<sup>9</sup>.

Desde el inicio codificador ha quedado plasmada en diversos textos legales, en Francia el principio de irretroactividad se plasma en el artículo 8 de la Declaración de Derechos de 1789 pero no fue hasta 1980 cuando, por la sentencia 109 DC de 9 de

---

<sup>5</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 79.

<sup>6</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional 16/2015; 34/2015, 35/2015, 36/2015 (entre otras), de ellas se desprende la no aplicabilidad del principio de retroactividad a las modificaciones jurisprudenciales.

<sup>7</sup> En llamados juicios de albedrío, en defecto de costumbre o ley, los jueces podían decidir de acuerdo con su criterio formado a partir de la interpretación de las normas y costumbres de ese lugar concreto. Dicha decisión o resolución que estos emitían, se puede considerar como una nueva disposición “in situ” que sentaba precedentes, es decir, aplicaban una ley nueva a un hecho acaecido anteriormente, de ahí el carácter retroactivo de dicha resolución.

<sup>8</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 72.

<sup>9</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 75.

enero de 1980, que fue reconocido su valor constitucional. El principio de retroactividad de las leyes sancionadoras favorables quedó admitido por la sentencia 127 DC de 19 y 20 de enero de 1981 sin tener base legal en la Declaración de Derechos de 1789. Estos dos principios han sido reconocidos por el Consejo Constitucional como derechos fundamentales. Posteriormente en 1994 entró en vigor el nuevo Código Penal francés que pasó a reconocer en su artículo 112 el principio de irretroactividad y el de retroactividad<sup>10</sup>.

En Derecho alemán el principio de irretroactividad de las leyes penales tiene naturaleza de derecho fundamental y deriva del principio de legalidad reconocido en el artículo 103 de Ley fundamental de Bonn, además, adquiere rango constitucional por el artículo 116 de la Constitución de Weimar. Por otro lado, se cuestiona el carácter de derecho fundamental de la retroactividad favorable ya que no tiene base en el texto constitucional alemán. El artículo 103. II GG. Niega la conexión de una aplicación retroactiva de Ley favorable con el concepto de Estado de Derecho y, por tanto, se niega la protección de este principio<sup>11</sup>.

En derecho italiano el principio de irretroactividad queda garantizado en el artículo 25 de su Constitución y es considerado como garantía del principio de legalidad, su fundamento es la de proporcionar seguridad jurídica al ciudadano. La retroactividad favorable está reconocida en el artículo 2 del Código Penal italiano, no obstante, existe una reserva a la retroactividad favorable en casos de sentencia previa, con fuerza de cosa juzgada<sup>12</sup>.

La recepción de estos principios en la Ilustración denotaba un afán de seguridad jurídica y de garantizar el conocimiento de las consecuencias de las acciones humanas. En la Declaración de Derechos de las antiguas colonias inglesas, en Norteamérica se contempló el principio de irretroactividad de las leyes, también en la Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776 y las Declaraciones de Derechos de los diferentes Estados de Norteamérica, estas determinaban que “las leyes dictadas para castigar acciones realizadas con anterioridad a la existencia de dichas leyes, y que no hayan sido declaradas delito por leyes precedentes, son injustas, opresivas e inconsistentes con los principios fundamentales de un gobierno libre”. En la Europa continental, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, dispone en su artículo octavo que “la ley sólo debe establecer las penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al

---

<sup>10</sup> VALERO FERNÁNDEZ, C.Y. *El problema de la retroactividad de las leyes penales*. Tesis Doctoral. Madrid: Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho, 2017, p. 188-193.

<sup>11</sup> VALERO FERNÁNDEZ, C.Y. *El problema de la retroactividad...*, pp. 193-197.

<sup>12</sup> VALERO FERNÁNDEZ, C.Y. *El problema de la retroactividad...*, pp. 197-200.

delito, y legalmente aplicada”. Poco después, en la misma Declaración de 13 de junio de 1793 se establece en su artículo cuarto: “la ley es la expresión libre y solemne de la voluntad general, es la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga; no puede ordenar más que lo que es justo y útil a la sociedad, no puede prohibir más que lo que es dañoso.” Esta declaración de principios se desarrolla específicamente en el artículo 14 donde se establece que: “nadie debe ser juzgado y castigado hasta que haya sido oído o legalmente demandado, y en virtud de una ley promulgada con anterioridad al delito<sup>13</sup>.

## **1.2. El concepto de retroactividad**

La retroactividad, como se ha podido ver en el punto anterior, es un concepto que va de la mano del derecho y de la justicia, sin embargo, la prohibición de esta ha dependido, en cada caso, de la materia jurídica y de la época en la que nos encontrásemos. No obstante, podemos afirmar que la doctrina y el mundo jurídico en general ven la idea de retroactividad y la aplicación retroactiva de las normas como una amenaza para la seguridad y certeza jurídica debido a que, históricamente ha sido inevitable su asociación con situaciones revolucionarias y con leyes impuestas contra los vencidos<sup>14</sup>.

Debido al impacto de esta institución en el derecho, la seguridad jurídica y la justicia, será esencial definir y entender de que se trata y a que nos referimos cuando hablamos de retroactividad. La retroactividad es, en una sucesión temporal de leyes, la aplicación de la norma jurídica nueva a supuestos de hecho, actos, relaciones y/o situaciones jurídicas nacidas o constituidas con anterioridad a su entrada en vigor y que, por tanto, tuvieron su origen bajo el imperio de la norma derogada.

Por otro lado, tal y como señala LEGAZ Y LACAMBRA, la retroactividad sería aquella cualidad de las leyes en cuya virtud estas someten a nuevo examen las condiciones de validez de un acto regulado por la legislación anterior, modificando o suprimiendo sus consecuencias jurídicas: “se trataría pues, de una verdadera vuelta atrás de la ley”, y como tal de un atentado a la seguridad jurídica, en la medida en que está exige que las situaciones creadas al amparo de un ordenamiento jurídico cualquiera no se vean alteradas libremente por una norma surgida con posterioridad<sup>15</sup>. Por su parte, DE CASTRO Y BRAVO habla de retroactividad “cuando a una relación jurídica

---

<sup>13</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, pp. 73-76.

<sup>14</sup> BARBER BURUSCO, S. *Alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito del cumplimiento de la pena de prisión*. Madrid: Dykinson, 2014, p. 1.

<sup>15</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, pp. 12-13.

conformada por una norma jurídica de fecha anterior le es aplicada una ley nueva, de fecha posterior, de modo que le afecte de forma sustancial”<sup>16</sup>.

A modo de síntesis, podemos afirmar que existe retroactividad cuando se deben aplicar leyes o normas jurídicas nuevas a hechos o relaciones jurídicas que sucedieron con anterioridad a su entrada en vigor. De este hecho se desprende una terrible inseguridad jurídica ya que, en materia de derecho penal, el reo no puede llegar a conocer el alcance jurídico total de sus actos. Sin embargo, no hay que olvidar que un ordenamiento jurídico cuyas normas fueran absolutamente irretroactivas congelaría las situaciones existentes e impediría la posible y necesaria evolución del sistema normativo, por esta razón es tan importante la necesidad de un cierto equilibrio entra estas dos instituciones que nos permita remediar situaciones injustas, odiosas o inmorales<sup>17</sup>.

### **1.3. Clases de retroactividad**

La retroactividad de las normas puede hallarse de manera expresa o tácita. Se puede afirmar que es expresa cuando el legislador así lo determine en la nueva ley, la cual pasará a afectar a situaciones jurídicas preexistentes. Así consta en el Código Civil Español, más concretamente en el art. 2.3 que establece lo siguiente: *“las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario”*. En cambio, será tácita, cuando del sentido y finalidad de la ley resulta clara la intención del legislador<sup>18</sup>. Tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten la existencia de una aplicación tácita de la retroactividad, criterio que no es coincidente con una interpretación literal del art. 2.3 del Código Civil<sup>19</sup>, que solo admitiría la retroactividad expresa al hacer especial mención a la necesidad de que, la norma retroactiva tiene que determinarse como tal a sí misma.

DE CASTRO Y BRAVO<sup>20</sup> enumera disposiciones que, por su carácter, implican un tácito efecto retroactivo; normas interpretativas o aclaratorias, que vienen a suplir lagunas legales, leyes de interpretación del contenido y del alcance de lo promulgado que adquieren eficacia cuando la norma aclarada, por ella, hubiera entrado en vigor, disposiciones complementarias o ejecutivas, que son mero desarrollo de la Ley principal; leyes y disposiciones de estricto carácter procesal, adjetivas y creadoras del proceso, que se aplican con carácter inmediato a procesos en curso, pero no

---

<sup>16</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho civil de España. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil*. Madrid: Civitas, 2008, p. 723.

<sup>17</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 18.

<sup>18</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España...*, p. 723.

<sup>19</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 118.

<sup>20</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España...*, p. 727.

declaran ni perjudican derecho alguno a favor de la parte; disposiciones que condenen situaciones por ser incompatibles a sus fines morales y sociales, anteriormente constituidas<sup>21</sup>.

En el caso de la retroactividad expresa encontramos su límite tanto en la Constitución Española como en el Código Penal Español. Más concretamente, el artículo 9.3 de la CE, en cuanto a lo que nos atañe, establece: “*la constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*”. Por otro lado, el art. 2 del Código Penal vuelve a hacer mención del carácter irretroactivo, en este caso, de las leyes penales, prohibiendo castigar acciones con pena que no se halle prevista anteriormente a su perpetración.

#### **1.4. La retroactividad y sus grados**

La retroactividad también se puede clasificar por su grado de aplicación, en este caso, encontramos tres grados diferenciados. En primer lugar, la retroactividad será “*de grado máximo o absoluta*” cuando se aplica a “*relaciones consagradas*” y afecta a “*situaciones agotadas*” a su entrada en vigor, incidiendo la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores<sup>22</sup>, por tanto, consiste en aplicar la ley nueva a relaciones o situaciones jurídicas conformadas a su entrada en vigor, sin tomar en consideración o de manera secundaria, que las mismas fueron creadas bajo el imperio de otra Ley<sup>23</sup>.

Esta clase de retroactividad es poco frecuente, casi excepcional, SÁNCHEZ COLLÍA atribuye este hecho, en gran medida, a la vulneración e injerencia que supone a la seguridad jurídica. Se trata de un tipo de retroactividad que se produce generalmente en situaciones de cambio revolucionario o en secuelas del mismo, donde se materializa una ruptura radical con la legislación precedente, lo que supone un claro atentado contra situaciones que nacieron al amparo de una ley más tarde derogada. A modo de curiosidad, un ejemplo de retroactividad absoluta en materia de normas sancionadoras no favorables lo tendríamos en los Tribunales militares de Núremberg y Tokio, creados para juzgar a los grandes criminales de guerra<sup>24</sup>.

En segundo lugar, la “*retroactividad de grado medio*”. Según SUÁREZ COLLÍA, se habla de retroactividad de grado medio cuando la nueva ley se aplica a una relación

---

<sup>21</sup> VALERO FERNÁNDEZ, C.Y. *El problema de la retroactividad...*, p. 119.

<sup>22</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 123.

<sup>23</sup> VALERO FERNÁNDEZ, C.Y. *El problema de la retroactividad...*, p. 123.

<sup>24</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...* p. 125.

o situación jurídica que tuvo su origen al amparo de la vigencia de una ley ya derogada, pero, en este caso, la aplicación de la nueva norma se limita a regular aquellas consecuencias *nacidas o que hayan de ejecutarse* a partir del momento de su entrada en vigor<sup>25</sup>. Es decir, la retroactividad de grado medio se produce cuando la nueva Ley es aplicada a efectos jurídicos derivados de la relación jurídica básica y aunque se hubiesen generado vigente su norma propia, han de ejecutarse a partir de la entrada en vigor de una ley posterior<sup>26</sup>. Este tipo de retroactividad es la que KARL LARENZ denomina en su obra *Derecho Justo* como “*irretroactividad no genuina*” donde la ley actúa sólo respecto del futuro en las relaciones jurídicas presentes y todavía no cerradas<sup>27</sup>. Como ya se ha comentado anteriormente no puede existir retroactividad de ningún tipo en materia de normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales en virtud del art. 9.3 CE que lo prohíbe expresamente.

