

BERLUSCONI Y EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS
FAVORABLE

Marco Scoletta

Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Universidad de Castilla – La Mancha, 2006

<http://www.cienciaspenales.net>

Principio constitucional de retroactividad favorable e ilegitimidad de la *lex mitior* en la perspectiva europea ⁽¹⁾

Marco SCOLETTA

SUMARIO: - 1. ¿La retroactividad favorable como parte integrante de la legalidad penal europea? - 2. La ausencia de un reconocimiento constitucional expreso en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros - 3. La progresiva consolidación constitucional (implícita) - 3.1. Francia - 3.2. Alemania - 3.3. España - 3.4. Italia - 4. Retroactividad favorable y *lex mitior* ilegítima - 4.1. Retroactividad de la ley posterior vs. ultractividad de la ley intermedia - 4.2. La validez de la ley como presupuesto de la retroactividad favorable - 4.3. Hechos anteriores juzgados con *lex mitior* ilegítima y principio de igualdad - 5. El problemático alcance del principio constitucional de retroactividad favorable - 5.1. El límite de la cosa juzgada - 5.2. La retroactividad *in mitius* de los plazos de prescripción.

1. La sentencia del Tribunal de Justicia del 3 de mayo de 2005, *Berlusconi y otros*, en el punto 68 de la motivación hace una afirmación neta y significativa: “el principio de la aplicación retroactiva de la pena más leve forma parte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”; de aquí la necesidad, expresada en el siguiente punto 69, de que tal principio deba considerarse “parte de los principios generales del Derecho comunitario que el juez nacional debe respetar al aplicar el derecho nacional adoptado para la ejecución del Derecho comunitario”.

A la luz de esta afirmación de derecho, el Tribunal se plantea el interrogante de si el principio de retroactividad también encuentra aplicación en relación con una norma penal favorable, pero “contraria a otras normas de Derecho comunitario” (punto 70); si tal fuera el caso, en efecto, la cuestión de ilegitimidad de la norma penal nacional sobre falsas comunicaciones sociales (los nuevos arts. 2621 y 2622 Código Civil) habría sido sustancialmente ‘irrelevante’ a los fines de la decisión de mérito en cuanto a los hechos históricos *sub iudice* (el caso Berlusconi y otros), pues si bien los hechos fueron cometidos en vigencia de la figura delictiva originaria más severa (*lex peior*) y –se supone– legítima según el derecho comunitario (el viejo art. 2621, C.C.), habría sido aplicable precisamente en virtud del principio de retroactividad la disciplina *favorable* sobreviniente (*lex mitior*), si bien ilegítima según el derecho comunitario.

Como es conocido, sin embargo, el ‘rechazo’ de la cuestión al que arriba el Tribunal de Justicia no encuentra su *ratio decidendi* en el principio de retroactividad favorable²: el Tribunal, en

(1) Traducción de Ezequiel Malarino, Collège de France.

(2) Sobre la sentencia *Berlusconi y otros*, cfr. las actas del Seminario de Ferrara de 6 mayo 2005, publicadas en el volumen R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (coord.), *Ai confini del “favor rei”. Il falso bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Turín, 2005; G. SALCUNI, *Il « canto del cigno » degli obblighi comunitari/costituzionali di tutela: il caso del falso in bilancio*, *Ind. pen.*, 2005, p. 93 ss.; G. INSOLERA – V. MANES, *La sentenza della Corte di Giustizia sul “falso in bilancio”: un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, 2005; sobre las cuestiones de ‘legitimidad comunitaria’ planteadas por la reforma de las falsas comunicaciones sociales vid también, entre otros, R. MASTROIANNI (coord.), *Il falso in bilancio tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, Napoli, 2003; G. INSOLERA, *Democrazia, ragione, prevaricazione*, Milán, 2003; ID., *I profili di illegittimità costituzionale e comunitaria*, en C. Piergallini (coord.), *La riforma dei reati societari*, Milán, 2004, p. 93 ss.; A. BERNARDI, *Falso in bilancio e diritto comunitario*, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 367 ss.; F. GIUNTA, *Le nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, en C. Piergallini (coord.), *La riforma*, cit., p. 61 ss.; V. MANES, *Il nuovo falso in bilancio al cospetto della normativa comunitaria*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1316 ss.; G. SALCUNI, *Le false comunicazioni sociali questioni di legittimità costituzionale e obblighi comunitari di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 843 ss.; y sobre todo, por principio, C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171 ss.

efecto, afirma expresamente que “no es necesario resolver esta cuestión a efectos de los litigios principales” (punto 71); decisiva sería la circunstancia de que “la norma comunitaria de que se trata está contenida en una Directiva invocada contra un particular por las autoridades judiciales en el marco de un procedimiento penal” punto 71) y que, según una jurisprudencia consolidada, “una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que, por consiguiente, no puede ser invocada como tal contra dicha persona” (punto 73).

En la economía argumentativa de la sentencia, por lo tanto, el reconocimiento del principio de retroactividad favorable constituye nada más que un *obiter dictum*, un vínculo que habría funcionado eventualmente en vía subsidiaria, en el caso de que la aceptación de la cuestión no hubiese encontrado, ya desde un comienzo, la barrera sustancial de la reserva de ley nacional en materia penal.

No obstante ello, se impone ciertamente una atenta reflexión sobre los efectos que de la afirmación del Tribunal de Justicia en cuanto al ‘rango’ del principio de retroactividad puedan derivarse sobre la definición y los límites de la « legalidad penal europea », y además - con un peculiar efecto de *feedback* - sobre el ‘alcance’ de la retroactividad favorable en los ordenamientos nacionales individuales. En primer lugar, es necesario dar una respuesta al interrogante que la Corte se plantea, pero no responde: si el principio ‘constitucional’ de retroactividad de la ley más favorable funciona como límite insuperable a la aceptación de una cuestión de legitimidad comunitaria con efectos *in malam partem* respecto a los de una norma penal favorable (por lo tanto, retroactiva en abstracto), pero ilegítima según el derecho comunitario; en segundo lugar, es oportuno señalar, al menos, las potenciales repercusiones ulteriores sobre la disciplina del derecho penal intertemporal derivadas del reconocimiento del rango de “derecho fundamental” al principio de retroactividad favorable: el discurso abraza una serie de aspectos que –como veremos– pueden ser encuadrados como ‘excepciones’ legislativas a la retroactividad *in mitius* (muy frecuentes en los ordenamientos nacionales individuales), que, no obstante, hoy podrían ser repensadas (y redefinidas) precisamente a la luz de la legalidad penal europea que va delineándose a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

2. Una verificación preliminar concierne la corrección de la afirmación del Tribunal que incluye al principio de la retroactividad favorable entre las “tradiciones constitucionales” de los Estados miembros sin proporcionar en verdad las oportunas confirmaciones normativas o jurisprudenciales respecto a los ordenamientos jurídicos individuales; confirmaciones que habrían sido mucho más necesarias en el caso *de quo* considerando las conclusiones opuestas a las que había llegado el Abogado General Kokott ⁽³⁾.

Visto correctamente, en efecto, el reconocimiento de la retroactividad *in mitius* en el plano de los valores constitucionales no constituye en absoluto una tesis descontada y pacífica; por el contrario, un examen de las Cartas Constitucionales de los países miembros de la Unión Europea muestra que sólo la de Portugal, en el artículo 29, recibe expresamente la retroactividad penal favorable entre los principios constitucionales del ordenamiento jurídico ⁽⁴⁾. Una situación, por lo tanto, bastante diversa respecto por ejemplo al bien sedimentado principio de irretroactividad

⁽³⁾ Según la cual “no es en modo alguno evidente que deban aplicarse con efecto retroactivo leyes penales más favorables que infrinjan el Derecho comunitario. Se puede concebir perfectamente una solución según la cual los nuevos tipos penales, en la medida en que sean contrarios a las exigencias del Derecho comunitario, *queden sin aplicación* y se regrese a las antiguas disposiciones vigentes en el momento de los hechos” : así en el punto 60 de las Conclusiones de la Abogado General sra. Juiane Kokott de 14 de octubre de 2004.

