

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA APLICACIÓN DE LA NORMA MÁS FAVORABLE*

ELISEU FRÍGOLS I BRINES

Profesor Ayudante Doctor de Derecho penal

Universitat de València

I. Introducción

Es un honor haber sido invitado a realizar una contribución en el libro homenaje al profesor Carbonell Mateu, y un placer para mí poder hacerlo. Creo innecesario hacer hincapié en la extensa y rica carrera académica del homenajeado, tanto en su vertiente puramente docente e investigadora como de gestión -Decano de nuestra Facultat de Dret y Vicerrector de la Universitat de València-; trayectoria que ha determinado, entre otros reconocimientos, su elección como Conseller del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, o su participación como vocal permanente en la Comisión General de Codificación.

Si hay algo que une la producción científica del profesor Carbonell Mateu y de su escuela académica con la escuela académica de la que yo provengo – además de la figura del profesor Cobo del Rosal, que fue maestro del homenajeado y del profesor Boix Reig- y, con carácter general, con la del Departamento de Derecho penal de la Universitat de València, es nuestro interés en el desarrollo de las garantías penales y, en especial, en el derecho fundamental a la legalidad penal.

Este trabajo se ocupará de una de esas garantías penales, en concreto, de la retroactividad favorable, sobre la que el profesor Carbonell Mateu ha tratado en algunos de sus libros (Carbonell Mateu, 1999:140 passim), capítulos de libro (Carbonell Mateu, 2023-a), y también en artículos de prensa (Carbonell Mateu, 2022; Carbonell Mateu, 2023-b, Carbonell Mateu, 2023-c), sobre todo – pero no únicamente- a raíz de la polémica surgida por la aplicación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual y su posterior modificación por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril.

* Eliseu.Frigols@uv.es, ORCID 0000-0003-3735-2619.

La tesis que sostendré aquí – que ya he sostenido con anterioridad en otros trabajos (Frígols i Brines, 2004; Frígols i Brines, 2011; Frígols i Brines, 2024), pero que resulta importante revisitar, sobre todo a la luz del debate generado en nuestro país por la aplicación de la reforma de los delitos sexuales ya mencionada- es que existe un verdadero derecho fundamental a la retroactividad favorable en nuestro ordenamiento jurídico y que, como todos nuestros derechos fundamentales, goza de las garantías conferidas a los mismos en el artículo 53.2 CE y, además, de la tutela multinivel que ofrece el ordenamiento de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

II. La retroactividad favorable como campo de batalla

La necesidad y el fundamento de la aplicación retroactiva de las normas penales más favorables siempre ha sido objeto de discusión, tanto en España² como en el resto de países de nuestro entorno (Frígols i Brines, 2002), y ese cuestionamiento ha sido todavía mayor en España por la amplitud con la que se prevé esta aplicación en el artículo 2.2 Cp, por cuanto en muchos ordenamientos jurídicos europeos la regulación legal no permite la aplicación de la norma más favorable una vez ha recaído sentencia firme³. Ése y no otro es el motivo por el que las reformas de nuestro Código penal, sobre todo aquellas que poseen cierta entidad, suelen acompañarse de disposiciones transitorias que hacen inaplicable ese mayor alcance del artículo 2.2 Cp, y limitan la posibilidad de revisión de las sentencias firmes a aquellos casos en los que sentencia no sea imponible con la norma posterior más favorable⁴.

² Así, Frígols i Brines, 2004: 403-410, y autores allí citados; Silva Sánchez, 1993; Lascurain Sánchez, 2000, que propone la limitación de la aplicación de ley más favorable mediante el recurso a la ampliación del concepto de ley temporal, Silva Sánchez, 2007: 11, en el que entiende que cabe excluir la aplicación del art. 2.2 Cp mediante una mera interpretación que excluyese la aplicación retroactiva de la norma más favorable, basada en una mera valoración.

³ Así lo prevé el Art. 112 del Código penal francés, salvo para el caso de la despenalización (Frígols i Brines, 2002: 50 y 51), y de igual modo el artículo 2 del Código penal italiano (Frígols i Brines, 2002: ; Cornacchia, 2017: 166 *passim*). En el caso de Alemania, el artículo 2 del Código penal prevé la aplicación de la norma más favorable, pero únicamente hasta el momento de la firmeza de la sentencia (Frígols i Brines, 2002: 148; Roxin/Greco, 2020: 250, § 62).