Por último y en tercer lugar, existe un modo atenuado de retroactividad al que denominamos “*retroactividad de grado mínimo*”. Siguiendo con el trabajo de SUÁREZ COLLÍA en “*La retroactividad. Normas jurídicas retroactivas*” consideramos que existe retroactividad de grado mínimo, cuando la nueva ley se aplica a una relación o situación jurídica que tuvo su nacimiento al amparo de una ley anterior, ya derogada, pero la nueva norma se aplica exclusivamente a regular aquellas consecuencias nacidas a partir del momento de su entrada en vigor<sup>28</sup>.

Por tanto, como se ha explicado a lo largo de este punto, existen 3 tipos de retroactividad, la de grado máximo afectará a relaciones jurídicas ya consagradas, finalizadas o incluso a sentencias ya firmes y, por tanto, afectará tanto a la relación jurídica básica como a todos los efectos que pueda producir. La retroactividad de grado medio, a diferencia de la de grado máximo, no afectará a aquellas relaciones jurídicas que ya hayan finalizado ni tampoco a sentencias o resoluciones firmes. Sí que afectará a los nuevos efectos que una relación jurídica produzca, aun y habiéndose constituido esta al amparo de una ley anterior, también afectará a aquellos efectos que habiendo nacido antes de la entrada en vigor de la nueva ley se deban ejecutar posteriormente. Por último, la retroactividad atenuada únicamente afectará, a diferencia de la de grado medio, a aquellos nuevos efectos nacidos de una relación jurídica anterior a la promulgación de la nueva ley<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 126.

<sup>26</sup> VALERO FERNÁNDEZ, C.Y. *El problema de la retroactividad...*, p. 124.

<sup>27</sup> LARENZ, K. *Derecho justo*. Madrid: Cívitas, 1991, pp. 162-169.

<sup>28</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 128.

<sup>29</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, pp. 123-129

Para concluir, se puede argumentar que tanto la retroactividad de grado medio como la atenuada son dos instituciones jurídicas necesarias para regular los nuevos efectos que nazcan de las relaciones jurídicas existentes. En mi opinión, y como ya se ha comentado anteriormente, la retroactividad es un mecanismo para dinamizar el ordenamiento jurídico y evitar que este se estanque o quede obsoleto a merced de la velocidad y frenesí de los cambios sociales. Pese al riesgo de sumirnos en la inseguridad jurídica, la retroactividad de las normas permite el control y la evolución de las leyes.

## **2. El principio de irretroactividad**

Únicamente después de haber entendido qué es la retroactividad y cuáles son sus consecuencias jurídicas podemos empezar a hablar sobre la prohibición de retroactividad y del principio de irretroactividad. Hemos visto como la retroactividad puede tener tanto efectos positivos como negativos para el ordenamiento jurídico y para la sociedad en general, además, se ha constatado que la línea entre la necesidad de retroactividad y la seguridad jurídica puede ser muy fina. Incluso podría tratarse de un problema de ponderación entre dos instituciones jurídicas donde el legislador, en cada caso, deberá determinar qué es lo preferente.

### **2.1. Concepto y dimensión constitucional**

SUÁREZ COLLÍA explica que la irretroactividad de las normas “sensu contrario” es norma general, el principio jurídico que rechaza el efecto retroactivo de las leyes<sup>30</sup>. Por otro lado, DE CASTRO Y BRAVO, manifiesta que la irretroactividad se aplica hacia el futuro y no hacia el pasado, es regla de buena política, máxima de prudencia y exigencia de equidad. Como regla de buen gobierno ha de plegarse al consejo de la ocasión; equitativo es, no condenar por ilegales derechos adquiridos bajo el amparo y confianza de disposiciones que los protegían como legales; la Justicia reclama, que no se coloque la sanción jurídica al servicio de situaciones injustas u odiosas<sup>31</sup>.

Para DÍEZ-PICAZO, no resulta justo aplicar una nueva ley a actos realizados en el momento en que dicha ley no había sido dictada, porque no era conocida ni tenía

---

<sup>30</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 10.

<sup>31</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España...*, pp. 720 y ss.

aplicación<sup>32</sup>. RUIZ ANTÓN, por su parte, opina que el principio de irretroactividad de las leyes penales y el principio de vigencia temporal, deben actuar de manera coordinada y sí el correcto entendimiento del principio de irretroactividad significa que está vedado aplicar una ley desfavorable a hechos ocurridos antes de su vigencia, también expresa que los efectos de una ley perjudicial cesan cuando ha terminado su imperio<sup>33</sup>. Para FRIGOLS I BRINES, la irretroactividad es la imposibilidad de aplicar normas penales que amplíen el catálogo de conductas punibles o que agraven la pena de las ya existentes, que no se hallen vigentes en el momento de la comisión del delito, establecida en el artículo 7 del Código Penal<sup>34</sup>.

Por último, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA defiende que la ley penal, haciendo referencia a la vigencia material de la misma, se aplica a hechos ocurridos durante su vigencia formal y el principio de irretroactividad de leyes es garantía del ciudadano que opera exclusivamente con relación a normas desfavorables al mismo sean o no de naturaleza penal<sup>35</sup>. Se puede interpretar que GARCÍA-PABLOS entiende que la irretroactividad de las leyes debe extenderse a cualquier norma desfavorable, sea de naturaleza penal o no. Por tanto, esto abriría la puerta a la imposibilidad de aplicación retroactiva de las normas de ejecución y penitenciarias.

La prohibición de retroactividad de las leyes penales se asienta, desde el punto de vista jurídico, en los principios de legalidad y seguridad jurídica, que actúan como límites a la intervención penal del Estado<sup>36</sup>. De esta manera, el principio de legalidad debe implicar, desde este punto de vista, confianza, seguridad para el ciudadano, entendidas en sentido formal, y en un sentido material, es decir, como previsión calculable de los actos propios y garantía de la orientación que se va a dar al comportamiento personal. Además, el principio de irretroactividad en el marco del Derecho penal debe ser entendido como una de las exigencias propias del Estado de Derecho<sup>37</sup>.

Es el artículo 9.3 de la Constitución el que hace referencia a dicho principio de la siguiente manera: *“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía*

---

<sup>32</sup> DIEZ-PICAZO, L.M. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Madrid: Tecnos, 12ª Edición, 2012, p. 109.

<sup>33</sup> RUIZ ANTÓN, L.F. *El principio de irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y en la Jurisprudencia*. Anuario de la Facultad de Derecho, Nº 7, 1989, pp. 153 y ss.

<sup>34</sup> El artículo 7 del Código Penal establece cual será la ley aplicable en el tiempo, determinando que los delitos se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar (FRIGOLS I BRINES, E. *Fundamentos de las Sucesión de leyes en el Derecho Penal Español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 71).

<sup>35</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*. Vol. II. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 898 y ss.

<sup>36</sup> VALERO FERNÁNDEZ, C.Y. *El problema de la retroactividad...*, p. 97.

<sup>37</sup> RUIZ ANTÓN, L.F. *El principio de irretroactividad...*, p. 150.

*normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*” Por tanto, vemos que la irretroactividad o la prohibición de retroactividad afecta directamente a leyes o normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Este precepto no afecta únicamente al Derecho Penal sino que alcanza a cualquier tipo de norma, ley y orden jurisdiccional.

Por otro lado, el artículo 25.1 de la Constitución establece lo siguiente: *“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”* Este precepto vuelve a hacer referencia, por un lado, al principio de legalidad, exigiendo la existencia de una ley para poder condenar o sancionar, y por otro, al principio de irretroactividad, estableciendo como requisito que dicha ley sancionadora o condenadora estuviese vigente en aquel momento.

Teniendo en consideración estas dos disposiciones, podemos afirmar que el principio de irretroactividad está blindado por la constitución como una garantía al ciudadano en miras de la seguridad jurídica. No obstante, para entender completamente la trascendencia de la prohibición de retroactividad en materia penal no es suficiente con dichos preceptos, sino que debemos sumergirnos en el Código Penal y abordar aquellas disposiciones que hacen referencia, de algún modo, al principio de irretroactividad.

## **2.2. Dimensión jurídico-penal**

En el punto anterior hemos tomado conciencia de la dimensión constitucional del principio de irretroactividad y de cuales son los preceptos que apoyan y blindan dicha institución. A continuación, vamos a ahondar en aquellas disposiciones penales que matizan y dan forma a esta prohibición de retroactividad que se contempla en el artículo 9.3 y 25.1 de la Constitución. Fuera de la constitución, el principio de irretroactividad es complementado por los artículos 1, 2 y 7 del Código Penal, sin embargo, no pueden ser interpretados sino en función de la inicial declaración que contiene el artículo 9.3 de la Constitución<sup>38</sup>. Así, el artículo 1 del Código Penal establece, tal y como hacía, en parte, el artículo 25.1 de la Constitución, la prohibición de castigar acciones u omisiones que no estén previstas como delito en una ley anterior a su perpetración.

---

<sup>38</sup> RUIZ ANTÓN, L.F. *El principio de irretroactividad...*, p. 150.

Por otro lado, el artículo 2 del Código Penal hace referencia especialmente a la pena. Esto es importante ya que tanto el artículo 1 del Código Penal como el artículo 25.1 del Código Civil incluyen una garantía criminal pero no penal. Con esto me refiero a que en ambos preceptos se habla de la prohibición de retroactividad de las leyes en relación a acciones u omisiones. Bien, el artículo 2 del Código Penal extiende la garantía del principio de irretroactividad a las penas, por esta razón, no se podrá aplicar retroactivamente una pena más severa a un delito previsto anteriormente<sup>39</sup>.

### **2.3. Finalidad**

Después de haber abordado y entendido el lugar que ocupa el principio de irretroactividad en nuestro ordenamiento jurídico, podemos determinar cual es la finalidad de dicha institución jurídica. En primer lugar, este principio actúa como límite al legislador y al estado, impidiendo la promulgación de leyes (sancionadoras o restrictivas de derechos) retroactivas que pueden crear situaciones indeseables o injustas para el reo. Por otro lado, actúa como garantía del principio de seguridad jurídica, como señala HANS KELSEN, las leyes retroactivas son indeseables, “porque hieren nuestro sentimiento de justicia al imponer una sanción a una acción u omisión relativamente las cuales el individuo sancionado ignoraba que tendrían como consecuencia dicha sanción”<sup>40</sup>.

Por esta razón, la doctrina le asigna un fundamento múltiple, se concibe en primer término como garantía y límite de la potestad punitiva del Estado, y se concreta en las exigencias de seguridad, previsibilidad, calculabilidad y protección de la libertad individual frente a la arbitrariedad, con el objetivo de asegurar –mediante la vinculación del poder del Estado a la ley abstracta y previa- la libertad del ciudadano frente a las intromisiones de la autoridad<sup>41</sup>. No obstante todo lo mencionado anteriormente, la irretroactividad de las leyes no tiene como finalidad dejar estanco e inmóvil a nuestro ordenamiento jurídico, como en cualquier ámbito en general es necesaria cierta evolución, cierto cambio y dinamismo, es imperativo que nuestro sistema normativo se adapte a los nuevos tiempos y a las nuevas situaciones que se pueden llegar a producir. La sociedad avanza a un ritmo vertiginoso y las leyes deben hacerlo también, por esta razón, se debe encontrar un equilibrio que haga posible solucionar nuevas situaciones jurídicas sin crear situaciones odiosas e injustas.

---

<sup>39</sup> RUIZ ANTÓN, L.F. *El principio de irretroactividad...*, p. 151.

<sup>40</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 17.

<sup>41</sup> BARBER BURUSCO, S. *Alcance de la prohibición...*, p. 7.

#### **2.4. Alcance en relación a la ley penal, procesal y penitenciaria**

Llegados ha este punto hemos de tener claro que en ámbito penal existen diferentes ordenamientos jurídicos. En primer lugar, encontramos el Código Penal el cual define, principalmente, los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. Dicho Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social<sup>42</sup>. No obstante, hemos de ser conscientes de que el Código Penal, debido a una labor poco precisa del legislador español, regula e incluye diferentes normas de naturaleza penitenciaria las cuales se deben interpretar como ley penitenciaria y no como ley penal.