⁽⁴⁾ Cfr. A.A.T. DE CARVALHO, *Sucessão de leis penais*, Coimbra, 1997, sobre todo p. 95 ss.

desfavorable, el cual se encuentra positivizado expresamente casi en todas las Constituciones de los Estados modernos. Ya este aspecto sería idóneo a poner fuertemente en duda la tesis hecha propia por el Tribunal de Justicia según la cual la retroactividad favorable formaría parte del bagaje de las tradiciones culturales de los países miembros.

3. En el debate jurídico de numerosos países miembros es sin embargo una opinión difundida – si bien no pacífica – aquella según la cual la retroactividad favorable en materia penal encontraría un reconocimiento constitucional *indirecto*, configurando un principio ‘implícito’⁽⁵⁾, pero de todos modos de rango constitucional y como tal idóneo a ‘deslegitimar’ toda decisión legislativa contrastante con él. Sin embargo, tampoco desde esta perspectiva existe uniformidad de puntos de vista: por el contrario, se registran – como veremos – un panorama doctrinal y jurisprudencial extremadamente oscilante e incierto, pero en vía de lenta evolución hacia un reconocimiento, cada vez más firme, del fundamento constitucional de la retroactividad favorable, si bien por medio de caminos argumentativos que se apoyan en bases normativas y teóricas diferentes. Es oportuno proceder a un rápido relato del estado del debate, limitando el análisis, a título de ejemplo, a los países más representativos – también por tradición jurídica – del área de *civil law*: Francia, Alemania, España e Italia ⁽⁶⁾.

3.1. En Francia es fuerte históricamente la orientación doctrinal que – en el plano de la teoría general del derecho – niega autonomía a la ‘retroactividad favorable’ en sentido estricto: la aplicación de la *lex mitior* sería, en efecto, expresión, también en materia penal, del principio general de “aplicación inmediata” de la ley (sobreviniente) a las situaciones jurídicas aún pendientes⁷. Una ‘excepción’ a esta regla general del derecho sería, en cambio, el principio fundamental en materia penal de la irretroactividad de la ley sobreviniente desfavorable al reo.

A este punto de vista se contraponen sin embargo otros – cada vez más difundidos en doctrina y avalados por una importante, aunque no reciente, decisión del Tribunal Constitucional ⁽⁸⁾ – que en cambio identifican el peculiar fundamento de la retroactividad favorable en el principio de ‘estricta necesidad de la pena’: la aplicación de la *lex mitior* sobreviniente se impone en cuanto expresión evidente de un cambio de opinión (legislativa) sobre la efectiva necesidad de intervenir con la sanción penal. Un fundamento que, por otra parte, encuentra – también según el Consejo Constitucional – un sólido y preciso reconocimiento: el principio de necesidad de la pena en efecto

⁽⁵⁾ Sobre la distinción entre principios implícitos y explícitos, cfr. GUASTINI R., *Teoria e dogmatica della fonti*, I, 1, en *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1998, p. 283 ss.; G. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991 y ahora en ID., *Scritti giuridici*, vol. I, tomo I, cit., p. 449 ss.

⁽⁶⁾ Un estudio comparado sobre el derecho penal intertemporal, también profundizado con respecto al principio de retroactividad favorable, es ahora E. FRIGOLS I BRANES, *El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*, San José (Costa Rica), 2002; ID., *Fundamentos de la sucesión de leyes en el derecho penal español*, Barcelona, 2005, sobre todo p. 397 ss..

⁽⁷⁾ Esta teoría se debe, en su primera formulación, a P. ROUBIER, *Les conflits des lois dans le temps (Théorie dite de la non-rétroactivité des lois)*, vol. I, 1929, p. 6 s., después desarrollada por el mismo autor en la segunda edición de su obra, con el título *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, Paris, 1960, sobre todo p. 177 s. y 293 s.; en materia penal, A. VITU, *Des conflits des lois dans le temps en droit pénal*, Paris, 1945; cfr. M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, II ed., Milano, 1987, p. 2 ss., 41 ss. y 142 ss..

⁽⁸⁾ Sentencia 127 DC, de 19 y 20 de enero 1981 (sobre la cual cfr. L. FAVOREU, *La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale: vers un Droit constitutionnel pénal*, en Aa.Vv., *Droit pénal contemporaine: mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, 1989, p. 169 ss.; en doctrina ya L. DUGUIT, *La non-rétroactivité des lois et l'interprétation des lois*, en *Revue de Droit Public*, 1910, p. 764 ss.; ahora, entre otros, PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, 2000, p. 190; y A. DEKEUWER, *La rétroactivité in mitius en droit pénal, un principe encore et toujours contesté*, en *J.C.P.*, 1997, I, p. 488

está enunciado expresamente en el art. 8 ⁽⁹⁾ de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de julio de 1789, cuyas declaraciones de principio, según la jurisprudencia francesa consolidada, integran la Constitución vigente. Por otra parte, el mismo principio de irretroactividad penal tampoco encuentra reconocimiento expreso en la Constitución, aunque encuentra un fundamento normativo indiscutido precisamente en la Carta de 1789¹⁰. El Consejo, desde 1981, no ha más intervenido sobre el punto, pero tal planteamiento – según la doctrina – habría encontrado un reconocimiento normativo implícito con la reforma del *Code Pénal* del 1994, que en el art. 112-4 prevé una disciplina de la *abolitio criminis* que arrastra también las condenas firmes (efecto que por el contrario no se produciría de acuerdo con la teoría de la *aplicación inmediata*, que se aplica solo las situaciones jurídicas en vías de constitución o de desarrollo ⁽¹¹⁾).

3.2. En *Alemania*, la situación es más compleja: no sólo la retroactividad favorable carece de reconocimiento constitucional directo, sino también el BVerfG ha negado, por primera vez en términos perentorios, que tal principio tenga rango constitucional (BVerfG 25, 269): él no encontraría fundamento ni en el principio de legalidad (art. 103, II GG), ni en la idea del ‘Estado de derecho’ (art. 20, III GG); con posterioridad (BVerfG 95, 96), el Tribunal ha confirmado sustancialmente el concepto al afirmar la mera ‘compatibilidad’ de la retroactividad favorable con el principio, sancionado constitucionalmente, de la irretroactividad de la ley penal (limitado únicamente a las modificaciones legislativas *desfavorables* al reo).

La doctrina penalista, al contrario, se orienta por reconocer fundamento constitucional (indirecto) también a la retroactividad penal *in mitius* ⁽¹²⁾; no se invocan, como ocurría sobre todo en el pasado, meras razones ‘humanitarias’, sino que se aducen exigencias de justicia sustancial ligadas al canon de ‘necesidad de la pena’ y a la ‘función preventiva’ (y no meramente retributiva) de la sanción criminal, que caracteriza el rostro constitucional del derecho penal moderno ⁽¹³⁾: una pena que no es más considerada como necesaria por el ordenamiento jurídico pierde su legitimación constitucional dentro de un Estado de derecho.

Por otra parte, si no rigiera el principio de retroactividad penal favorable, también sería lesionado inmediatamente el principio constitucional de ‘igualdad’, pues crearía una profunda disparidad de tratamiento entre hechos idénticos cometidos a poca distancia de tiempo uno del otro ⁽¹⁴⁾.

Desde un punto de vista sólo parcialmente diferente se invoca también el principio de ‘proporcionalidad’, que, en materia penal, impone que la sanción siempre sea equilibrada respecto

⁽⁹⁾ “La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. Nul ne peut être puni qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit”.

⁽¹⁰⁾ Como ha reconocido el Consejo Constitucional la primera vez en la sentencia 109 DC de 9 de enero de 1980 (aserción muchas veces reiterada por la jurisprudencia constitucional: cfr. E. FRIGOLS I BRANES, *El principio de irretroactividad*, cit., p. 22).