El caso de Portugal es ligeramente distinto, por cuanto el artículo 2.2 del Código penal prevé la aplicación de la norma más favorable tras una sentencia firme en caso de despenalización, pero en caso de sustituirse por una norma más favorable que no despenaliza el hecho, la condena máxima que puede cumplir el reo se establece en el límite máximo de la norma más favorable (art. 2.4 del Código penal portugués). El Código penal rumano presenta una regulación parecida a la portuguesa para este mismo supuesto (art. 6 Código penal rumano), pero mucho más casuística, por cuanto ofrece una solución concreta para cada tipo de pena (extensamente, Nefliu, 2020).

⁴ Véase Frígols i Brines, 2011:3-6, donde se explica con cierto detalle la relación entre disposiciones transitorias y art. 2 Cp, y referencias que allí se citan. También Frígols i Brines, 2004: 518-519.

Cuando esto no sucede, como ha ocurrido recientemente con la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, se debe proceder a la aplicación del art. 2.2 Cp, y esto ha dado lugar en muchas ocasiones a su aplicación a hechos cometidos bajo la vigencia de una ley anterior al ser la Ley Orgánica 10/2022 más favorable, fuera ésta o no la intención del legislador al aprobarla (Cancio Meliá, 2022; Varona Gómez, 2023)⁵, fundamentalmente porque enumera los medios comisivos sin establecer ninguna indicación legal adicional sobre la gravedad de cada uno de esos medios⁶.

Esto ha venido sucediendo, salvo contadas excepciones, desde la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, con la inmensa mayoría de las modificaciones del Código penal (Marín de Espinosa Ceballos, 2023: 29).

⁵ Por cuanto la *voluntas legislatoris* puede ser un criterio interpretativo de la ley penal, pero el principio de legalidad, en su vertiente de vinculación legal del tribunal al texto de la formulación normativa, requiere que los órganos jurisdiccionales respeten el tenor literal de las formulaciones normativas a la hora de deducir las normas que derivan de ellas. Así, al fusionar los antiguos delitos de agresión sexual y de abuso sexual, cuya pena se vinculaba con los medios comisivos empleados, en el nuevo delito de agresión sexual - que no distingue entre medios comisivos- se recogen ahora los casos de los anteriores delitos de agresión sexual y de abuso sexual con un marco penológico más amplio, pero en todo caso con un límite inferior ostensiblemente menor que el anterior, lo que necesariamente cambia el contexto de la pena impuesta o imponible conforme la ley vigente en el momento de comisión de los hechos, y obliga a revisar dichas penas, y en muchos casos, a considerar las normas derivadas de la Ley Orgánica 10/2022 como leyes más favorables.

Tomemos el ejemplo de un supuesto de violación cometido con violencia o intimidación durante la legislación anterior a dicha Ley Orgánica, en la que se hubiese aplicado una atenuante simple de reparación del daño (art. 21.5ª Cp), y en la que el tribunal de instancia hubiese decidido imponer motivadamente una pena de 6 años, deberá necesariamente revisarse a la baja, porque aunque esos mismos 6 años formen ahora parte de la mitad inferior, la imposición de la pena en su mínimo debiera verse reflejada de algún modo, en un rango que tiene un total de 4 años de extensión. Es el propio tipo el que ha equiparado la pena para todos los medios comisivos, y no puede esperarse que los tribunales distingan donde no distingue la ley. Creo que tienen razón los autores que dicen que el problema se encuentra en determinar qué ley es la más favorable en el caso concreto (García Sánchez, 2023: 160; Carbonell Mateu, 2023-a:243), por lo heterogéneo de los planteamientos de las dos leyes y la amplitud de los marcos penológicos, que les ha dejado a los tribunales la “patata caliente” de asignar la pena. En el brete de ser acusados de arbitrariedad a la hora de revisar las penas, los tribunales han preferido aplicar, con carácter general, la interpretación más favorable para el reo. Lo que, por cierto, se agradecería que fuese su forma de actuación en el resto de asuntos y materias, por cuanto, en otras ocasiones el TS sí que ha tomado decisiones político-criminales contra el tenor literal de los tipos (véase, para citar un ejemplo clásico, el desdibujamiento del concepto de violencia en las coacciones o, muy recientemente, la interpretación derogatoria del enriquecimiento personal y el beneficio patrimonial a la hora de aplicar Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña).