En segundo lugar, encontramos la ley procesal penal, recogida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal donde se regulan las actuaciones judiciales y procedimientos legales en materia penal tales como la jurisdicción y competencia de los tribunales, los recursos que caben contra las diferentes resoluciones, recusaciones, citaciones, notificaciones, sentencias, también se recogen diferentes derechos como el de justicia gratuita, de defensa, etc. En tercer lugar, existe la Ley Penitenciaria donde se recoge todo lo relacionado con el cumplimiento de la pena, los centros penitenciarios, las condiciones y los diferentes derechos de los presos entre otros.

Viendo las diferentes normas existentes nos hemos de preguntar sobre cuál es el alcance de la prohibición de retroactividad. ¿Podemos afirmar que dicho principio es aplicable a la Ley penitenciaria y procesal igual que a la Ley penal? ¿Podemos hallar alguna distinción en cuanto a la aplicabilidad de irretroactividad en relación a dichas normativas? Para abordar la discusión de estos interrogantes debemos acudir de nuevo a aquellas disposiciones que regulan todo aquello en relación con la retroactividad, estamos hablando del artículo 9.3 y 25.1 de la Constitución y de los artículos 1 y 2 del Código Penal.

No hay lugar a dudas que el principio de irretroactividad, contemplado en la constitución, y por tanto, aplicable a cualquier norma independientemente de la materia de la que se trate, se extiende tanto a la Ley procesal como a la penitenciaria. El artículo 9.3 de la Constitución prohíbe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Por tanto, no se limita únicamente al Derecho Penal, sino que alcanza a todo tipo de normas sancionadores o restrictivas de derechos individuales. Se entiende por

---

<sup>42</sup> Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

“derechos individuales” los contenidos en los artículos 15 al 29 CE, es decir, los derechos fundamentales y libertades públicas<sup>43</sup>.

### **2.5. Aplicación retroactiva de las modificaciones jurisprudenciales**

Es interesante abordar este tema relacionándolo con la retroactividad y con la irretroactividad de la ley penal desfavorable, ya que; durante los anteriores puntos hemos estudiado los efectos del principio de irretroactividad o dicho de otra forma, la prohibición de aplicar retroactivamente las leyes penales sancionadoras que sean desfavorables o restrictivas de derechos. Pero, llegados a este punto, debemos hacernos la siguiente pregunta: ¿qué ocurre con las modificaciones jurisprudenciales agravatorias?

Para responder a esta cuestión debemos distinguir entre dos situaciones: la primera se da cuando la variación de dicha jurisprudencia acontece por un cambio legislativo en el ordenamiento jurídico, dada esta situación no hay duda de que, al tratarse de una modificación legal agravatoria, el principio de irretroactividad impide su aplicación retroactiva a hechos anteriores dicha modificación jurisprudencial consecuencia de un cambio en la norma. La segunda y más complicada se da cuando la variación jurisprudencial tiene lugar sin que medie modificación en la ley, es en este supuesto cuando debemos preguntarnos si es posible su aplicación retroactiva.

Si atendemos al artículo 1.6 del Código civil, se establece que “la Jurisprudencia complementará el Ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los Principios generales del Derecho”. Por otro lado, el artículo 9.3 de la Constitución se refiere solamente a la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales, por esta razón, si únicamente acudimos al código, formalmente, el principio de irretroactividad no se extendería a las modificaciones jurisprudenciales al no tratarse de una ley.

Para RUIZ ANTÓN, con los anteriores razonamientos se está ignorando que el principio de irretroactividad no es más que una expresión de la garantía de seguridad jurídica reconocida como tal por el propio artículo 9.3 de la Constitución. Este estima que, la seguridad jurídica, fundamento de la prohibición de retroactividad

---

<sup>43</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 29.

favorable, se ve profundamente afectada cuando un cambio jurisprudencial da lugar, como efecto material, a la aplicación de la ley de forma más gravosa<sup>44</sup>.

A pesar de lo que se ha mencionado anteriormente la realidad es algo distinta. La jurisprudencia en relación con las modificaciones jurisprudenciales y, más específicamente, con las exigencias del escrito de preparación del recurso de casación, señala que los cambios jurisprudenciales son legítimos cuando están motivados, son razonables y tienen vocación de futuro. Se argumenta que el principio de irretroactividad está reservado para las disposiciones normativas y no para dichos cambios jurisprudenciales los cuales no tienen categoría de ley ni son fuente de derecho, por esta razón, no le son aplicables aquellos principios que sí que lo son a las disposiciones normativas<sup>45</sup>. No obstante, dicha jurisprudencia no deja de ser controvertida, la prueba es que podemos hallar diversos votos particulares en contra alegando que, el hecho de que el Tribunal Supremo exija de manera imprevisible ciertos requisitos que no habían sido establecidos por Ley atenta contra el principio de tutela judicial efectiva en relación al acceso a los recursos.

En mi opinión la aplicación retroactiva de las modificaciones jurisprudenciales agravatorias podría vulnerar el principio de seguridad jurídica reconocido en la Constitución, ya que si bien es cierto que la jurisprudencia no afecta a la ley sino a su interpretación, debemos ser conscientes de los efectos desfavorables que que estas modificaciones jurisprudenciales pueden generar, además, debemos tener en cuenta que la finalidad de la prohibición de retroactividad es evitar dichos cambios desfavorables que pueden afectar a la seguridad jurídica.

### **3. La retroactividad favorable al reo**

Como se ha visto en los puntos anteriores, nuestra Constitución admite de una forma amplia la aplicación retroactiva de las normas, aunque de ello se derive un perjuicio para el individuo. Por tanto, podemos afirmar, que puede existir retroactividad de segundo y tercer grado. También se ha visto que existen

---

<sup>44</sup> RUIZ ANTÓN, L.F. *El principio de irretroactividad...*, p. 166.

<sup>45</sup> Tribunal Constitucional (Sala 1ª). Sentencia núm. 16/2015 de 16 de febrero.  
Tribunal Constitucional (Sala 1ª). Sentencia núm. 34/2015 de 2 de marzo.  
Tribunal Constitucional (Sala 1ª). Sentencia núm. 35/2015 de 2 de marzo.  
Tribunal Constitucional (Sala 1ª). Sentencia núm. 36/2015 de 2 de marzo.  
Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 7/2015 de 22 de enero.  
Tribunal Constitucional (Sala 1ª). Sentencia núm. 37/2015 de 2 de marzo.

excepciones en dicha aplicación de retroactividad a tenor del artículo 9.3 de la Constitución, las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, artículo que se ve en algunos supuestos reforzado por la aplicación del principio de legalidad contenido en el artículo 25 de la Constitución<sup>46</sup>. Teniendo claro todo lo anterior, en este punto se hablará de la retroactividad “in bonus” (retroactividad favorable) y de la aplicación de la norma más favorable.

El principio de irretroactividad de disposiciones sancionadoras consagrado en la constitución deja al margen el reconocimiento constitucional de retroactividad de leyes penales favorables al reo<sup>47</sup>, no obstante, se ha de tener claro que la retroactividad favorable no afecta sólo a las normas de ámbito estrictamente penal, sino que se extiende también a las normas sancionadoras de carácter administrativo, laboral o tributario<sup>48</sup>. Desde el punto de vista conceptual, la retroactividad favorable requiere dos condiciones: por un lado, la existencia de un supuesto de hecho (objeto, situación, relación jurídica, etc.) y, por otro, una sucesión de leyes, una sustitución normativa que sea más favorable para el reo que la ley anterior. Por esta razón, la determinación de la ley más favorable exige una comparación de dos leyes que valoran un mismo objeto y la opción a favor de la más benigna para el reo<sup>49</sup>.

Por esta razón y teniendo en cuenta que no existe prohibición de retroactividad si se trata de normas favorables al ciudadano, estas podrán tener efectos retroactivos, es decir, se podrá aplicar una Ley posterior a un hecho anterior, siempre y cuando, como hemos dicho, la nueva Ley sea más benigna que la que regía al momento de comisión del hecho delictivo y conforme a la que fue juzgado. Dichas normas más benignas tienen vigencia retroactiva, por el simple hecho de ser más favorables y, por tanto, tienen capacidad para regular un hecho del pasado, existiendo así, en ámbito penal, dos principios: el de irretroactividad de la ley penal y el de retroactividad de la ley penal favorable al reo<sup>50</sup>.

La finalidad de esta institución jurídica obedece o bien a razones humanitarias o de política criminal. Desde un punto de vista se puede sostener que el Estado, al dictar una nueva norma, ya no tiene interés en penar conductas anteriormente castigadas o en mantener una penalidad de mayor entidad, por lo que ha decidido cambiar el sentido de la norma en un sentido más favorable lo que da lugar a que los supuestos

---

<sup>46</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 129.

<sup>47</sup> VALERO FERNÁNDEZ, C.Y. *El problema de la retroactividad...*, p. 186.

<sup>48</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 138.

<sup>49</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, pp. 141-142.

<sup>50</sup> VALERO FERNÁNDEZ, C.Y. *El problema de la retroactividad...*, p. 186.

de hecho realizados con anterioridad se beneficien de esta nueva orientación de la política legislativa y criminal<sup>51</sup>.

### **3.1. Dimensión constitucional y penal**

En nuestra Constitución no existe ningún precepto que establezca la retroactividad “in bonus”, es decir, la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras más favorables. Es el tribunal Constitucional el que la viene contemplando, por la interpretación “sensu contrario” del artículo 9.3, matizando que esta aplicación no se refiere a cualquier tipo de normas, sino sólo a aquellas “de contenido más benéfico, de naturaleza sancionatoria”<sup>52</sup>. Si que se contempla en el Código Penal, más concretamente en el artículo 2.2 que establece que “tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo.” Esta disposición es completamente compatible con nuestra Constitución ya que, como hemos dicho, en ella se contempla únicamente la prohibición de normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, haciendo posible, en este caso, la retroactividad de la norma más favorable.

Por lo tanto, llegados a este punto, hemos de distinguir entre garantías constitucionales y garantías legales. Respecto de las primeras, es evidente que deben estar contempladas en la propia Constitución y se impondrán a todos los poderes públicos a tenor de los artículos 9.1 y 53.1 de este mismo cuerpo legal, lo que conlleva que rigen tanto para jueces como legisladores. En este sentido, el principio de prohibición de retroactividad que hemos visto anteriormente se conforma como una garantía constitucional por lo que tanto los órganos llamados a crear leyes como los llamados a aplicarlas deben respetarlo, además, no podrá ser modificado más que en la forma prevista por la Constitución y su vulneración podrá ser protegida mediante el recurso de amparo en virtud de los artículos 53.2 y 161.1 b) de la Constitución<sup>53</sup>.

En segundo lugar, encontramos las garantías legales, estas garantías es lógico que deben estar comprendidas en los diferentes códigos y cuerpos legales. Al contrario de lo que se pueda pensar, estas deben tener el mismo alcance que las previstas en

---

<sup>51</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 129.

<sup>52</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, pp. 129-130.

<sup>53</sup> 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, Tomo 65, 2012, p. 93.

la Constitución, no obstante, estas si que están disponibles para el legislador, pudiendo este modificarlas, cambiarlas o ampliarlas. En este caso, hablamos del principio de retroactividad favorable al reo como una garantía de esta naturaleza y es por esta razón, que se viene discutiendo, como veremos más adelante, si la vulneración de esta garantía puede estar protegida por el recurso de amparo o no.

### **3.2. Dimensión jurisprudencial y doctrinal**

El Tribunal Constitucional determina, que la retroactividad es contraria a la constitución sólo cuando afecte a disposiciones sancionadoras que restrinjan derechos individuales<sup>54</sup>, por tanto, se deja al margen la retroactividad favorable. No obstante, tradicionalmente este tribunal ha negado que tal garantía esté incluida en el artículo 25.1 de la Constitución, aunque tal doctrina podría cambiar, pues siempre ha venido acompañada de votos particulares<sup>55</sup>.

Existe varias posturas frente a la retroactividad “in bonus”, una parte del sector entiende que su fundamento descansa en razones de estricta justicia. Este argumento se basa en que, si la ley posterior expresa mejor las pautas y convicciones del momento actual, parece inicuo aplicar al reo una ley anterior que no responde ya a éstas solo porque era la ley en vigor en el anterior momento de ejecución de los hechos. Otros, simplemente, argumentan que carecería de utilidad e interés seguir aplicando una ley ya derogada más severa<sup>56</sup>.