⁽¹¹⁾ Aunque la terminología usada por el Legislador (Art. 112-4. L’application immédiate de loi nouvelle est sans effet sur la validité des actes accomplis conformément à la loi ancienne. Toutefois, la peine cesse de recevoir exécution quand elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d’un loi postérieure au jugement, n’a plus le caractère d’une infraction pénale”) hace pensar que se ha seguido el orientamento de Roubier: cfr. E. FRIGOLS I BRANES, *El principio de irretroactividad*, cit., p. 40.

⁽¹²⁾ Para un cuadro completo, vid G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, Tubinga, 1993, p. 403 ss. y la amplia y eficaz reconstrucción de E. FRIGOLS I BRANES, *El principio de irretroactividad*, cit., p. 123 ss.

⁽¹³⁾ En este sentido, entre otros, K. TIEDEMANN, *Zeitliche Grenzen des Strafrechts*, en J. Baumann y K. Tiedemann, *Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Tubinga, 1974, p. 195; F.C. SCHROEDER, *Die zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze*, en P. Bockelmann y A. Kaufmann (coord.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, Munic, 1979, p. 789; G. JACOBS, *Strafrecht. A.T.*, Nueva York, 1991, p. 93.

⁽¹⁴⁾ U. SOMMER, *Das “mildeste Gesetz” im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB*, Königstein, 1979, p. 58 ss.

al desvalor real del hecho delictivo ⁽¹⁵⁾: esto no sólo en el momento de la comisión del hecho, sino también en el del juicio sobre el hecho y, por lo tanto, en el de la conminación de la pena. En tal modo, por otra parte, correctamente se aplicaría siempre la ley que el ordenamiento considera ‘mejor’ y ‘más justa’, esto es, la más ceñida a las opciones político-criminales corrientes y a la sensibilidad social y jurídica actual.

3.3. Muy sensible al tema es el debate jurídico en el *ordenamiento español*: el Tribunal Constitucional, la primera vez con una decisión de 1981 (STC 8/1981, de 30 de marzo), ha reconocido rango constitucional indirecto al principio de retroactividad favorable, derivándolo del art. 9.3 de la Constitución de 1978 que sanciona expresamente la irretroactividad de las leyes penales “no favorables o restrictivas de derechos individuales”; de esto, el Tribunal ha derivado, con una argumentación *a contrario sensu*, la vigencia de la regla general opuesta de la retroactividad de las leyes penales “favorables al reo” (que recibía en aquel entonces sólo reconocimiento legislativo en el art. 24 del Código Penal) ⁽¹⁶⁾. En verdad, esta reconstrucción ha encontrado duras críticas en la doctrina mayoritaria, que ha denunciado lo evidentemente forzado y la debilidad de la lógica del *iter* argumentativo del Tribunal Constitucional ⁽¹⁷⁾.

No por esto se niega, sin embargo, el alcance constitucional de la retroactividad *in mitius*: por el contrario, se trata de apoyar el fundamento sobre bases más sólidas capaces, además, de elevar el principio a ‘derecho fundamental’, como tal idóneo a legitimar el recurso *de amparo* en cabeza de todo ciudadano (que en cambio no podría ser accionado con base exclusivamente en el art. 9 CE ⁽¹⁸⁾). Las referencias más difundidas en doctrina son, al igual que en Francia y Alemania, a los principios penales de necesidad de la pena y de proporcionalidad (o, conjuntamente, haciendo referencia al concepto de proporcionalidad ‘en sentido amplio’) ⁽¹⁹⁾: la aplicación de la ley sobreviniente más favorable se impone porque es la más ajustada al cuadro actual de los valores sociales y culturales y a la valoración del merecimiento de pena expresado por el legislador en el Código Penal; planteamiento coherente, por otra parte, en el marco de un sistema sancionatorio orientado a fines preventivos y no rígidamente retributivos.

En ausencia de un referente normativo expreso en la Constitución también en relación con estos principios, la doctrina acude de todos modos al art. 25.1 CE (el principio de legalidad penal) como fundamento sustancial unitario - bajo el signo de la garantía de la libertad individual - tanto

⁽¹⁵⁾ G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 414 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Sentencia TC 8/1981, de 30 de marzo, sala II, FJ n. 3, confirmada muchas veces por la jurisprudencia constitucional: cfr. J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, Madrid, 2000, p. 56 s.

⁽¹⁷⁾ E. FRÍGOLS I BRANES, *Fundamentos de la sucesión*, cit., p. 405.

⁽¹⁸⁾ Mecanismo - como es noto - sólo reservado a la tutela de las libertades públicas y derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, según establece el artículo 53.2 de la misma; tampoco más eficaz es el tentativo del Tribunal Constitucional de fundamentar una mayor protección constitucional al principio “merced a una interpretación conjunta de los artículos 9.3 y 17.2” (así, entre otras, STC 177/1994): cfr. J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad*, cit., p. 57; E. FRÍGOLS I BRANES, *Fundamentos de la sucesión*, cit., p. 404 s. (vid también p. 406 s. sobre la STC 232/1997, de 16 de diciembre, que sigue una otra argumentación, pero siempre parcial y insatisfactoria, para atribuir relevancia efectiva a la retroactividad favorable).

⁽¹⁹⁾ Vid, para todos, J. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español. Parte general, I, Introduction*, Madrid, 2004, p. 215 ss.; M. COBO DEL ROSAL – T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1999, p. 195 s.; J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las “Leyes penal en blanco”*, en Aa.Vv., *Hacia un derecho penal económico europeo*, Madrid, 1995, p. 702; S. HUERTA TOCILDO, *El derecho fundamental a la legalidad penal*, en *Rev. Esp. Der. Const.*, 1993, p. 100; J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad*, cit., p. 57 ss., que con respecto al principio de proporcionalidad, afirma como – aunque sea el fundamento teórico más adecuado - no tenga rango de un derecho sino que se trata solo de un canon de constitucionalidad y por tanto es un fundamento insatisfactorio.

de la irretroactividad desfavorable como de la retroactividad favorable; por otra parte, precisamente el art. 25 CE es identificado como fundamento - también por el Tribunal Constitucional - del principio de proporcionalidad en materia penal ⁽²⁰⁾; exactamente como ocurre en el ordenamiento español en relación con el principio de *ne bis in idem*, el cual también es considerado por la doctrina penalista como un corolario ulterior de la legalidad penal ⁽²¹⁾.

3.4. Deteniéndonos ahora más analíticamente en la perspectiva del *ordenamiento italiano*, la evolución cronológica del debate doctrinal sobre el punto ofrece un cuadro que puede ser considerado como verdaderamente paradigmático del proceso de lenta consolidación constitucional de la retroactividad favorable.

Es posible identificar al menos cuatro momentos de tal largo camino de reconocimiento constitucional:

(a) Luego de la promulgación de la Constitución, las reflexiones doctrinales sobre la retroactividad de la ley penal favorable se han preocupado en demostrar no tanto la 'constitucionalización' de las respectivas reglas del Código (hiperretroactividad de la ley derogatoria, conforme al art. 2, segundo apartado C.P. y retroactividad 'limitada' *modificativa in mitius*, conforme al art. 2 tercer apartado C.P.), cuanto su misma 'legitimidad' constitucional ⁽²²⁾: resultaba evidente, en efecto, del punto de vista meramente formal, el contraste con el principio de irretroactividad sancionado expresamente por el art. 25 de la Constitución en relación con *todas* las leyes penales y, más en general, respecto de la *ratio* fundamental de 'certeza', entendida como predicado inseparable del 'derecho justo' ⁽²³⁾. Dudas de legitimidad, que han sido sin embargo puntualmente disipadas interpretando correctamente el art. 25 Const. en la óptica *garantista* de tutela del individuo frente a eventuales *abusos represivos* del legislador y la 'certeza' del derecho como canon indisoluble de las normas preceptivas, esto es, aquellas normas imperativas (sobre todo punitivas) que encuentran en la posibilidad de reconocimiento *ex ante* un elemento 'estructural' de validez lógica ⁽²⁴⁾.

