

DR 08 32

A continuación les ofrecemos el espacio de Derecho Penal 1. Don Alfonso Serrano Gómez les habla del tema Declaración Constitucional de la Irretroactividad de las Leyes Penales. Es criterio general que las leyes penales sólo se aplican a hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigor. El principio, nul un crimen, nula pena, sin el eje, viene siendo reconocido en nuestro ordenamiento penal y constitucional anterior.

En el artículo noveno número 3 de la Constitución se establece la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Pasamos a ver los antecedentes históricos. La fórmula de la Constitución Española de utilizar el término irretroactividad resulta excepcional, tanto en nuestro sistema como en el internacional.

En ninguna de las constituciones de nuestro país se hace mención expresa de la terminología irretroactividad. Sin embargo, en el artículo 23 número 8 del Anteproyecto de Constitución de la Monarquía Española de 1929 se establecía las leyes penales sólo tendrán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto reo, si este no fuera delincuente habitual. En este anteproyecto, que no pasó de ser tal, se excluía a los delincuentes habituales, con lo que se restringía el beneficio de la ley posterior más favorable.

El artículo 2º número 3 del Código Civil dispone que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario. Pasamos ahora a ver el derecho constitucional comparado. La situación es muy similar en las constituciones extranjeras.

Resulta excepcional encontrar supuestos en los que se utilice esa terminología. La Constitución de México de 1917 dispone en su artículo 14 a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. La Constitución de Cuba de 1976 establece en su artículo 60 las leyes penales tienen efecto retroactivo cuando sean favorables al incausado.

Las demás leyes no tienen efecto retroactivo a menos que en las mismas se disponga lo contrario por razón de interés social o utilidad pública. También en la Constitución portuguesa de 1976 se establece la retroactividad de las leyes penales de contenido más favorable al imputado, según se desprende su artículo 29 número 4, incluyéndose también las medidas de seguridad. Pasamos a ver los fundamentos que justifican la retroactividad de la ley penal más favorable.

El propio principio de retroactividad de la ley penal más favorable tiene dificultades en conseguir fundamentos sólidos que lo justifiquen, ya que casi todos los argumentos se vuelven en contra y por el mismo camino habría que admitir la retroactividad de la ley penal más severa. Así, frente al argumento de que los valores que protegía la ley anterior han perdido importancia y de ahí que deba aplicarse la ley nueva más favorable tiene la afirmación en contrario. Ante la necesidad de una mayor protección de ciertos valores tradicionales de escasa relevancia penal habrá que aplicar la ley penal retroactiva más severa, por lo menos a quienes

el momento de entrar la ley nueva en vigor no hubieran sido condenados.

No somos partidarios de la retroactividad de la ley más severa. En segundo lugar, ante el argumento de que el hecho ha perdido valor coactivo social, el temor es menor, cabe señalar lo opuesto. Si ahora el temor es mayor, pensemos en los actos terroristas, habrá que aplicar la ley retroactiva más severa, aunque esto resulta inconcebible.

En tercer lugar, se establece también como razón para la retroactividad de la ley penal más favorable que las leyes antiguas se encuentran desfasadas. Por la misma razón de antigüedad y necesidad de aplicar la ley moderna, más acorde con la realidad, habría que agravar las penas. En cuarto lugar, cabe señalar que la pena se debe imponer en cada caso según la necesidad en el momento de su ejecución.

De ser así, no tiene justificación pedir una disminución o grabación por la modificación posterior de la ley. En quinto lugar, si con la pena se busca la prevención general y especial, los mismos argumentos que justifiquen su disminución ante la ley posterior más benigna, sirven para pedir la grabación por una ley posterior más severa. En sexto lugar, cabe destacar el interés de la sociedad en cuanto que debe decaer si considera que determinadas conductas han perdido valor en el campo de la protección, precisan ahora una agravación de la pena.

Por la misma razón, debe pedir sanciones más graves cuando algunas conductas amenazan a la propia estructura social. De todo anterior, parece que solamente quedan razones de tipo humanitario para justificar la retroactividad de la ley penal más favorable, argumentos que no valdrían para los supuestos de una ley penal más severa. Aunque esta es la opinión dominante, también hay que tener en cuenta otros criterios, como pueden ser el de los derechos adquiridos del culpable o la propia seguridad jurídica, que recoge el artículo noveno número 3 de la Constitución.

Sin embargo, estos últimos argumentos valen para negar la aplicación de la ley penal posterior más grave, pero no para justificar la necesidad de tener que aplicar la que sea más favorable. Por otra parte, se tropieza con la santidad de la cosa juzgada, que sería contraria a la aplicación de la ley posterior, tanto favorable como perjudicial para el reo. Veamos cuál es la postura de la jurisprudencia.