Sin embargo, se han desarrollado algunos planteamientos que asocian el principio de retroactividad favorable al principio de proporcionalidad, sobre este tema, LASCURÁIN<sup>57</sup> insiste en que no hay razón para la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable cuando la aplicación de la norma anterior, vigente en el momento de la comisión delictiva, no revele atisbo alguno de desproporción. Por tanto, será necesaria una operación de contextualizar el hecho delictivo en las coordenadas temporales en las que se cometió, circunstanciado con todos los elementos relevantes concurrentes y analizar comparativamente cómo se castigaba anteriormente y qué reproche penal recibiría en la actualidad, limitándose la modificación, en palabras de SILVA SÁNCHEZ, “a contemplarlo desde la perspectiva

---

<sup>54</sup> IGLESIAS RÍO, M.A. *Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del código penal*. Revista jurídica de Castilla y León. Nº 6, mayo de 2005, p. 26.

<sup>55</sup> CUERDA RIEZU, A. *Garantías constitucionales y garantías legales...*, p. 94.

<sup>56</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, pp. 129-130.

<sup>57</sup> LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A. *Sobre la retroactividad penal favorable*, Madrid: Civitas, 2000, p. 31 y ss.

del fin de protección de la norma tal como ésta ha quedado configurada tras la reforma<sup>58</sup>.

### **3.3. Fundamento de la retroactividad favorable al reo**

Como hemos visto a lo largo del presente texto, la prohibición de retroactividad se ampara en la Constitución, sin embargo, la aplicación retroactiva de la norma más favorable únicamente se prevé en el código penal, más concretamente, en el artículo 2.2. Esto ha causado que, desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 se ha vuelto a debatir sobre el fundamento de la retroactividad “in bonus” y de si cabe, o no cabe, interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional si se desconoce o vulnera este principio.

En opinión de CUERDA RIEZU, las garantías legales no previstas en la Constitución merecen un respaldo indirecto de la Constitución, a través del artículo 25.1 de la Constitución, pues ellas también forman parte de la ley penal. En el caso de la retroactividad favorable al reo, este autor argumenta que si el tribunal selecciona incorrectamente el tipo aplicable conforme a esa norma de colisión, infringe el principio de tipicidad y el de legalidad penal. Y en este caso, tales principios sí que están tutelados constitucionalmente por el artículo 25.1 de la Constitución<sup>59</sup>.

Por otro lado, la jurisprudencia reconoció la vigencia y origen constitucional de este principio, pese a no haber sido reconocido siquiera para el ámbito penal, a partir de una interpretación a sensu contrario del artículo 9.3 de la Constitución, el cual prohíbe la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos. Así, se interpreto esta norma no sólo como una habilitación para que una ley dispusiera la aplicación retroactiva de las normas favorables, sino como un reconocimiento implícito de dicha aplicación retroactiva, incluso si no estuviera prevista en la ley<sup>60</sup>.

En cuanto a su naturaleza, algunos autores como CUERDA RIEZU afirman que es de naturaleza humanitaria, o, de “pietatis causa”. Es decir, es el legislador el que, en un acto bondadoso y humanitario decide aplicar la retroactividad favorable al reo, ya que, para este autor, el legislador español ordinario es libre de consagrar el principio

---

<sup>58</sup> Citado en IGLESIAS RÍO, M.A. *Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad...*, p. 21.

<sup>59</sup> CUERDA RIEZU, A. *Garantías constitucionales y garantías legales...*, p. 95.

<sup>60</sup> BACA ONETO, V.S. *La retroactividad favorable en derecho administrativo sancionador*. Universidad de Piura. Revista de derecho, N° 69, 2016, pp. 29 y 30.

de aplicación retroactiva de las leyes favorables al reo o de no hacerlo. Esta tesis, además, estaría reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>61</sup>.

La posición antagónica a la tesis anterior es la de CUELLO CONTRERAS, en este caso el autor entiende que la ley no sólo beneficia al reo sino que además expresa un cambio en las valoraciones jurídicas del legislador respecto al comportamiento punible concreto, razón por la que sería injusto aplicar una pena que ya no convence en el momento en que debe imponerse<sup>62</sup>. La idea de esta tesis es que si se sustituye una ley por otra es por que la anterior ya no cumple con las valoraciones jurídicas del momento y que por tanto ya no cumple con su finalidad, en cambio, la ley posterior se adapta mejor a los tiempos sociales del momento y es por esa razón por la que se aplica retroactivamente.

### **3.4. Alcance de la retroactividad favorable**

Como ya se ha mencionado anteriormente, la retroactividad “in bonus” no se limita solamente a las normas penales, sino que se extiende también a aquellas disposiciones sancionadoras más favorables de naturaleza administrativa. La retroactividad favorable se extiende a sentencias firmes y a la “cosa juzgada”, además, según SUÁREZ COLLÍA la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no es una cuestión exclusiva del derecho sustantivo o material ordinario sino que alcanza rango y categoría constitucional por aplicación de lo dispuesto en los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución, así como en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977, y el artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, cuyas disposiciones forman parte de nuestro ordenamiento jurídico al haber sido debidamente ratificadas por España<sup>63</sup>. Por otro lado, la retroactividad favorable no sólo alcanza a los preceptos que establecen el tipo delictivo y su sanción, sino también a aquéllos que regulan las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y que pudieran dar lugar a un resultado más beneficioso<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> CUERDA RIEZU, A. *La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad en clave constitucional*. En: *La Declaración Universal de los derechos Humanos en su 50 aniversario* (dir. Manuel Balado – J. Antonio García Requeiro, coordinada por María José de la Fuente y de la Calle). Barcelona: Bosch, 1998, p. 287.

<sup>62</sup> CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal español*. Madrid: Dykinson, 2002, pp. 246-247.

<sup>63</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 138.

<sup>64</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 144.

## 4. Problemas prácticos de retroactividad favorable

Llegados a este punto ya conocemos, en gran medida, la teoría en relación al principio de retroactividad, principio de irretroactividad y principio de retroactividad favorable al reo. Ahora nos preguntamos qué posibles problemas y controversias se pueden desprender de la aplicación del principio de retroactividad favorable teniendo en cuenta que la norma general es que la ley aplicable debe ser la vigente en el momento de comisión de los hechos delictivos en virtud del artículo 7 del Código Penal. Únicamente se aplicará retroactivamente una norma diferente a la vigente en el momento de la acción u omisión delictiva cuando resulta más favorable para el reo.

### 4.1. ¿Cuál es la pena más favorable?

La primera pregunta que debemos responder es la siguiente: ¿cuál es la pena más favorable? En un primer momento nos pueden asaltar diversas respuestas, entre ellas podrían figurar “la pena que decida el legislador”, “el juez” o incluso “la pena que escoja el reo”. En este sentido, la STC 20/2003 de 10 de febrero, establece que para determinar cuál es la ley penal más favorable al reo y por tanto, la pena más favorable para este han de ser comparados no sólo los marcos penales, sino la totalidad de las previsiones de una y otra ley, teniendo en cuenta tanto los sustitutivos penales como los beneficios penitenciarios aplicables al caso.

Tal como señala MIGUEL ÁNGEL IGLESIAS RÍO, la determinación de la ley más favorable no podrá ser el fruto de una comparación “abstracta” de los tipos y de las amenazas penales, sino que lo decisivo es la ley que, en el “caso concreto”, permita imponer la menor condena posible, para lo que habrá de tenerse en cuenta la regulación legal global relevante con respecto al hecho concreto, como pueden ser las modificaciones para la suspensión condicional de la pena, el acceso al régimen abierto y a la libertad condicional o los sustitutivos penales<sup>65</sup>.

En ocasiones puede llegar a ser complicado determinar la pena más favorable para el reo, ya que la esta no se limita al “quantum”, sino que, como acabamos de mencionar, también encontramos regulación en relación al acceso a la suspensión condicional de la pena, régimen abierto, sustitutivos penales, etc., es decir, encontramos penas de diversa naturaleza. En palabras de SUÁREZ COLLIA, cuando las leyes establecen penas de la misma naturaleza no resulta problemática la

---

<sup>65</sup> IGLESIAS RÍO, M.A. *Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad...*, p. 26.

determinación de la Ley más favorable, [...] pero cuando se establecen penas de distinta naturaleza pueden existir diferentes criterios y aunque parezca más favorable la Ley que establece penas pecuniarias o de destierro que la que señala penas privativas de libertad, en determinados casos y para determinadas personas, pudiera no ser así<sup>66</sup>.

Por esta razón, el artículo 33 del Código Penal que clasifica las penas según su gravedad, no es suficiente para determinar la menos grave, un ejemplo de esta situación es el siguiente: “en abstracto, al prisión es una pena de mayor gravedad que la pena de multa, no obstante, el reo puede pasar por una época de escasez económica y el impago de multa puede sustituirse por una responsabilidad penal subsidiaria, que puede cumplirse mediante trabajos en beneficio de la comunidad, según el art. 53.1 y 2, y además una pena de prisión menos grave (3 meses a 2 años) puede beneficiarse de la suspensión de la ejecución de la pena (art. 80 y ss.)”<sup>67</sup>. Por esta razón la opinión del condenado puede llegar a ser determinante para que el juez pueda imponer la pena de prisión más benévola.

No obstante, se discute en la doctrina si el dictamen sobre el carácter favorable o desfavorable de una ley para el reo es un juicio vinculado al caso concreto o un acto de valoración general del Derecho<sup>68</sup>. En mi opinión, entiendo que el carácter más o menos favorable de una ley obedece a un criterio subjetivo y, por tanto, a un análisis individualizado del caso en concreto y de la situación del reo. Tal y como argumenta SÁNCHEZ COLLÍA, la finalidad de la retroactividad “in bonus”, no es elegir la ley objetivamente más favorable (entonces no tendría sentido un trámite de audiencia del reo, “preceptivo”) sino la ley más favorable al reo (como dispone el propio artículo 2.2: “las leyes que favorezcan al reo”)<sup>69</sup>.

Por otro lado, el artículo 2.2 del Código Penal contempla que, “en caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo”, sin embargo, la disposición transitoria 2ª de la LO 15/3003 establece: “en todo caso, será oído el reo”, por lo tanto, el reo será oído siempre, no sólo en caso de duda. Se ha de tener en cuenta que la opinión del condenado no es vinculante y que en todo caso la decisión final recae siempre sobre el Juez<sup>70</sup>.

En virtud de los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 117 de la Constitución podemos afirmar que, aunque la decisión del reo pueda ser determinante como señala el artículo 2.2 del Código Penal, la elección de la pena

---

<sup>66</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 141.

<sup>67</sup> IGLESIAS RÍO, M.A. *Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad...*, p. 27.

<sup>68</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 141.

<sup>69</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 142.

<sup>70</sup> Circular 1/2004, sobre régimen transitorio aplicable a la reforma 15/2003, de la FGE.

más favorable para este la realizan los jueces, ya que son estos los únicos competentes para administrar la justicia juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Será posible aplicar la pena más favorable desde el momento de la entrada en vigor de la nueva norma en virtud del artículo 2.2 del Código penal y de la Disposición transitoria primera de este mismo texto legal.

#### **4.2. La determinación de la pena “en bloque”**

Se ha visto como el reo puede beneficiarse retroactivamente de la ley más beneficiosa, sin embargo, se puede llegar a considerar la posibilidad de que el reo pueda beneficiarse de los aspectos más favorables de ambas leyes, es decir, de la ley anterior y posterior, simultáneamente. Imaginemos la siguiente situación en relación a la redención de penas por el trabajo: en el código penal de 1973 era posible disminuir la pena efectiva mediante, en este caso, el trabajo, sin embargo, con la llegada del código penal de 1995 la redención de penas fue suprimida. En el caso de que el condenado se viese beneficiado por la nueva ley, por ejemplo, por establecerse en ella una pena inferior, no sería posible combinar los beneficios de la ley posterior (pena inferior) con los de la anterior (redención de pena por el trabajo).