La razón justificante de las reglas temporales de retroactividad *in mitius* era identificada por la mayoría en legítimas -aunque *en absoluto impuestas constitucionalmente*- razones de oportunidad política y de 'humanidad' o, más frecuentemente, en comprensibles exigencias de 'justicia sustancial', que sin embargo no encuentran en las argumentaciones de la doctrina un vínculo constitucional.

⁽²⁰⁾ Cfr. J. BOIX REIG, *El principio de legalidad en la Constitución*, en Aa.Vv., *Repercusiones en la Constitución del Derecho Penal*, Bilbao, 1983, p. 74 s.; S. HUERTA TOCILDO, *El derecho fundamental*, cit., 102; E. FRIGOLS I BRANES, *Fundamentos de la sucesión*, cit., p. 424, que a conclusión de su larga argumentación fundamenta la proporcionalidad (en sentido amplio) directamente en el art. 25.1 CE.

⁽²¹⁾ J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad*, cit., p. 62.

⁽²²⁾ Vid, *ex multis*, C. ESPOSITO, *Irretroattività e « legalità » delle pene nella nuova Costituzione*, en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padua, 1950, p. 505; F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, en *Quest. crim.*, 1980 y ahora en *Scritti di diritto penale*, vol. I, t. II, p. 1338 ss.; T. PADOVANI, *Tipicità e successioni di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1390 ss.

⁽²³⁾ Cfr. M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milán, 1966, p. 45.

⁽²⁴⁾ Cfr. M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., p. 46 s.; S. DEL CORSO, *Successione di leggi penali*, en *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Turín, 1999, p. 90; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milán, 2004, p. 94 s.

(b) *El intento de reconocimiento constitucional directo: el favor rei y el art. 25 Const.*: ha permanecido casi aislado un autorizado intento de la doctrina penalista de reconducir toda la disciplina de derecho penal intertemporal del art. 2 C.P. a la *ratio* unitaria del *favor rei* (o *favor libertatis*), entendido como principio 'superior' del ordenamiento jurídico en el cual confluirían tanto la irretroactividad desfavorable, como la retroactividad favorable (25).

Profundos estudios sistemáticos han evidenciado en efecto que es imposible reconocer en el ordenamiento penal (sustancial y procesal) un principio general y supremo de *favor rei* (26): tal 'principio', en efecto, no sólo posee una extensión 'parcial', esto es, limitada a específicos 'sectores' del ordenamiento penal, sino –sobre todo– su alcance normativo carece de un preciso referente constitucional que, en el sistema jerárquico de las fuentes, refuerce el rango de las normas de ley que pueden serle reconducidas en abstracto. Por lo tanto, aun cuando se identificase en el *favor libertatis* la *ratio* 'unitaria' de la disciplina del Código de la "sucesión de leyes penales", no sería posible deducir su valor de principio supremo del ordenamiento, como tal extensible automáticamente a la disciplina de fenómenos diversos (tanto más cuanto que en vía derogatoria respecto a reglas constitucionalizadas, como sería en relación con el régimen de los efectos temporales de las sentencias de la Corte Constitucional) (27).

Poco persuasiva resulta también la opinión que deduce la constitucionalización de la retroactividad *in mitius* directamente del art. 25 apartado 2 Const., leído en una clave que abre "el tenor formal a un contenido sustancial"; desde esta perspectiva, "la retroactividad de la ley penal más favorable no representa una mera solución equitativa, sin fundamento y validez constitucional, sino la aplicación de un principio que obedece a la *moralidad* que subyace la exigencia de certeza (28)"; habría de considerarse, además, el argumento histórico según el cual el legislador constituyente, teniendo bien presente la disciplina intertemporal del Código Penal de 1930, seguramente no podía contentarse "con un *minus* respecto a lo ya previsto por el art. 2 C.P. (...) La garantía que funda el art. 25 Const. debe completarse, por consiguiente, con las disposiciones que sancionan la retroactividad de la regla penal más favorable (29)".

En realidad, como ya se ha ilustrado, la irretroactividad de la ley desfavorable, que encuentra reconocimiento constitucional expreso, responde a exigencias garantistas absolutamente autónomas e distintas de aquellas que subyacen a la retroactividad favorable que, más bien, en rigor, escapa de una específica *ratio* de 'garantía'; no es posible, por lo tanto, identificar en el

(25) A. PAGLIARO, *Legge penale nel tempo*, en *Enc. dir.*, vol. XXIII, 1973, p. 1063; ID., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milán, 2003, p. 115 s.: "le disposizioni dei primi tre commi dell'art. 2 sono materialmente costituzionali, in quanto concernono diritti fondamentali del cittadino (...) Quanto alla *ratio*, appare chiaro che esse non accolgono il principio della irretroattività, bensì il principio superiore che al cittadino è assicurato il trattamento penale più mite tra quelli stabiliti dalla legge a partire dal momento della commissione del fatto fino alla sentenza irrevocabile (...) Sulla ragion di Stato e persino sulla certezza del diritto prevale, in questo caso, la tutela del cittadino. Si tratta, dunque, di disposizioni a contenuto ideologico tipicamente liberale (...) si svela in modo definitivo la erroneità di quella opinione assai diffusa che la regolamentazione positiva della successione di leggi penali sia legata alla considerazione delle norme penali come imperativi e che perciò non si possa estendere ai casi in cui la norma non ha funzione di comando".

(26) Cfr. M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, cit., p. 140 ss.; F. BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 1341: "principio [lo del *favor rei*] che non è direttamente costituzionalizzato, ma è la (eventuale) risultante della costituzionalizzazione di altri principi"; en la perspectiva procesal, G. LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milán, 1968, p. 181 ss.

(27) Cfr. G. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991 y ahora en ID., *Scritti giuridici*, I, tomo I, p. 455 s.; S. DEL CORSO, *Successione di leggi penali*, cit., p. 85 ss.

(28) M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, *La legge penale*, Turín, 1999, p. 118; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 113.

(29) M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, cit., p. 119, que en efecto duda de la legitimidad constitucional de la cosa juzgada como límite al principio de retroactividad favorable.

contenido “sustancial” del art. 25 Const. el fundamento constitucional de una regla temporal ulterior respecto a la irretroactividad *in peius*; el argumento ‘histórico’, además, puede ser invocado para probar lo contrario de cuanto se pretende: precisamente la comparación con la disciplina del art. 2 C.P. –con vigencia anterior a la Constitución- demuestra que el constituyente ha querido atribuir un rígido vínculo constitucional sólo a la regla de derecho intertemporal del apartado primero del art. 2. C.P. y no a aquellas, lógicamente bien distintas, de los apartados sucesivos.

(c) *La constitucionalización indirecta: igualdad, ofensividad y subsidiariedad*: resultados más ‘profilácticos’ han sido alcanzados a través del recurso a parámetros de constitucionalización *indirecta* (o *refleja*) de la retroactividad *in mitius*, que encontraría su fundamento constitucional en el principio de *igualdad*: sería *irrazonable* –esto es, contrario a la *ratio* del art. 3 Const.– seguir sancionando a un sujeto por un hecho que el ordenamiento *no considera más* penalmente ilícito y que por lo tanto *cualquier otro* puede cometer impunemente ⁽³⁰⁾; sería igualmente *irrazonable* seguir sancionando a un sujeto con una pena más grave de aquella que posteriormente el legislador considera mejor proporcionada desvalor del hecho.

Es necesario precisar, sin embargo, que el principio de igualdad asume relevancia *efectiva* (y se eleva como parámetro de legitimidad constitucional de las elecciones legislativas) en la óptica de la retroactividad de la ley favorable sólo en el seno de un *derecho penal del hecho*, basado sólidamente en el principio de *ofensividad* ⁽³¹⁾: en un sistema *subjetivamente* orientado, en efecto, la irretroactividad de la *lex mitior* podría encontrar fundamento *propio* en la diversa actitud subjetiva del individuo que, violando la norma-preceptiva vigente al momento de la comisión del hecho, ha demostrado un desvalor *de intención* que puede justificar, razonablemente, la ‘ultractividad’ de la *lex peior* originaria, aun cuando ésta haya sido posteriormente debilitada o completamente derogada ⁽³²⁾. Viceversa, en un sistema *objetivamente* orientado la igualdad se valora sobre la base del desvalor *real del hecho*, por lo cual resulta discriminatorio seguir sancionando (o seguir sancionando del mismo modo) hechos que han perdido, en la valoración del legislador, el alcance *ofensivo* originario.