La jurisprudencia sigue la línea del principio humanitario como fundamento de la retroactividad de la ley penal más favorable. Casi todas sus resoluciones van en esa dirección. Así, por razones no jurídicas, ni siquiera de lógica general, sino humanidad es causa, el artículo 24 de este cuerpo legal, es decir, el Código Penal, establece una excepción a tal principio, admitiendo la retroactividad ad bonam parte.

Así se pronuncia la sentencia de 30 de mayo de 1970. Vemos que en esta sentencia se dice que el fundamento no es jurídico. En la sentencia de 26 de febrero de 1968, se recoge, siendo la causa de tal mutación legal retroactiva, no el imperativo servicio a la justicia que imponga la desaparición del Estado anterior por su mismo anacronismo e incluso arbitrariedad jurídica,

sino el sentimiento de equidad general y condición humanitaria que obliga a recoger cuanto signifique beneficio para el reo, que sufre y tiene prohibida su libertad o sus derechos personales por la pena.

También cabe resaltar en esta sentencia que el fundamento de la retroactividad de la ley penal más favorable no se basa en el imperativo servicio a la justicia, sino en razones de equidad y humanitaria. Otras sentencias en la dirección anterior humanitaria son las de 14 de febrero de 1968, 24 de mayo de 1969 y 30 de marzo de 1970. De lo que se viene exponiendo se deduce que el fin humanitario es el más extendido para justificar la retroactividad de la ley penal más favorable.

El valor humanitario de acortamiento de las penas privativas de libertad tiene notable importancia si se considera la dureza de todos los sistemas penitenciarios en el régimen cerrado, así como que el problema es mundial. Por otra parte, la corrección e inserción social del delincuente puede decirse que es una utopía. Los resultados en régimen cerrado prácticamente son nulos.

La pena privativa de libertad solamente cumple su función retributiva. El fracaso de la corrección fue reconocido en el V Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Ginebra en 1975. La situación varía en los sistemas abiertos, semiabiertos o de libertad bajo palabra, probation anglosajón o sursis europeo.

La prisión debe quedar solamente para los sujetos peligrosos. Los sistemas cerrados han fracasado. Así las cosas, tampoco parece que el fundamento humanitario sea lo suficientemente sólido como para justificar la retroactividad de la ley penal más favorable.

Tal vez habría que hacer un cambio total del sistema en mayor o menor escala en todos los países del mundo, por lo que la simple retroactividad de la ley penal más favorable es insuficiente, aunque mitigue la situación injusta en muchos casos. Pasamos ahora a ver la retroactividad en la Ley de Peligrosidad Social. La disposición adicional segunda de la ley establece las medidas de seguridad aplicables a los peligrosos sociales se regirán en cuanto a su efecto retroactivo por lo establecido en los artículos 23 y 24 del Código Penal.

Sin perjuicio de insistir en la necesidad urgente de derogar la Ley de Peligrosidad Social de lo que nos hemos ocupado en otro lugar, la situación aquí resulta más confusa. Si al sometido a las medidas de dicha ley no se le puede conceder la redención de penas por el trabajo y la libertad condicional porque no es delincuente sino peligroso, parece que tampoco debe aplicarse la retroactividad de la medida de seguridad más favorable. La razón es que ésta se aplica en función de la peligrosidad del sujeto, es decir, del riesgo que supone para la sociedad ante la probabilidad de cometer un delito.

Mientras dure ese riesgo, sin haberse agotado el límite máximo de la medida, no parece acertado poner al sujeto en libertad, lo que ocurriría en algunos casos de medidas más cortas. La situación es distinta cuando se trate de la creación de medidas no más extensas, sino de

mayor efectividad por los logros de la criminología, lo mismo que cuando se trate de la modificación de los estados peligrosos. La situación ha cambiado.

Conforme al artículo 19 del Fuero de los Españoles, donde no se hacía referencia a las medidas de seguridad, la retroactividad de las más favorables era correcta, por establecerlo así la disposición adicional segunda de la ley. La situación no era anticonstitucional, sin embargo, ahora sí lo es, porque las consideramos incluidas en el artículo noveno, número tercero de la Constitución, donde no se hace mención a la retroactividad de las medidas de seguridad más favorables. En Derecho Penal 1, el profesor don Alfonso Serrano Gómez les ha hablado de la declaración constitucional de la irretroactividad de las leyes penales.