Para respaldar lo anteriormente mencionado debemos acudir al Código Penal, más concretamente, a la disposición transitoria segunda, la cual establece lo siguiente: “Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado, con aplicación de las normas completas de uno u otro Código”. Por tanto, podemos afirmar que la aplicación de la ley tiene que ser “en bloque” o, también llamado, “in totum”. En relación con este tema la doctrina, mayoritariamente, se ha pronunciado a favor de la aplicación “in totum” de la ley más favorable. No obstante, podemos encontrar autores como CUELLO CONTRERAS y SERRANO BUTRAGUEÑO que mantienen la tesis contraria<sup>71</sup>.

Según CUELLO CONTRERAS, la disposición transitoria segunda que hemos mencionado anteriormente no impide la opción de aplicar simultáneamente la ley anterior y la posterior, por ejemplo, el presupuesto de hecho de la ley anterior, y la consecuencia jurídica de la nueva, si esta amplía el ámbito de la punible, pero por contrapartida, atenúa la pena. Sería el caso, entre otros, del delito de impago de pensiones (artículo 389 bis y artículo 227 del Código Penal, en redacciones de 1989 y 1995, respectivamente, ya que en su anterior redacción requería el impago de tres mensualidades consecutivas o seis no consecutivas, mientras en la nueva, basta con dos o cuatro mensualidades, respectivamente; pero, como lógica consecuencia,

---

<sup>71</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, pp. 148 y 149.

la pena se atenúa en la actual redacción, que sustituye la de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 de las antiguas pesetas por la de arresto fin de semana sin multa<sup>72</sup>.

Independientemente de las posturas antagónicas arriba mencionadas, todos los beneficios ya consolidados en el reo son inamovibles, con esto quiero decir que si el condenado a disminuido su pena mediante el trabajo en virtud del Código Penal anterior al de 1995, si posteriormente se plantea un problema de legislación más favorable por la entrada en vigor de la nueva ley, sea cual sea la ley que se acabe aplicando por ser la más beneficiosa, no podrá privarse al reo de aquellos beneficios adquiridos, por tanto este disfrutará de la pena disminuida, eso sí, sin posibilidad de reducirla aún más por la supresión de la redención de penas del nuevo código. Por tanto, tanto los días cumplidos como los días redimidos, sumados a la prisión provisional (si fuera el caso) constituyen el “patrimonio penitenciario” del recluso, el cual debe ser respetado en todo caso<sup>73</sup>.

#### **4.3. Ley penal aplicable y momento de la comisión del delito<sup>74</sup>**

El nuevo Código Penal fue publicado el día 24 de noviembre de 1995 y ha estado vigente desde el 24 de mayo de 1996. Como criterio general, está claro que todos aquellos delitos cometidos con fecha posterior al 24 de mayo de 1996 deberán ser enjuiciados por la nueva ley sin que sea posible la aplicación de las disposiciones del Código Penal derogado. No obstante, esto no resuelve la ley aplicable en casos de delitos permanentes, continuados, delitos de hábito y de tracto sucesivo.

En cuanto a los delitos permanentes serán de aplicación los criterios establecidos en el art. 132.1 del nuevo Código Penal, que, aunque se refieren a la prescripción del delito, son trasladables a esta cuestión. El delito se entenderá perpetrado bajo la vigencia del nuevo Código y se aplicarán sus disposiciones en todo caso, aunque pudieran ser más beneficiosas las del Código Penal derogado (sentencias de 7 de junio de 1988 o 21 diciembre de 1990)<sup>75</sup>.

En cuanto a los delitos continuados surgen diversas posibilidades: en primer lugar, si el nuevo código es más benigno para el reo se deberá aplicar en todo caso y se agrupará como un único delito continuado. Por lo contrario, si el nuevo código penal es más perjudicial se ha de entender que no será posible aplicar la nueva ley más

<sup>72</sup> SUÁREZ COLLÍA, J.M. *La retroactividad...*, p. 149.

<sup>73</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 643/1997, de 9 de mayo. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 414/1997, de 1 de abril.

<sup>74</sup> Circular 2/1996, sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores, de la FGE.

<sup>75</sup> *Ibíd.*

desfavorable a los hechos acaecidos durante la vigencia de la antigua legislación en virtud del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras y restrictivas de derechos. Tampoco parece recomendable aplicar a los nuevos hechos la ley más beneficiosa ya derogada, nos encontraríamos en este caso en un supuesto de ultra-actividad no consentido por la ley. Por tanto, para determinar la ley aplicable en delitos continuados se han establecido una serie de indicaciones para resolver cada caso de manera individualizada.

Si las acciones cometidas conforman un delito continuado y han tenido lugar durante la vigencia de la nueva norma más perjudicial, será esta la que deba aplicarse integrando en el único delito continuado también las acciones, una o varias, perpetradas con anterioridad. En el caso de que solo una de las acciones se haya perpetrado durante la vigencia de la nueva ley más gravosa se determinará la pena con arreglo al nuevo código penal, pero siempre será aquella que pudiere haberse aplicado también de conformidad con la ley derogada.

Por último, solo cuando el nuevo código penal no permita una pena inferior a ese máximo establecido por la ley derogada, será posible la ruptura de la continuidad delictiva, siempre y cuando la pena resultante no sea superior a la pena imponible al delito continuado con arreglo al nuevo Código Penal<sup>76</sup>. La problemática tanto en los delitos de hábito como en los delitos de varios actos y de tracto sucesivo es similar a la mencionada respecto del delito continuado, por tanto, los principios para su solución deberán ser los arriba descritos.

#### ***4.4. ¿Qué dice la jurisprudencia de la aplicación de la ley más favorable?***

Sabiendo lo que proclaman las leyes sobre la aplicación de la ley más favorable al reo, ahora, es necesario conocer el criterio de los jueces mediante un breve análisis de algunas sentencias que guardan relación con este tema. Para ello, es necesario dividir este punto según diversos criterios, se han seleccionado sentencias relacionadas con el tipo penal, la penalidad y con las medidas de seguridad entre otros.

##### **i. La norma penal más favorable en relación con el tipo penal**

STS (Sala 2ª) de 31 de octubre de 2001: se establece que ante un conflicto entre ultraactividad de la ley penal anterior e irretroactividad de la ley desfavorable posterior, deberá prevalecer este último principio. En el caso de

---

<sup>76</sup> *Ibíd.*

esta sentencia sobre un delito continuado de agresión sexual, será suficiente con que una de las actuaciones tipificadas como tal delito ocurriese bajo la ley anterior para que no pueda aplicarse la nueva ley. Por esta razón acusado tendrá que ser condenado por la ley precedente siempre y cuando esta sea más benigna.

STS (Sala 2ª) de 31 de octubre de 1997: establece que el proceso encaminado a determinar la ley más beneficiosa para el reo no puede realizarse de manera abstracta, sino que se deberá analizar el caso concreto. En virtud del artículo 2.2 del Código Penal se atenderá siempre a la ley penal que favorezca al reo y no a si la norma es más o menos benigna de manera abstracta. Por esta razón acudiremos al caso concreto y no tanto a la clasificación de penas que hace el artículo 33 del Código Penal.

STS (Sala 2ª) de 31 de marzo de 1997 y STS (Sala 2ª) de 22 de noviembre de 1996: establece que la ley más beneficiosa tendrá efectos aunque exista sentencia antes de entrar en vigor la nueva ley.

## **ii. La norma penal más favorable en relación con la penalidad**

STS (Sala 2ª) de 5 de febrero de 1998 y STS (Sala 2ª) de 23 de junio de 1997: la aplicación de la ley más favorable no da lugar a una nueva individualización de la pena que correspondería por la aplicación de la nueva ley. Sin embargo, en el supuesto en que la pena impuesta por sentencia firme fuese superior a la máxima que se impondría en virtud de la nueva ley, se consideraría dicha ley posterior como más benigna.

STS (Sala 2ª) de 6 de junio de 1997: establece que para determinar cual es la ley más favorable se tendrá en cuenta las leyes completas de uno u otro código. Por esta razón no podremos aprovecharnos de ambos códigos simultáneamente. Por ejemplo, no podremos escoger, por ser más beneficiosa, la penalidad de la nueva ley manteniendo los beneficios de la ley derogada.

Otras sentencias relacionadas con la pena más favorable en relación con la penalidad son la STS (Sala 2ª) de 9 de mayo de 1997 y la STS (Sala 2ª) de 18 de noviembre de 1996

### **iii. La norma penal más favorable en relación con las medidas de seguridad**

STS (Sala 2ª) de 9 de junio de 1998: en relación a las medidas de seguridad o medidas cautelares encontramos esta sentencia la cual entiende que el artículo 2.2 del Código Penal no se limita únicamente a las penas, por tanto puede extenderse también a las medidas cautelares o a toda ley penal más favorable para el reo.

### **iv. ¿Cuál es el órgano competente para determinar la pena?**

Hasta el momento hemos visto como son los jueces los encargados de determinar la pena más favorable al reo, pudiendo ser la opinión de este determinante pero no vinculante. Las sentencias que se verán a continuación aclaran qué órgano es el competente para tal menester.

STS (Sala 2ª) de 27 de septiembre de 2002: es la disposición transitoria 5ª del Código penal de 1995 la que explícitamente encarga la tarea de revisión de las penas a los tribunales sentenciadores. Dicha sentencia aclara que no se obliga a acordar la revisión, sino a comparar la normativa, y aplicar la ley más favorable.

STS (Sala 2ª) de 12 de junio de 1997: establece que será el tribunal de instancia el encargado de aplicar el nuevo Código Penal como norma más favorable, será necesario oír al condenado.

### **v. Revisión de sentencias firmes y aplicación de la ley más favorable**

STS (Sala 2ª) de 23 de septiembre de 1999: Cuando una la sentencia es firme no puede ser revisada excepto en casos concretos. Uno de estos casos es la existencia de una ley más favorable y su aplicación retroactiva (artículos 9.3 de la Constitución y 2.2 del Código Penal) al interpretar que las nuevas penas constituyen una respuesta más adecuada y suficiente a la comisión de, en este caso, un delito de tráfico de drogas.

STS (Sala 2ª) de 3 de marzo de 1998: el principio de retroactividad de la ley penal más favorable puede conllevar a la revisión de una sentencia ya firme, en la cual se valorarán aquellos derechos de los condenados de los cuales no pueden ser privados. Por tanto, aquellos derechos ya consolidados del reo no

podrán ser vulnerados por la entrada en vigor de una nueva ley, sin embargo, sí podrán beneficiarse de ella si fuera el caso.

#### **vi. Trámite de audiencia al reo**

STS (Sala 2ª) de 22 de mayo de 2000: Como hemos visto anteriormente, existe obligación de oír al reo en virtud de la disposición transitoria 2ª del Código Penal, por esta razón debe producirse el trámite de audiencia. La disposición transitoria 4ª establece que se deberá dar traslado al Ministerio Fiscal para que informe sobre si procede revisar la sentencia y los términos en que debiere hacerse y, posteriormente, deberá ser oído el reo notificándole los términos de la revisión propuesta.

## **5. La retroactividad en relación a la pena de prisión permanente revisable**

Hemos alcanzado el último punto de este trabajo en el cual intentaremos relacionar todo lo visto hasta el momento para dar respuesta a nuestra hipótesis. Trataremos de argumentar si es posible o no aplicar retroactivamente la pena de prisión permanente revisable y si esta puede llegar a ser una pena más favorable para el reo. Para ello, y antes de resolver nuestra cuestión, debemos abordar y definir ciertos aspectos de naturaleza penitenciaria que han ido manifestándose a lo largo del trabajo y que ahora trataremos con más profundidad. En primer lugar, indagaremos sobre la naturaleza de las leyes penitenciales para razonar si es posible o no su aplicación favorable retroactiva. Por otro lado, definiremos cuáles son los beneficios y permisos penitenciarios, en que consisten y cuando el reo puede beneficiarse de ellos; y, por último, intentaremos dar respuesta a nuestra cuestión.

### **5.1. Naturaleza de las leyes penitenciales**

Las normas penitenciales están recogidas en la Ley General Penitenciaria, en el Reglamento Penitenciario e incluso en el Código Penal. Como ya se ha mencionado anteriormente, una labor poco precisa del legislador español a llevado a la inclusión de leyes de naturaleza penitenciaria en el código penal las cuales no tienen nada

que ver con el castigo en sí, sino más bien con como debe cumplirse la pena. Estas disposiciones de naturaleza penitenciaria que podemos encontrar en el Código Penal son las siguientes: artículo 36.1, 2 y 3 referente a las penas privativas de libertad, el artículo 78 y 78 bis en referencia a las reglas especiales para la aplicación de las penas, artículo 89 referente a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y el artículo 90 y 92 sobre la libertad condicional.