Ello aún más en un sistema (constitucionalmente) acuñado sobre el principio de ‘subsidiariedad’ de la sanción penal, en el cual la pena se legitima exclusivamente como *extrema ratio* de tutela: también desde este ángulo emerge un fundamento ulterior de la consolidación constitucional de la retroactividad penal favorable, que se vincula a la exigencia de sancionar *sólo* en la medida en la cual el legislador considera la pena *estrictamente necesaria* y de no sancionar cuando no la considera más tal ⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ G. VASSALLI G., *Abolitione criminis e principi costituzionali*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 377 ss., y ahora en ID., *Scritti giuridici*, I, tomo I, Milano, 1997, p. 277 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milán, 2001, p. 268; A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, en G. Insolera - N. Mazzacuva - M. Pavarini - M. Zanotti (coord.), *Introduzione al sistema penale*, I, Turín, 2000, p. 179.

⁽³¹⁾ En este sentido F.C. PALAZZO, *Legge penale*, cit., p. 365; también S. DEL CORSO, *Successione di leggi penali*, cit., p. 90; A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., p. 179; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2004, p. 306.

⁽³²⁾ M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., p. 42.

⁽³³⁾ A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., p. 180.

(d) *El reconocimiento supranacional*: el proceso de consolidación del principio de la retroactividad favorable podría hoy encontrar una confirmación importante - a diferencia que en el pasado - en las fuentes normativas 'supranacionales'⁽³⁴⁾.

Es verdad, en efecto, que el art. 7 de la Convención Europea de Derechos del Hombre (titulado "Ninguna pena sin ley") sanciona -en el plano del derecho penal intertemporal- exclusivamente el principio de irretroactividad de la norma desfavorable, previendo en el apartado primero que los ciudadanos de los países miembros de la Convención no puedan ser condenados por un hecho no previsto como delito por el derecho vigente, o bien no puedan ser sujetos a penas más graves de aquellas aplicables al momento de la comisión del hecho; signo evidente de que sólo tal principio representaba, al menos en 1950, un valor común compartido por las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, capaz de integrar el contenido inderogable del principio de legalidad de la pena y de elevarse como derecho fundamental del hombre.

Un reconocimiento expreso del principio de retroactividad *in mitius* en el derecho internacional puede ser encontrado, sin embargo, ya en el pasado, en el art. 15 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos: precisamente en esta fuente supranacional la doctrina (no sólo italiana) identifica la base normativa expresa de la 'constitucionalización' del principio de retroactividad, que se actuaría a través de las normas constitucionales (parámetros 'interpuestos' de legitimidad) de recepción del derecho internacional. Significativamente, por otra parte, los Estados italiano y alemán han hecho expresa reserva, en la ley de ratificación, en cuanto a la extensión del principio a hechos juzgados con sentencia definitiva.

Recientemente, la retroactividad favorable ha encontrado una nueva recepción en el art. 49 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea 'proclamada' en Niza en diciembre de 2000 y ahora recibida en el art. 109 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (llamado Constitución Europea). Como es sabido, la Carta Europea es un documento privo de 'juridicidad' formal y lo mismo se puede decir -al menos por ahora- del texto de la Constitución Europea; sin embargo, independientemente de estos límites objetivos referidos al carácter vinculante, la inserción material de la retroactividad *in mitius* en el núcleo duro de la 'legalidad penal comunitaria' podría jugar un rol decisivo en el proceso de consolidación definitiva del principio dentro de los ordenamientos nacionales, que no están seguros todavía sobre la posición en la cual colocarlo en el sistema jerárquico de las fuentes del derecho.

Lo que es necesario puntualizar, sin embargo, es que el principio de retroactividad favorable, aun cuando en el futuro sea sancionado *formalmente y directamente* en una Carta constitucional (nacional o europea), encuentra en todo caso su fundamento en las *rationes superiores* -de necesidad de pena, de proporcionalidad y de ofensividad del delito- a través de las cuales puede *ya hoy* reconocérsele la *constitucionalización indirecta* en los ordenamientos nacionales individuales. En la medida en que tales principios son actualmente reconocidos y consolidados también entre los valores 'constitucionales' del derecho (penal) comunitario, del mismo modo y

⁽³⁴⁾ Cfr. A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta Europea dei Diritti: problemi e prospettive*, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, p. 682 s.; más por lo general, ID., *Commento all'art. 7 Cedu*, en S. Bartole - B. Conforti - G. Raimondi (coord.), *Commentario alla Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Padua, 2001; en Francia, A. HUET, *Une méconnaissance du droit international (à propos de la rétroactivité in mitius)*, en *La semaine juridique - J.C.P.*, 1987, p. 3293 ss.; en Alemaña G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 185 s.

con la misma fuerza se debe considerar también aceptada la constitucionalización sustancial de la retroactividad penal *in mitius*.

En conclusión, la afirmación del Tribunal de Justicia en el caso *Berlusconi y otros* es correcta sólo parcialmente: la 'historia' del principio de retroactividad de la ley penal favorable, más que la de una sólida 'tradición' constitucional, es aquella de una progresiva 'evolución', de un lento delinearse en el rostro constitucional del derecho penal de los Estados miembros; una consolidación paralela a la refinada elaboración doctrinal y a la consecuente metabolización en el plano de los valores constitucionales de los principios penales de *extrema ratio*, de proporcionalidad y de ofensividad.

Precisamente a la luz de estas observaciones es justo, sin embargo, que las tradicionales 'excepciones' legislativas a la regla de la retroactividad favorable, hasta hoy toleradas bajo el presupuesto de que la naturaleza constitucional se limitaba *exclusivamente* al principio de irretroactividad desfavorable, sean ahora re-valoradas a la luz del rango de 'derecho fundamental' atribuible – aunque el Tribunal de Justicia haya razonado y actuado según el canon del *maximum standard* de tutela – también al principio de retroactividad penal *in mitius*.

4. Retroactividad favorable y *lex mitior ilegítima*.

Bajo esta nueva perspectiva, es perfectamente lícito el interrogante que se hace el Tribunal de Justicia en relación con el régimen temporal de las decisiones de ilegitimidad *in malam partem*, esto es, aquellas relativas a normas penales favorables de donde deriva la 'reviviscencia' de la *lex peior* precedentemente abrogada y sustituida por la *lex mitior* ilegítima.

En el ordenamiento italiano, el problema es afrontado por lo común sobre la base de la segmentación de los hechos cometidos anteriormente a la declaración de ilegitimidad en dos sub-categorías ⁽³⁵⁾: (i) hechos *concomitantes*, esto es, cometidos en el período de eficacia de la norma penal favorable e ilegítima; (ii) hechos *anteriores*, esto es, cometidos durante la vigencia de la norma penal originaria que se re-expande o revive a consecuencia del pronunciamiento de inconstitucionalidad de la norma 'favorable'.

La opinión predominante en doctrina y avalada por una importante sentencia de la Corte Constitucional – relativa a los decretos-ley no convertidos (e ineficaces *ex tunc*) pero con referencias *explícitas* a los pronunciamientos de inconstitucionalidad ⁽³⁶⁾ - es en el sentido de considerar a la *lex peior* que 'revive' *inaplicable* a los hechos concomitantes (respecto de los cuales por lo tanto sigue encontrando aplicación la norma favorable *ilegítima*) y *aplicable* en cambio a los hechos anteriores.

Es posible identificar la justificación en la razón de que *sólo* en relación con los hechos concomitantes vale el principio de *irretroactividad* de la ley penal, interpretado según su *ratio*

⁽³⁵⁾ L. BIANCHI D'ESPINOSA, *Leggi incostituzionali, decreti-legge non convertiti e successione di leggi penali*, en *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, IV, 1958, Padova, p. 78; G. VASSALLI, *Abolitio criminis e principi costituzionali*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 377 ss.; en la jurisprudencia constitucional cfr. C. Cost. 19 febbraio 1985, n. 51, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 819 ss., con nota de T. PADOVANI T., *Decreto-legge non convertito e norme penali di favore, in bilico tra opposte esigenze costituzionali*, p. 813 ss.

⁽³⁶⁾ C. Cost. 19 febbraio 1985, n. 51 (citada *supra*); en doctrina, para todos, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 287 s. D. PULITANO, *Diritto penale*, Milán, 2005, p. 720 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milán, 2001, p. 45; D. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padua, 2001, p. 97 ss.; A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., p. 188 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 126 s.

sustancial: la certeza absoluta de no sufrir un tratamiento penal peor del que era *previsible* con base en la ley *en vigor al momento de la comisión del hecho* ⁽³⁷⁾

Al contrario, para los hechos *anteriores a aquel* principio no puede ciertamente valer, dado que la ley del *tempus commissi delicti* es exactamente aquella que 'vuelve' a ser aplicable a consecuencia de la declaración de ilegitimidad constitucional de la ley favorable posterior.

Esta distinción, sin embargo, se apoyaba - como hemos anticipado - en el presupuesto de que sólo el principio de irretroactividad desfavorable tuviera rango constitucional en el sistema de las fuentes del derecho, mientras aquel de retroactividad favorable fuese expresión de un principio legislativo (según art. 2 apartados 2 y 3 C.P.), como tal susceptible de ser derogado por el mismo legislador.

La doctrina ha considerado mayoritariamente tal régimen intertemporal como una *excepción* al principio de retroactividad de la ley favorable o, en todo caso, expresión de una regla constitucional - derivada del general sistema intertemporal del art. 136 de la Constitución italiana (que sanciona la invalidez *ex tunc* de las leyes declaradas constitucionalmente ilegítimas) - predominante y por lo tanto no derogable por una regla intertemporal de rango inferior ⁽³⁸⁾.

Estas conclusiones podrían ser puestas en discusión: si la aplicación de la ley favorable ilegítima se impone, en vía derogatoria respecto al mecanismo del art. 136 Const. italiana, en relación con los hechos concomitantes - en virtud del principio *constitucional* de irretroactividad desfavorable - se podría afirmar, como hipótesis, que ella se impone *también* en relación con hechos anteriores - en virtud del principio igualmente *constitucional* de retroactividad favorable.

Sin embargo, el reconocimiento de rango constitucional al principio de retroactividad *in mitius* no es suficiente, en nuestra opinión, para avalar esta conclusión; antes bien, precisamente un razonamiento basado en las *rationes* identificadas como fundamento de la constitucionalización del principio nos conduce a resultados opuestos.

4.1. En el caso en el cual - por el motivo que sea - vuelva a adquirir vigor y se considere aplicable a los hechos anteriores la norma penal originaria (la *lex peior* ya vigente al *tempus commissi delicti*), no sería derogada la regla intertemporal de la 'retroactividad' de la *lex mitior* 'posterior' favorable, sino aquella de la 'ultractividad' de la *lex mitior* 'intermedia' -en vigor desde un momento posterior a la comisión del hecho hasta un momento precedente a la conclusión del proceso- a los hechos anteriores. Es necesario desenmascarar el presupuesto, falso pero difundido, de una implicación lógica estricta entre las dos reglas de derecho penal intertemporal ⁽³⁹⁾ que - también desde el punto de vista de la sucesión de leyes en sentido estricto (prescindiendo, esto es, de la legitimidad de la ley favorable)- responden a exigencias lógicamente autónomas y no completamente coincidentes.

Hemos visto, en efecto, que la retroactividad *in mitius* se impone porque resulta intolerable, en el plano de los valores constitucionales, que un individuo siga siendo sancionado por un hecho que cualquiera posteriormente puede cometer impunemente, por ser considerado por el legislador como *no más merecedor y necesitado* de tutela penal. Sin embargo, en el momento en el cual el

⁽³⁷⁾ S. DEL CORSO, *Successione di leggi penali*, en *Dig. disc. pen.*, XIV, Turín, 1999, p. 99 ss.

⁽³⁸⁾ T. PADOVANI, *Decreto-legge non convertito*, cit., p. 828.

⁽³⁹⁾ Vid el profundizado estudio de C. PECORELLA, *Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive* de lege ferenda, en *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milán, 2006, p. 611 ss.; cfr. también S. DEL CORSO, *Successione di leggi penali*, cit., p. 85 ss.; A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., p. 179 s.

legislador reestablece la norma penal originaria demuestra evidentemente que todavía considera tal hecho *ofensivo* y la sanción penal todavía *necesaria*, exactamente como en el momento de su comisión. En los procedimientos aún en curso por hechos anteriores se eliminan, por lo tanto, muchas de las razones que *imponían* extender retroactivamente el tratamiento favorable: el imputado no puede más apelar a la falta de ofensividad (o menor ofensividad) sobreviniente del hecho o a la innecesidad (o menor necesidad) de pena; no existe más una irrazonable divergencia - que deba ser solucionada *in bonam partem* - entre la ley del *tempus commissi delicti* y aquella aplicable a la generalidad de los individuos al momento de la celebración del juicio penal: el hecho resulta punible *ahora como entonces*.

Las razones que apoyan la ultractividad de la *lex intermedia* favorable (respecto a los hechos anteriores) son al menos 'menos apremiantes' de aquellas que -como se ha visto- imponen la aplicación retroactiva de la ley posterior favorable todavía vigente ⁽⁴⁰⁾: serían exigencias político-criminales de 'justicia sustancial' -que pueden ser 'acogidas' discrecionalmente por el legislador- las que fundan la 'resistencia' de la ley intermedia, aunque ésta no constituya ni la ley en vigor al momento del hecho, ni aquella vigente al momento del juicio. Es una regla de eficacia intertemporal, aquella de la ultractividad de la *lex intermedia* favorable, comúnmente prevista por la disciplina legislativa de la sucesión de leyes penales, que por lo tanto no parece encontrar los mismos vínculos constitucionales que hemos identificado como fundamento del principio de retroactividad *in mitius*.

Tampoco se puede sostener fundadamente que la re-aplicación de la ley desfavorable a hechos anteriores sea impuesta directamente por el principio de irretroactividad en cuanto la sucesión se plantearía, en este caso, entre un ley precedente favorable (aquella intermedia) y una posterior desfavorable que, como tal, no podría jamás actuar retroactivamente respecto a la primera ⁽⁴¹⁾: sabemos en efecto que la prohibición absoluta de retroactividad *in peius* opera - según su indiscutida e inderogable función de garantía - exclusivamente en relación con la ley en vigor *al momento del hecho*, esto es, a la norma preceptiva capaz de orientar las elecciones de conducta libres y conscientes del individuo; no interviene, por lo tanto, en la determinación de la ley aplicable entre todas aquellas (ninguna desfavorable) posteriores a la norma del *tempus commissi delicti*; sería absolutamente compatible con el principio de irretroactividad una regla intertemporal que previera la aplicabilidad de la ley penal vigente al momento del juicio - que por otra parte debería ser aquella más conforme con las valoraciones legislativas de eficacia reeducativa de la pena - con el sólo límite de que no sea una *lex peior* respecto a aquella en vigor al momento del hecho (mientras sí puede ser desfavorable respecto a cualquier ley intermedia).

4.2. La perplejidad en cuanto a la esfera de operatividad del principio de retroactividad *in mitius* deviene una firme convicción de inoperatividad cuando la ley posterior favorable (*rectius*: la intermedia) sea declarada ilegítima y como tal 'anulada' con la consiguiente reviviscencia de la ley penal originaria.