No debemos caer en la tentación de afirmar que estas leyes, aun estando comprendidas en el Código Penal sean leyes penales, sino que deben incluirse en el grupo de leyes penitenciales. Otra cosa clara es que las leyes penitenciarias, aunque estén estrechamente relacionadas con las penales no se pueden considerar como tal y es por esta razón que debemos preguntarnos si es posible que se pueda aplicar la retroactividad favorable.

Si atendemos a la literalidad del artículo 2.2 del Código Penal, la retroactividad favorable solo sería posible en el caso de tratarse de una ley penal, no obstante, existen otros criterios interpretativos además del elemento gramatical, como por ejemplo: el elemento teleológico (basado en la finalidad de la norma, criterio realmente necesario ya que las normas deben ser un instrumento al servicio de la justicia y no un fin en sí mismas) o el elemento sociológico (atiende a diversos factores ideológicos, morales y económicos que perfilan las necesidades de una comunidad determinada en un momento histórico concreto).

Teniendo en cuenta que las leyes penitenciales, como todo nuestro ordenamiento jurídico, están regidas por el principio de legalidad y que no deja de señalarse la necesidad de irretroactividad en las normas de ejecución, no es descabellado afirmar que el principio de retroactividad favorable pueda extenderse a las normas de naturaleza penitenciaria. Si atendemos a la interpretación teleológica y sociológica del artículo 2.2 del Código Penal, descubrimos una cierta tendencia a aplicar aquellas disposiciones que puedan ser favorables al reo de manera retroactiva sin importar su naturaleza.

Por otro lado, se ha tener en cuenta que la pena no es solamente un “quantum” (un número de años de prisión o una pena de multa), en mi opinión esta se compone de otros aspectos igualmente importantes de naturaleza penitenciaria que cambiarán el modo de cumplir dicha pena. Por esta razón, una disposición penitenciaria más favorable aplicada retroactivamente puede injerir tangencialmente en la pena, por ejemplo, puede afectar directamente a la duración efectiva de esta, lo que claramente es más beneficioso para el reo.

## **5.2. Beneficios y permisos penitenciarios**

Se entiende por beneficios penitenciarios todas aquellas medidas que impliquen un acortamiento o reducción de la duración de la condena o del tiempo efectivo del internamiento del penado, en sentido estricto, son los instrumentos que permiten al recluso que está en prisión alcanzar la libertad antes de que haya transcurrido la totalidad de la condena impuesta. En la actualidad los beneficios penitenciarios han dejado de ser efectivos y, a consecuencia, ya no es posible la reducción o el acortamiento de la duración de la pena efectiva. En la actualidad, dicha reducción solo es posible mediante el indulto, si bien, con anterioridad sí que era posible la reducción de condena por el trabajo. Por esta razón, actualmente los beneficios penitenciarios no producen un acortamiento de la condena sino que afectan a las condiciones de su ejecución mediante la libertad condicional y el tercer grado y, en menor medida, con los permisos de salida<sup>77</sup>.

El término de beneficio penitenciario aparece por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956 refiriéndose a la redención de penas por razón del trabajo, más concretamente, lo hayamos en los artículos 65 a 73. Posteriormente, se hizo una breve referencia a dicha institución jurídica en la Ley Orgánica General Penitenciaria en el artículo 29.1, no obstante, seguía sin existir regulación ni una definición adecuada. El Reglamento Penitenciario de 1981 tampoco solucionó enteramente el problema, seguía sin definirse el concepto de beneficio penitenciario, sin embargo, este reglamento incluyó un Título VI, dedicado exclusivamente a ellos, considerando como tales el adelantamiento de la libertad condicional y la solicitud de un indulto particular. No sería hasta el Reglamento Penitenciario de 1996, que entró en vigor al mismo tiempo que el nuevo Código Penal, cuando se dio una definición expresa de beneficio penitenciarios en su artículo 202. Según este, se entenderá por beneficios penitenciarios aquellas medidas que permitan la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento. Según esta definición tanto las instituciones que permiten el acortamiento de la condena como las que reducen el tiempo efectivo de cumplimiento o internamiento son beneficios penitenciarios<sup>78</sup>.

En cuanto a los permisos penitenciarios o permisos de salida ordinarios son concebidos en la legislación penitenciaria como un instrumento idóneo para la

---

<sup>77</sup> FUENTES OSORIO, J. L. *Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida*. En: *Comentario a la reforma penal del 2015*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 125-126.

<sup>78</sup> GALLEGO DIAZ, M. *Los beneficios penitenciarios y el tratamiento*. Anuario de Derecho Penal, vol. LXIV, 2011, pp. 254-256.

preparación a la vida en libertad. Facilitan la reinserción, reducen los efectos negativos del encarcelamiento prolongado, y favorecen los vínculos familiares y sociales. Son, por tanto, un elemento esencial del tratamiento penitenciario. Los internos clasificados en 2º grado pueden llegar a disfrutar de un total de 36 días al año y los clasificados en 3º grado de 48, siendo 7 días el tope máximo de duración de cada permiso. Este tipo de permiso no acorta la pena ni tampoco reduce el tiempo efectivo de internamiento pero brinda al reo la posibilidad de ausentarse de las instalaciones penitenciarias unas días determinados al año<sup>79</sup>.

### **5.3. Acceso al tercer grado, a los permisos penitenciarios y a la libertad condicional**

En virtud del artículo 72.1 de la LOGP, el régimen penitenciario español y sus penas privativas de libertad se ejecutan mediante un “sistema de individualización científica separado en grados”, que permite la progresión o regresión individual. Esto significa que según el comportamiento y la evolución del reo durante el tiempo de condena podrá ser clasificado en un grado o en otro, es importante tener en cuenta que ningún grado ni clasificación es definitivo, el grado asignado a un interno o interna es revisado por la Junta de Tratamiento cada seis meses, y en el caso del primer grado, cada tres meses<sup>80</sup>.

No obstante, el sistema o clasificación en grados supone una importante modificación del sistema progresivo clásico caracterizándose por una gran flexibilidad. Este nuevo sistema permite que el reo pueda acceder a cualquier grado o clasificación desde el primer momento excepto el de libertad condicional, a partir de este momento la progresión o regresión de grados se determinará en base a la evolución del interno o interna durante su internamiento. Esta clasificación en grados permite una mayor individualización de la pena pudiéndose asignar el régimen penitenciario más adecuado para el reo.

Existen tres grados de clasificación, el primer grado es el régimen donde las medidas de control y seguridad son más restrictivas, también denominado régimen cerrado. Tal como indica el artículo 89 del Reglamento Penitenciario el régimen cerrado será de aplicación a aquellos penados que, bien inicialmente, bien por una involución en su personalidad o conducta, sean clasificados en primer grado por

---

<sup>79</sup> Permisos ordinarios. Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, Ministerio del Interior, Gobierno de España. Copyright 2015. [Consulta: 30 agosto 2019]. Disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/salidasExterior/permisosOrd.html>

<sup>80</sup> Progresión y regresión de grado. Ministerio del Interior, Gobierno de España. Copyright 2015 [consulta: 30 agosto 2019]. Disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/clasificacion/cambioGrado.html>

tratarse de internos extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados a los regímenes ordinario y abierto. Como ya se ha mencionado, este es el grado más restrictivo, los presos clasificados en él ven limitadas las actividades en común con otros presos, son sometidos a un mayor control y vigilancia teniendo que acatar cuantas medidas de seguridad, orden y disciplina elabore el Consejo de Dirección. Por otro lado, no hace falta decir que los internos o internas clasificados en el primer grado o régimen cerrado no pueden acceder a ningún tipo de beneficio o permiso penitenciario de salida ordinario, se ha de tener en cuenta que este grado es exclusivamente para aquellos presos de peligrosidad extrema, agresivos o, en definitiva, para aquellos con una conducta hostil, por esta razón, no tendría sentido combinar un régimen cerrado con permisos penitenciarios<sup>81</sup>.

El segundo grado se corresponde con el régimen ordinario reservado a la mayoría de los internos o internas, se clasifica en él aquellos penados en quienes concurren circunstancias personales y penitenciarias compatibles con una normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento, en semilibertad. Aquellos internos o internas en régimen ordinario gozan de permisos penitenciarios ordinarios de salida, como ya se ha mencionado, estos pueden disfrutar de un total de 36 días al año. Este tipo de permisos son realmente importantes para el condenado ya que le permite salir del centro penitenciario para pasar tiempo en el exterior favoreciendo los vínculos familiares y sociales y, facilitando la reinserción<sup>82</sup>.

El tercer grado coincide con el régimen abierto en cualquiera de sus modalidades, este se aplica a aquellos internos o internas que, debido a sus circunstancias personales y penitenciarias o a su favorable evolución, estén capacitados para llevar un régimen de semilibertad. Para poder acceder al tercer grado o régimen de semilibertad es necesario tener en cuenta que, el juez podrá ordenar que la clasificación en el tercer grado no se realice hasta haber cumplido la mitad de la condena, en todo caso, si la pena es superior a 5 años y se trata de los delitos enumerados en el artículo 36.2 del Código Penal, la clasificación en tercer grado no podrá realizarse hasta el cumplimiento de la mitad de la condena.

Por otro lado, para poder ser clasificado en el tercer grado será indispensable haber abonado la responsabilidad civil derivada del delito si fuera el caso, esto es un nuevo requisito introducido por la modificación de la Ley Orgánica 7/2003. Para valorar este requisito se tienen en consideración, según la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, los siguientes aspectos:

---

<sup>81</sup> El sistema de grados. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Ministerio del Interior, Gobierno de España. Copyright 2015 [Consulta: 30 agosto 2019]. Disponible en:

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/clasificacion/sistemaGrados.html>

<sup>82</sup> *Ibíd.*

- La conducta observable del interno o interna para restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales.
- Las condiciones personales y patrimoniales del culpable para satisfacer dicha responsabilidad.
- Las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura.
- La estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito.
- La naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito.

Para concluir, es necesario recordar que, en virtud del artículo 72.3 de la Ley General Penitenciaria cualquier preso puede ser clasificado inicialmente en el tercer grado sin necesidad de pasar por los grados anteriores, siempre y cuando el interno o interna esté en condiciones para ello, este podrá ser clasificado en un grado superior excepto en el régimen de libertad condicional<sup>83</sup>.

En relación al acceso a los permisos penitenciarios ordinarios existen diversos requisitos que el interno o interna deben cumplir:

- De carácter objetivo:
  - o Estar clasificado en 2º o 3º grado de tratamiento.
  - o Tener la cuarta parte de la condena cumplida.
  - o No observar mala conducta.
  - o Informe preceptivo del Equipo Técnico (no vinculante).
- De carácter subjetivo:
  - o Que no resulte probable el quebrantamiento de condena.
  - o Que no sea previsible la comisión de nuevos delitos.
  - o Que el permiso pueda tener una repercusión negativa en el programa individualizado de tratamiento.

Como se ha mencionado anteriormente, los internos o internas, mediante estos permisos, pueden disfrutar de varios días fuera de las instalaciones penitenciarias, 36 días al año en el caso de los presos clasificados en segundo grado y 48 días en

---

<sup>83</sup> *Ibíd.*

el caso de aquellos clasificados en tercer grado, siendo 7 días el tope máximo de duración de cada permiso<sup>84</sup>.

Por último, debemos hablar de la libertad condicional la cual se considera un beneficio penitenciario, tal y como se ha mencionado anteriormente, ya que se considera un instrumento que permite al recluso que está en prisión alcanzar la libertad antes de que haya transcurrido la totalidad de la condena impuesta. La libertad condicional está regulada en el Código Penal, en los artículos 90 y s.s. y en el Reglamento Penitenciario, artículos 192 y s.s. En virtud del artículo 192 del Reglamento Penitenciario “los penados clasificados en tercer grado que reúnan los demás requisitos establecidos al efecto en el Código Penal cumplirán el resto de su condena en situación de libertad condicional, conforme a lo dispuesto en dicho código.”, esta disposición nos traslada automáticamente al artículo 90 del Código Penal el cual establece los requisitos necesarios para que el juez de vigilancia penitenciaria acuerde la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión concediendo así la libertad condicional al penado. Estos requisitos son los siguientes:

- Que se encuentre clasificado en tercer grado.
- Que haya extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta.
- Que se haya observado buena conducta por parte del preso.