Si el rango constitucional de la retroactividad favorable ha de ser puesto estrictamente en relación -en el sentido arriba ilustrado- con el cambio de valoración legislativa de estricta necesidad de la pena y de ofensividad del delito (sobre el que se funda la exigencia de paridad de tratamiento entre pasado y presente), es evidente que el presupuesto indispensable de funcionamiento del principio es la 'validez' de la ley posterior favorable: sólo una ley *válida*, en

⁽⁴⁰⁾ Cfr. J. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal*, cit., p. 236.

⁽⁴¹⁾ En este sentido, al contrario, S. DEL CORSO, *Successione*, cit., p. 91 s.

efecto, expresa un *real y legítimo* cambio del juicio del legislador que puede justificar –hasta a imponer– una extensión retroactiva (y eventualmente ‘ultractiva’) del tratamiento favorable (42).

Desde este punto de vista emergen los diferentes presupuestos aplicativos de los dos principios del derecho penal intertemporal:

(a) la *ratio* del principio de irretroactividad desfavorable se encuentra por completo en la *confianza legítima* que el individuo de todas maneras puede esperar de la ley, *también ilegítima*, ‘en vigor’ al momento de la comisión del hecho, independientemente de la precariedad ‘genética’ de los efectos; la *certeza* de no ser penado más gravemente de cuanto es previsible representa una garantía que *prescinde* de la validez de la ley misma(43);

(b) la *ratio* del principio de retroactividad favorable se encuentra en cambio en la irrazonabilidad de seguir sancionando a un sujeto sobre la base de una valoración, que ha dejado de ser actual, sobre la ofensividad del hecho y sobre la necesidad de la pena y por lo tanto *presupone* el válido *in mitius* del juicio legislativo (44).

4.3. Resta un último motivo de perplejidad que puede ser invocado en sostén de la retroactividad/ultractividad *in mitius* de la ley ilegítima: la *discriminación* que se crearía ‘injustamente’ entre los hechos anteriores que son juzgados definitivamente sobre la base de la ley favorable ilegítima y los hechos anteriores todavía pendientes luego de la declaración de ilegitimidad constitucional, que serían juzgados sobre la base de la ley (desfavorable) originaria.

En relación con esta circunstancia objetiva de disparidad de tratamiento, cabe preguntarse si deba aceptarse la extensión indiscriminada al pasado del tratamiento favorable previsto de cualquier ley ilegítima.

La *conservación* de la cosa juzgada formada en virtud de una ley inconstitucional constituye, por otra parte, la actuación del mecanismo general del art. 136 de la Constitución en relación con el tratamiento de las “relaciones agotadas”: mecanismo que encuentra una derogación expresa y legítima – de modo evidente precisamente en virtud del rango constitucional de la retroactividad *in mitius* – en relación con las cosas juzgadas formadas en aplicación de una norma penal *desfavorable* declarada inconstitucional; pero que no se presta a ser derogado viceversa para hacer aplicable una ley penal desfavorable (si bien correspondiente a aquella del *tempus commissi delicti*): ninguna exigencia constitucional predominante puede ser invocada, en efecto, en este caso a fin de ‘contrabalancear’ el vínculo del art. 136 Const. En otras palabras, el ordenamiento ‘tolera’ una cosa juzgada favorable formada gracias a una ley penal ilegítima, pero no tolera una cosa juzgada desfavorable.

Nos parece verdaderamente difícil, por lo tanto, sostener que de esto pueda derivarse la *necesaria* ultractividad de la ley favorable ilegítima *también* en relación con las “relaciones pendientes” (esto es, con los procedimientos todavía en curso referidos a hechos anteriores) y que

(42) L. BIANCHI D’ESPINOSA, *Leggi incostituzionali, decreti-legge non convertiti e successione di leggi penali*, cit., p. 72 s.: “se l’applicazione della legge posteriore più favorevole è consigliata dalla considerazione che il legislatore, in un momento posteriore al commesso reato, ha ritenuto opportuno, per motivi di politica criminale, non considerare più il fatto come reato oppure punirlo con pene meno gravi, quella stessa applicazione più non si giustifica, allorché la volontà del legislatore è, per così dire, viziata dal illecittimità costituzionale”.

(43) M. GALLO, *La « disapplicazione » per invalidità costituzionale*, cit., p. 731 ss.

(44) Cfr. V. ONIDA *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, en R. BIN y otros (coord.), *Ai confini del “favor rei*, cit., p. 285 ss.

por lo tanto la ley intermedia inválida pueda constituir el *tertium comparationis* del juicio de razonabilidad idóneo para imponer la aplicación inderogable a los hechos anteriores.

La conclusión aquí resistida, que en sustancia terminaría por convertir al régimen temporal de la declaración de inconstitucionalidad en algo completamente análogo a aquel de la normal sucesión de leyes penales (no obstante las profundas diferencias entre ambos fenómenos), se prestaría a abusos legislativos imposibles de contener: cualquier 'golpe de mayoría' que, aunque constitucionalmente y claramente ilegítimo, desplegase, no obstante, efectos penales *in bonam partem*, propagaría inexorablemente su eficacia respecto de todos los hechos cometidos precedentemente, sin que el ordenamiento tenga los instrumentos para remediarlo. Sería una solución que iría sin dudas *más allá* de los 'límites' legítimos del *favor rei*, porque –con una imprevista heterogénesis de los fines– correría el riesgo de transfigurar la « legalidad penal » de garantía fundamental e imprescindible frente a abusos represivos de los poderes del Estado a instrumento sutil de odiosos privilegios.

5. Sólo una alusión, por último, sobre el *alcance* que el principio 'constitucional' de retroactividad favorable podría tener en el caso de que fuese reconocido como parte integrante de la legalidad penal europea; es oportuno preguntarse en qué medida tal principio – elevado a rango de « derecho fundamental » en el ordenamiento comunitario – pueda 'hacer más rígidas' las reglas del derecho penal intertemporal o tolerar excepciones legislativas en los ordenamientos nacionales individuales. Tomemos aquí en consideración, a título de ejemplo, dos aspectos relevantes que, ciertamente, no agotan los nudos problemáticos ligados a la retroactividad favorable (piénsese en la sucesión de normas penales en blanco o en la retroactividad de la jurisprudencia).

5.1. El aspecto más problemático – así como la derogación más fuerte a la retroactividad favorable en la legislación de los Estados miembros – concierne, sin dudas, el límite de la *res iudicata*. Es una excepción que forma parte de la tradición legislativa de los países miembros y que – a pesar de los impulsos de la doctrina por reconocer rango constitucional a la retroactividad favorable – raramente ha sido puesta en discusión.

En verdad, también tal límite si delinea en modo parcialmente diverso en cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Alemania presenta el sistema más rígido y riguroso ⁽⁴⁵⁾: al menos hasta 1969 era incluso difundida la postura según la cual la ley aplicable se cristalizaba (respecto a sucesivas modificaciones normativas *in bonam partem*) ya al final del juicio de segunda instancia; sólo desde que fue introducido al § 2 StGB – precisamente en 1969 con la Segunda Ley de Reforma del StGB– la referencia a la sentencia definitiva (*Entscheidung*, que ha sustituido el término precedente *Aburteilung*), la *lex mitior* sobreviniente puede ser invocada también en la fase del juicio de Casación (*Revisionstentscheidung*) (interpretación luego confirmada expresamente por el actual § 354a StPO). La decisión pasada definitivamente por autoridad de cosa juzgada, al contrario, permanece aún hoy absolutamente impermeable a cualquier intervención legislativa posterior, tanto de despenalización completa como de modificación favorable del tratamiento sancionatorio.

También *Francia* presentaba un régimen muy rígido en cuanto al límite de la cosa juzgada

⁽⁴⁵⁾ A. ESER, Comentario al § 2, en A. Schonke y H. Schroder, *StGB Kommentar*, Munich, 1997, p. ...; cfr. también E. FRIGOLS I BRANES, *El principio de irretroactividad*, cit., p. 148.