En virtud de estos requisitos se puede observar que es necesario que el interno o interna haya sido clasificado en tercer grado lo que conlleva que también haya satisfecho la responsabilidad civil derivada de delito si fuera el caso, además, será necesario que haya cumplido las tres cuartas partes de su condena impuesta, este es un punto muy interesante ya que dicho cumplimiento no se realiza sobre la pena efectiva sino sobre la totalidad de condena lo que puede causar que para algunos presos la institución de la libertad condicional quede vacía de contenido, no obstante, este punto se abordará más adelante.

El artículo 90.2 establece otros requisitos los cuales permiten alcanzar la libertad condicional con una mayor celeridad que en el artículo anterior:

- Que hayan extinguido dos terceras partes de su condena.
- Que durante el cumplimiento de su pena hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado

---

<sup>84</sup> Permisos ordinarios. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Ministerio del Interior, Gobierno de España. Copyright 2015. [Consulta: 30 agosto 2019]. Disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/salidasExterior/permisosOrd.html>

una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.

- Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado anterior, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena.

Esta disposición establece básicamente los mismos requisitos que la anterior pero, en este caso, permite al reo acceder a la libertad condicional habiendo cumplido únicamente las dos terceras partes de su condena a cambio de cumplir con el artículo 90.2 b) referente a haber realizado algún tipo de actividad laboral, cultural o ocupacional. Por último, el artículo 90 en su punto número 3 establece unos requisitos excepcionales que son los siguientes:

- Que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión y que ésta no supere los tres años de duración.
- Que hayan extinguido la mitad de su condena.
- Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado 1, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena, así como el regulado en la letra b) del apartado anterior.

Por otro lado, el artículo 92 del Código Penal determina los requisitos necesarios para que el tribunal pueda acordar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable:

- Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo, el cual establece mínimos de cumplimiento diferentes para casos concretos.
- Que se encuentre clasificado en tercer grado.
- Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito [...] la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

En virtud del artículo 92 hemos podido observar como los presos condenados a pena de prisión permanente revisable también pueden acceder a la libertad condicional, por otro lado, estos también pueden gozar de permisos penitenciarios

ya que no existe ninguna disposición que diga lo contrario, no obstante, existen algunos casos en que los internos e internas no podrán acceder ni a estos permisos penitenciarios ni tampoco a la libertad condicional. Esta situación se da en virtud del artículo 78 del Código Penal el cual establece lo siguiente “ Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.”, esto significa que aquellos presos, que por los delitos cometidos, alcancen penas de cien, doscientos o incluso condenas más elevadas fácticamente no puedan acceder a estos beneficios y permisos penitenciarios ya que nunca podrán llegar a cumplir, por ejemplo, siete octavos de una condena total de 200 años, como podría suceder en virtud del artículo 78.2 b), es decir, el preso debería cumplir 175 años de condena para poder acceder a la libertad condicional.

#### ***5.4. La prisión permanente revisable: ¿una pena más favorable?***

Llegados a este punto es momento de empezar a relacionar los diferentes conceptos que se han ido explicando a lo largo del trabajo y de dar respuesta a la pregunta ¿es posible aplicar la pena de prisión permanente revisable a un condenado en virtud de la retroactividad favorable? Esta idea requeriría que el propio condenado presentase una petición para que se le aplicara en sustitución de su actual condena al haberse observado que la ley en relación a la prisión permanente revisable le favorece más que la ley que se le aplicó en el momento de comisión del delito. Hemos de tener en cuenta que la prisión permanente revisable se considera la máxima pena privativa de libertad, no obstante, en virtud del artículo 92 del código penal, y como ya se ha comentado anteriormente, los presos podrán acceder a la libertad condicional al cumplir 25 años de condena y, según el artículo 36 de este mismo código los condenados podrán acceder al tercer grado al cumplir veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del libro II de este Código, y quince años de prisión efectiva en el resto de los casos, además, este mismo artículo establece que en estos supuestos, el penado disfrutara de permisos de salida al cumplir un mínimo de 12 y ocho años de prisión respectivamente. Por tanto aquellos condenados a pena de prisión permanente revisable podrán acceder a la libertad condicional, al tercer grado y a los permisos penitenciarios, en este caso, la parte negativa es que la condena no tiene un límite máximo de duración, el artículo 92 del Código Penal regula la revisión de la

pena, estableciendo un doble régimen, se realizará una revisión de oficio cuando se hayan cumplido de 25 a 35 años de condena, el tribunal revisará de oficio cada dos años si se debe mantener al preso en prisión. El procedimiento de revisión también se podrá solicitar a instancia de parte, si dicho proceso terminase con la desestimación de la petición, entonces no podrán iniciarse nuevas solicitudes en el plazo de un año.

Ahora debemos preguntarnos que tipo de condenas tienen aquellos presos con delitos cometidos compatibles con la pena de prisión permanente revisable y que fueron condenados antes de su entrada en vigor. Para ello debemos tener en cuenta en que casos se puede imponer esta pena:

- Se impone por la comisión de algunos tipos agravados de asesinato del artículo 140 del Código Penal.
- Delitos contra la Corona, homicidio al Rey o Reina o Príncipe o Princesa de Asturias en virtud del artículo 485.1 del Código Penal.
- Delitos contra el Derecho de Gentes, es decir, delitos de genocidio y de lesa humanidad de los artículos 607 y 607 bis del Código Penal.

Por otro lado, el artículo 76 del Código Penal determina la pena máxima, según el caso concreto, que puede oscilar entre los 25 y los 40 años de prisión. Conociendo estos factores, imaginemos la siguiente situación:

“Nos encontramos ante dos supuestos, el primero ocurrido antes de la entrada en vigor de la prisión permanente revisable, el Sr. X es condenado a 150 años de prisión y a cumplir un total de 40 años de internamiento en un centro penitenciario por la comisión de varios delitos compatibles, hoy en nuestros días, con la pena de prisión permanente revisable y, en virtud del artículo 78.1 del Código Penal se ordena el cumplimiento íntegro sin posibilidad de acceder fácticamente al tercer grado, a la libertad condicional y a los permisos penitenciarios. Por tanto, el Sr. X deberá cumplir todas y cada uno de los días de su condena. En el supuesto número dos nos encontramos en la actualidad y, por tanto, con la pena de prisión permanente revisable en vigor, el Sr. Z ha cometido los mismos delitos que cometió en su momento el Sr. X, no obstante, es condenado a pena de prisión permanente revisable. Lo primero que nos viene a la cabeza es que como la prisión permanente revisable es la máxima pena privativa de libertad el Sr. Z ha sido condenado a una pena más severa y por tanto se ha visto perjudicado por ello. Nada más lejos de la realidad esta situación en parte es cierta ya que dicha condena no tiene límite máximo, no obstante, el Sr. Z una vez cumplidos 8 años, en virtud del artículo 36 del Código Penal podrá acceder a los permisos de salida del régimen ordinario, a los 15

años de prisión podrá ser clasificado en el tercer grado lo que conlleva el acceso a una mejora en cuanto a los permisos de salida, por otro lado, el artículo 92.1 del Código Penal permite el acceso a la libertad condicional y, por tanto, a la suspensión de la ejecución de la pena al cumplir los 25 años, sin perjuicio de todos los requisitos que el interno o interna deban cumplir para ello. Mirándolo bien, si el Sr. Z presentase una buena evolución durante los años de internamiento tendría la posibilidad de salir del centro penitenciario al cumplir los 25 años de prisión, por otro lado, el Sr. Z no dispone de esta posibilidad y deberá cumplir los 40 años a los que fue condenado de manera íntegra, sin tercer grado, sin permisos de salida y sin acceso a la libertad condicional.”

Después de haber indagado en el caso anterior no podemos evitar preguntarnos si en algunos supuestos la prisión permanente revisable puede llegar a ser una pena más favorable para algunos condenados, si utilizamos el criterio objetivo para determinar si la pena es más o menos favorable, es obvio que la prisión permanente revisable es una condena más severa, más grave y, por tanto debería ser menos favorable, sin embargo, si analizamos la subjetividad y el contexto de la situación que envuelve al reo podemos encontrar casos en que este pueda salir beneficiado.

##### ***5.5. La retroactividad favorable en el ámbito de la pena de prisión permanente revisable***

Continuando con el caso expuesto en el punto anterior, “el Sr. X y su abogado, después de una larga sesión han concluido que, para su caso en concreto, la pena de prisión permanente revisable es más beneficiosa ya que, por ejemplo, el Sr. X podría tener familia y sopesar que los permisos de salida y la posibilidad de acceder a la condicional son suficientes para él para considerar la pena de prisión permanente revisable como una condena más beneficiosa.”

Llegados a este punto debemos considerar la aplicación retroactiva y favorable de la pena de prisión permanente revisable. Para ello debemos atender al artículo 2.2 del Código Penal que hace especial referencia a que se aplicarán retroactivamente las leyes “que favorezcan al reo”, entendiendo que se está insinuando la operatividad de un criterio subjetivo, es decir, aquella ley más favorable para el condenado y no aquella objetivamente menos grave. Por otro lado debemos tener en cuenta el sinsentido de un trámite de audiencia preceptivo al reo si, tanto su opinión como su situación personal carecieran de importancia y no significasen nada a la hora de acordar la pena más favorable.

Por otro lado la Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2003 de 10 de febrero, comentada anteriormente, establece que para determinar la ley penal más favorable al reo y, a consecuencia la pena más favorable para este, han de ser tenidos en cuenta no sólo los marcos penales, sino la totalidad de las previsiones de una y otra ley, considerando tanto los sustitutivos penales como los beneficios penitenciarios aplicables al caso, por tanto no se deben comparar dos leyes o dos penas de manera objetiva sino que lo correcto y lo que la razón dicta es atender al caso concreto para determinar de manera subjetiva la ley que permita imponer la menor condena posible; y no estamos hablando únicamente del “quantum” sino de la “calidad de la pena”, es decir, del acceso a la libertad condicional, al régimen abierto y a los permisos penitenciarios ordinarios. Por estas razones considero coherente y acertada la aplicación retroactiva y favorable de la pena de prisión permanente revisable al existir la posibilidad, atendiendo al criterio subjetivo, de que esta sea más favorable para el reo.

Antes de finalizar este punto no podemos dejar de comentar la sentencia dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 298/2017, de 27 de abril en relación con el 11-M. En este caso el sujeto condenado a 34.715 años de prisión y a un cumplimiento efectivo de 40 años, solicitó la aplicación retroactiva de la prisión permanente revisable al creer que esta pena le sería más favorable puesto que podría acceder antes a los permisos penitenciarios y a la libertad condicional. Sin embargo, el Tribunal Supremo explica que la petición parte del error de pensar que le correspondería únicamente una condena de prisión permanente revisable, cuando realidad serían 192 penas de esta naturaleza en concurso real que resuelve el artículo 78 bis del Código Penal, una condena por cada víctima del atentado. Por esta razón, en este caso concreto la prisión permanente revisable no sería más beneficiosa para el reo ya que le perjudicaría incluso a la hora de acceder a la libertad condicional y a los permisos penitenciarios. Dejando de lado el caso particular esta sentencia es interesante por las consideraciones generales que hace sobre cómo se tiene que valorar la prisión permanente revisable para entender qué pena es más favorable. El Tribunal argumenta que debe tenerse en cuenta que algunas normas relativas a las formas de ejecución de las penas repercuten en la duración temporal efectiva de las mismas y que por tanto deben ser valoradas igualmente, sin embargo, continua la sentencia explicando que la disposición más favorable habrá de ser determinada considerándola taxativamente, y no por el ejercicio del arbitrio judicial, lo que significa que se deberá prescindir de las particularidades del caso particular de cada penado en la ejecución de las penas, es decir, solo se podrán valorar aquellas normas que no dependen de las

particularidades de la situación individual de cada penado, que afecten a la duración efectiva de la pena. Lo que viene a decir el Tribunal es que la determinación de la pena más favorable no puede depender de una expectativa futura e incierta de poder acceder, por ejemplo, a la libertad condicional ya que esto dependerá de la decisión del Tribunal que tendrá que valorar la evolución y circunstancias del penado.