(⁴⁶): no obstante - como antes se ha recordado - el reconocimiento de rango constitucional al principio de retroactividad favorable, sólo con la reforma del Código Penal de 1992-4 se introduce, en el art. 112-4, la anulación de los efectos de la cosa juzgada (en el sentido de que cesa la ejecución de la pena) para el caso en que el hecho pierda por completo el carácter de ilícito penal en virtud de una ley posterior; al contrario, la cosa juzgada permanece incólume en el caso de meras modificaciones *in bonam partem* de la ley penal.

Esta última situación es análoga a aquella tradicionalmente propia del ordenamiento *italiano* donde rige (ya a partir del Código de Zanardelli de 1885) un sistema de doble vía (⁴⁷): (a) la llamada 'hiper-retroactividad (es decir, 'más allá' del límite de la cosa juzgada) para los casos de verdadera *abolitio criminis*, a saber, cuando un hecho "según una ley posterior no constituye delito" (art. 2, apartado 2 C.P.); en estas hipótesis no sólo cesa la ejecución de la pena, sino que se anulan todos los efectos penales de la condena; (b) la retroactividad 'limitada' (en el sentido de que encuentra su límite insuperable en la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada) en caso de sucesión modificatoria *in bonam partem* (por ejemplo, en hipótesis de disminución de la escala penal) (art. 2, apartado 4 C.P.). Por otra parte, una reforma legislativa muy reciente del art. 2 C.P. ha superado, aunque sólo parcialmente, también este límite a la retroactividad favorable: ha sido incorporado, en efecto, un nuevo apartado 3 que establece que si la modificación sancionatoria *in bonam partem* prevé el reemplazo de la pena de detención originaria por una exclusivamente pecuniaria deberá encontrar aplicación el mecanismo de conversión previsto al efecto.

El sistema penal *español* es el que presenta hoy la disciplina intertemporal más favorable al sujeto condenado por sentencia definitiva (⁴⁸): en efecto, el art. 2 apartado 2 del Código Penal de 1995 afirma explícitamente el efecto retroactivo de la leyes favorables al reo (tanto las que derogan el delito como aquellas que atenúan la pena) también respecto de sentencias de condena pasadas en autoridad de cosa juzgada.

Las razones que comúnmente son adoptadas en defensa del límite de la cosa juzgada al principio de la retroactividad favorable, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional llamada a pronunciarse al respecto sobre la legitimidad constitucional, se basan en las exigencias de certeza y de seguridad jurídica, que harían razonable, y por lo tanto aceptable desde el punto de vista constitucional, la barrera de la *res iudicata* (⁴⁹). La comparación de estas *rationes* con aquellas identificadas como fundamento constitucional de la retroactividad *in mitius* hace, sin embargo, cada vez más débil la tolerabilidad de tal excepción; sobre todo si se observa el ordenamiento jurídico español que, por cierto, no se puede decir 'incierto' o 'irrazonable' sólo porque no conoce el límite de la cosa juzgada (⁵⁰). Las mencionadas exigencias de certeza jurídica - ligadas, si es que lo son, a una concepción retributiva del derecho penal y sostenidas por valoraciones utilitaristas de economía procesal- difícilmente puedan prevalecer en el juicio de ponderación entre los intereses en juego sobre los principios superiores de estricta necesidad y de proporcionalidad de la pena y de necesaria ofensividad del hecho punible. La superación progresiva del límite de la cosa juzgada debería representar por lo tanto el reconocimiento más

(⁴⁶) Cfr. R. MERLE - A. VITU, *Traité de droit criminel: problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Paris, 1997, p. 354 ss.; F. DESPORTES - F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Paris, 2005, p. 276 ss.

(⁴⁷) G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 287 s.

(⁴⁸) J. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal*, cit., p. 220 s.; profundizadamente E. FRIGOLS I BRANES, *Fundamentos de la sucesión*, cit., p. 481 ss.

(⁴⁹) En este sentido, entre otros, G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 415 ss.; DESPORTES - F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, cit., p. 277; en la jurisprudencia constitucional italiana cfr. C.Cost. n. 277/1990; n. 80/95; n. 74/80; n. 164/74.

(⁵⁰) Cfr. E. FRIGOLS I BRANES, *El principio de irretroactividad*, cit., p. 126.

evidente de la consolidación constitucional del “derecho fundamental” a la retroactividad favorable en el marco de la legalidad penal europea.

5.2. Otro aspecto de particular interés es el relativo a la disciplina temporal de la prescripción del delito: se trata de saber si el instituto de la « prescripción » entra en el campo cubierto por el vínculo constitucional de retroactividad favorable o si, al contrario, queda fuera de él.

Pues bien, aun cuando se califique a la prescripción como instituto del derecho penal sustancial (y no procesal, como sostiene todavía una parte de la doctrina especialmente alemana) ⁽⁵¹⁾, la conclusión no resulta de todos modos unívoca; en el plano metodológico el problema debe ser planteado correctamente recurriendo, otra vez más, a las *rationes* constitucionales que hemos identificado como fundamento del principio de retroactividad *in mitius*.

Desde esta perspectiva, la prescripción estaría vinculada constitucionalmente, en el plano del derecho intertemporal, con la retroactividad favorable en la medida en que la disminución de los tiempos de prescripción sea efectivamente expresión de un cambio de juicio sobre la necesidad y proporcionalidad de la pena o sobre la menor ofensividad del delito; en caso contrario, la prescripción estaría, en cambio, fuera del ámbito de acción del principio y la disciplina intertemporal permanecería a la disponibilidad del legislador nacional, legitimado a decidir sobre la base de exigencias contingentes de oportunidad político-criminales o de política procesal (por ejemplo, en función de la deflación de los procedimientos en curso en un sistema judicial particularmente congestionado como el italiano).

Ahora, hoy es difundida y acreditada en la doctrina la opinión de que también la prescripción concierna al juicio de necesidad y merecimiento de pena y, por lo tanto, al desvalor global del hecho expresado por el ordenamiento jurídico ⁽⁵²⁾: desde este punto de vista, por lo tanto, también la disminución legislativa de los tiempos de prescripción del delito, que manifiesta una debilitación de la necesidad de pena, debería ser absorbida en el vínculo constitucional de la retroactividad *in mitius*, sin posibilidades legítimas de derogaciones temporales que limiten su aplicabilidad a todos los procedimientos penales aún pendientes.

Es cierto que con la prescripción estamos probablemente “en las márgenes” de la cobertura constitucional de la retroactividad favorable; en efecto, si se quiere identificar un ‘núcleo duro’ de tal principio –*compartido* mayoritariamente por las tradiciones legislativas de los Estados miembros de la Unión Europea y por lo tanto más fácil de ser ‘recibido’ dentro de la legalidad penal europea, éste se hallaría en las modificaciones normativas que importan un cambio directo e inmediato en cuanto a la valoración de la licitud penal del hecho criminoso: en primer lugar, por consiguiente, las modificaciones restrictivas del hecho típico o aquellas extensivas de las causas de justificación; luego, siempre dentro del núcleo duro aunque ya con importantes excepciones en los ordenamientos nacionales, deberían colocarse las modificaciones que inciden directamente sobre la entidad de la respuesta punitiva, dado que también ellas son expresión de un cambio de juicio sobre el desvalor del hecho; en una zona de frontera se colocarían las modificaciones atinentes a la punibilidad, al menos en la medida en que incidan (como en el caso de la prescripción) sobre el juicio de merecimiento y necesidad de pena; finalmente, fuera del vínculo constitucional de

⁽⁵¹⁾ Para un marco general de la cuestión vid F. GIUNTA – D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Turin, 2003, p. 63 ss.

⁽⁵²⁾ Cfr. F. GIUNTA – D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit. p. 44 ss.; M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, *Commentario sistematico al codice penale*, III, art. 150-240, Milán, 1994, p. 61; G. DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, cit., p. 330.

retroactividad, se colocan las leyes procesales que también podrían incidir indirectamente sobre la aplicabilidad de la pena en concreto o, en todo caso, repercutir sobre derechos fundamentales del imputado.

Marco Maria Scoletta

(Dottore di ricerca in Diritto Penale Italiano e Comparato – Università Statale di Milano)