En mi opinión estas circunstancias del penado son las que realmente hacen que una pena sea más o menos beneficiosa y son las que deberían tenerse en cuenta para determinarla. Además, desde mi punto de vista, la expectativa de una reducción del tiempo de cumplimiento efectivo de la pena y el acceso a los permisos penitenciarios correspondientes son motivo suficiente para considerar una pena como más favorable individualmente, atendiendo a las circunstancias propias del caso. Mediante esta sentencia parece que el Tribunal Supremo rechaza esta visión, no obstante, estamos delante de una situación realmente novedosa y reciente con escasa jurisprudencia al respecto. Por esta razón deberemos estar atentos a la evolución de este escenario relacionado con la ley más favorable y la pena de prisión permanente revisable, ya que es posible que en los próximos años surjan nuevos casos.



## Conclusiones

Durante el desarrollo de este trabajo hemos realizado un recorrido por algunas de las instituciones jurídicas que más controversias suscitan y han suscitado en la historia del derecho en general, se trata del concepto de retroactividad de las leyes y de todas aquellas instituciones jurídicas que lo rodean. Hemos observado que el estudio de la retroactividad de las leyes se remonta muchos años atrás, en los tiempos de la antigua Roma ya se tenía en consideración este término que ya creaba controversias y opiniones opuestas, los grandes pensadores como Cicerón ya habían forjado su opinión.

El concepto de retroactividad es de vital importancia para el derecho debido al impacto que tiene sobre la seguridad jurídica y la justicia y, es por esta razón que esta institución jurídica debe ser utilizada con suma cautela para evitar situaciones injustas al aplicar, en una sucesión temporal de leyes, una norma jurídica nueva a supuestos de hecho, actos, relaciones y/o situaciones jurídicas nacidas o constituidas con anterioridad a su entrada en vigor y que, por tanto, tuvieron su origen bajo el imperio de la norma derogada. La aplicación retroactiva de la ley altera aquellas situaciones jurídicas sobre las que se aplica, pudiendo atentar directamente contra el principio de seguridad jurídica el cual permite a los ciudadanos depositar cierta confianza en nuestro ordenamiento. Hemos de ser conscientes que una ley no debería remover y reactivar libremente situaciones o hechos jurídicos, hayan finalizado o no, acaecidos en el seno de una ley anterior.

Esta sucesión temporal de leyes y su aplicación retroactiva deben obedecer a un fin que lejos está del mero capricho del legislador por regular situaciones pasadas, deben, sin embargo, garantizar cierto dinamismo y evolución de nuestro sistema normativo buscando un equilibrio que permita poner solución a situaciones y hechos injustos. De este punto nace la necesidad de impedir esta aplicación retroactiva en algunos supuestos esenciales, me refiero a las leyes sancionadoras o vulneradoras de derechos individuales, de esta manera, podemos observar cuan fundamental y necesario es el principio de irretroactividad.

A lo largo del trabajo hemos observado cuan ligado esta el principio de irretroactividad al principio de legalidad y de seguridad jurídica, es una máxima que dicta la razón en virtud de la prudencia jurídica. Este principio actúa directamente evitando situaciones injustas garantizando una cierta coherencia entre el momento de comisión de un delito y la ley en vigor en ese espacio temporal, por otro lado garantiza al delincuente cierto conocimiento de las consecuencias que acarrearán sus

actos. Por esta razón, es fácil imaginar como se desmoronaría el principio seguridad jurídica y existiese la posibilidad de aplicar retroactivamente las leyes sancionadoras o vulneradoras de derechos individuales. Sin embargo, todavía quedan algunas situaciones en nuestro sistema jurídico donde podemos encontrar cierta retroactividad que puede afectar a sanciones o a derechos individuales, estoy hablando de las modificaciones jurisprudenciales agravatorias, tema del cual queda reflejada mi opinión en el presente trabajo.

Otro punto fundamental que se ha tratado en este trabajo ha sido la retroactividad favorable al reo, hemos observado como el derecho permite, en una sucesión temporal de leyes, la aplicación retroactiva de la ley posterior siempre y cuando esta suponga un beneficio para el condenado, este concepto abre las puertas a la pregunta de si es posible aplicar retroactivamente la pena de prisión permanente revisable, para ello no hemos tenido más remedio que analizar cuál es la ley y la pena más benigna. En el transcurso de este análisis hemos considerado la pena como un todo, formado tanto por el “quantum” como por otros aspectos cruciales para conocer el tipo de pena del sujeto en cuestión, con esto me refiero al acceso a la libertad condicional, al tercer grado y a los permisos penitenciarios, estos aspectos de naturaleza penitenciaria afectan directamente al modo de cumplimiento de la condena y todo ello conforma lo que se puede acuñar como “la calidad de la pena” y, en mi opinión, una mayor calidad en el cumplimiento de la condena puede ser suficiente como para que un sujeto determinado considerase más beneficiosa una que otra.

Respecto a este menester hemos concluido que la la razón nos lleva a considerar como válido la utilización de un criterio subjetivo a la hora de determinar cual es la pena más favorable, rechazando así que esta deba establecerse mediante una comparación en abstracto bajo la premisa de un criterio objetivo. Si realmente queremos encontrar la pena más beneficiosa tal como expresa el artículo 2.2 del Código Penal cuando dice “leyes penales que favorezcan al reo”, debemos analizar la situación particular y personal del condenado. Por tanto, consideramos que el criterio subjetivo es el que debe operar para determinar si una pena es más o menos beneficiosa para el reo ya que si no se aplica dicho criterio, la existencia de un trámite obligatorio de audiencia al reo no tiene sentido, tal y como señala el artículo 2.2 y la disposición transitoria 2ª del Código Penal el reo debe ser oído en todo caso.

Este trabajo, por un lado, nos aporta un breve estudio, general y directo sobre los aspectos más destacados de la retroactividad de las leyes y de todas aquellas vertientes relacionadas como, por ejemplo, el principio de irretroactividad, la retroactividad favorable y la determinación de la ley más benigna. Además, nos

conduce por un sendero inexplorado hacia una nueva visión de la pena de prisión permanente revisable que, aun siendo la pena máxima privativa de libertad en España, debido a un reciente fenómeno jurídico producido por las últimas reformas del Código Penal, puede llegar a ser considerada, por algunos condenados, como una ley más favorable que, a consecuencia, les concede una pena más benévola. Por último, cabe destacar la importancia de crear, a partir de este momento, futuras líneas de estudio sobre la retroactividad favorable y la pena más beneficiosa en relación a la prisión permanente revisable con el fin de poder profundizar e indagar en el sentido y la contradicción de utilizar una ley claramente más grave y severa de manera retroactiva y favorable.



## Bibliografía

### Obras:

- IGLESIAS, J. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Barcelona: Ariel, 5ª ed., 1965.
- LÓPEZ DE OÑATE, F. Concepto y fundamento de la certeza del Derecho. En: La certeza del derecho, trad. Cast. De Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redin, Prólogo de Eduardo J. Couture del original, "La certeza del diritto" (Casa Editrice Gismondi, Roma 1942), con "Prefacio" de Guiseppe Capograssi, Colección "Ciencia del Proceso", ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1953, p. 71-90.
- SUÁREZ COLLÍA, J.M. La retroactividad. Normas jurídicas retroactivas. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007.
- GARCÍA-GALLO DE DIEGO, A. Manual de Historia del Derecho Español, tomo II, Antología de Fuentes del Antiguo Derecho. Madrid: 2ª ed., 1964.
- BARBER BURUSCO, S. Alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito del cumplimiento de la pena de prisión. Madrid: Dykinson, 1ª ed. 2014.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. Derecho civil de España. Parte General Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil. Madrid: Civitas, 2008.
- VALERO FERNÁNDEZ, C.Y. El problema de la retroactividad de las leyes penales. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Madrid: 2017.
- LARENZ, K. Derecho justo. Madrid: Cívitas, 1991.
- DIEZ-PICAZO, L.M. y GULLÓN, A. Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Madrid: Tecnos, 12ª Edición, 2012.
- RUIZ ANTÓN, L.F. El principio de irretroactividad de la Ley Penal en la Doctrina y en la Jurisprudencia. Anuario de la Facultad de Derecho, Nº7, 1989, p. 147-167.
- FRIGOLS I BRINES, E. Fundamentos de las Sucesión de leyes en el Derecho Penal Español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales. Barcelona: Bosch, 2004.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal. Vol. II. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2000.
- 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, Tomo 65, 2012, p. 87-97.
- IGLESIAS RÍO, M.A. Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del código penal. Revista jurídica de Castilla y León. Nº 6. Mayo 2005, p. 13-56.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A. Sobre la retroactividad penal favorable, Madrid: Civitas, 2000.

BACA ONETO, V.S. La retroactividad favorable en derecho administrativo sancionador. Universidad de Piura. Revista de derecho, N° 69, 2016, p.27-43.

CUERDA RIEZU, A. La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad en clave constitucional. En: La Declaración Universal de los derechos Humanos en su 50 aniversario" (dir. Manuel Balado – J. Antonio Garcia Requeiro, coordinada por María José de la Fuente y de la Calle). Barcelona: Bosch, 1998, p. 275-290.

CUELLO CONTRERAS, J. El Derecho Penal español. Madrid: Dykinson, 2002.

FUENTES OSORIO, J. L. Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida. En: Comentario a la reforma penal del 2015. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 125-142.

GALLEGO DIAZ, M. Los beneficios penitenciarios y el tratamiento. Anuario de Derecho Penal, vol. 64, 2011, p. 253-292.

### **Páginas web:**

Permisos ordinarios. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Ministerio del Interior, Gobierno de España. Copyright 2015. [Consulta: 30 agosto 2019]. Disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/salidasExterior/permisosOrd.html>

Progresión y regresión de grado. Ministerio del Interior, Gobierno de España. Copyright 2015 [consulta: 30 agosto 2019]. Disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/clasificacion/cambioGrado.html>

El sistema de grados. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Ministerio del Interior, Gobierno de España. Copyright 2015 [Consulta: 30 agosto 2019]. Disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/clasificacion/sistemaGrados.html>

### **Legislación:**

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, nº 281.

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. Boletín Oficial del Estado, 15 de febrero de 1996, nº 40.

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. Boletín Oficial del Estado, 5 de octubre de 1979, nº 239.

España. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, nº311

### **Circulares:**

Circular 1/2004, sobre régimen transitorio aplicable a la reforma 15/2003, de la FGE

Circular 2/1996, sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores, de la FGE

### **Jurisprudencia:**

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 643/1997 de 9 de Mayo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 414/1997 de 1 de Abril.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia nº 2030/2001 de 31 de octubre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia nº 1325/1997 de 31 de octubre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia nº 891/1996 de 22 de noviembre.

España. Tribunal Supremo (sala de la Penal, Sección 1ª). Sentencia nº 848/1997 de 6 de junio.

España. Tribunal Supremo (sala de la Penal, Sección 1ª). Sentencia nº 643/1997 de 9 de marzo.

España. Tribunal Supremo (sala de la Penal, Sección 1ª). Sentencia nº 889/1996 de 9 de noviembre.

España. Tribunal Supremo (sala de la Penal, Sección 1ª). Sentencia nº 1328/1999 de 23 de septiembre.

España. Tribunal Supremo (sala de la Penal, Sección 1ª). Sentencia nº 316/1997 de 3 de marzo.

España. Tribunal Constitucional (Sala 1ª). Sentencia nº 16/2015 de 16 de febrero.

España. Tribunal Constitucional (Sala 1ª). Sentencia nº 34/2015 de 2 de marzo.

España. Tribunal Constitucional (Sala 1ª). Sentencia nº 35/2015 de 2 de marzo.

España. Tribunal Constitucional (Sala 1ª). Sentencia nº 36/2015 de 2 de marzo.

España. Tribunal Constitucional (Sala 1ª). Sentencia nº 37/2015 de 2 de marzo.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia nº 7/2015 de 22 de enero.