⁶ Es muy loable que la Ley Orgánica 10/2022 haya querido poner el acento en el consentimiento y no en los medios comisivos -que el artículo 178.2 Cp pone en pie de igualdad, de forma que sólo podrán ser considerados para la individuación de la pena, si no existen otras atenuantes o agravantes (Ramon Ribas/Faraldo Cabana, 2020:31, quienes acertadamente apuntan a la individualización de la pena del art. 66.1.6ª Cp), y por eso no pueden volver a valorarse so pena de incurrir en *bis in idem*- a la hora de crear ese nuevo paradigma de delito de agresión sexual, pero no se puede pretender equiparar los medios en la ley y esperar que los tribunales continúen aplicando las penas de unos tipos penales que se diferencian, precisamente, por sus medios comisivos. No comparto, pues, la opinión de quienes, ante la imposición de la pena mínima en el anterior marco penal, pretenden que eso no tenga reflejo en el marco penal actual (García Sánchez, 2023: 155) por el mero hecho de que en la regulación anterior se empleó violencia. Habrá que estar a las circunstancias concretas del caso y del autor (art. 66.1.6ª Cp), teniendo en cuenta que este precepto no es aplicable en todo caso, y que junto con la existencia o no de la violencia o la intimidación, se deben valorar otras cuestiones que afectan al hecho y a las circunstancias personales del autor. La Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, al crear tipos agravados por el uso de violencia e intimidación o anulación de la voluntad, pretende precisamente asegurar la imposición de una pena superior en esos supuestos.

Además del ruido político que se ha producido - con los partidarios de la ley atacando a los tribunales por no aplicarla correctamente (Marín de Espinosa Ceballos, 2023:25) y a los letrados por cumplir su función constitucional⁷, y sus detractores convirtiendo en un drama lo que simplemente es un cambio de paradigma en relación con estos delitos, con consecuencias insignificantes en términos del fin preventivo de la pena⁸ -, en el ámbito jurídico también se ha producido una reacción, a veces expresada por escrito, otras veces como reflexión en voz alta, de cuestionamiento de la aplicación de la retroactividad favorable o, al menos, de planteamiento de la necesidad de limitar sus efectos⁹.

El propio legislador, en el preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, se atrevió a afirmar, en el último párrafo del ordinal VIII, que se introducían disposiciones transitorias, a pesar de que no era necesario por hallarse vigentes las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 10/1995, lo que causa desazón porque denota ignorancia de conocimientos básicos de técnica legislativa y del funcionamiento de la aplicación temporal de las normas, por cuanto - aun admitiendo que dichas disposiciones transitorias siguen en vigor al no haber sido derogadas expresamente- han perdido toda su eficacia al haberse procedido ya a la revisión de todos los asuntos en los que se pudieron aplicar. Pero, además, nunca podrían aplicarse a esta Ley, porque no se refieren a ella, sino a la Ley Orgánica 10/1995.

Sin embargo, la interpretación más restrictiva de la aplicación de la retroactividad favorable ha venido de la mano de la fiscalía general del estado, en concreto del Decreto de 21 de noviembre de 2022 (precediendo a los argumentos utilizados más tarde en el mencionado preámbulo) y, después, de la Circular 1/2023, de 29 de marzo, siendo esta última la que examinaremos con más detalle. Ambas pretendían aplicar como regla general para las sentencias firmes la excepción a la aplicación de la retroactividad favorable contenida en

⁷ Véase el mensaje de X de la anterior Secretaria de Estado de Igualdad, en la que, sorprendentemente, arremetía contra los abogados de los ciudadanos condenados por delitos sexuales por ejercer el derecho de defensa de sus clientes al solicitar la aplicación de las normas más favorables (https://x.com/Pam_Angela_/status/1582648944068526080).

⁸ En el mismo sentido, otros autores (García Sánchez, 2023:159).

⁹ Cancio Meliá, 2022, que recoge al final de su artículo una referencia al criterio de limitación de revisión de sentencias de algunas disposiciones transitorias del Código penal que, sin embargo, aquí no existen; Varona Gómez, 2023, quien parece plantear un entendimiento sobre la norma más favorable que choca con la continuidad típica existente entre unos tipos y otros; Doménech Pascual, 2022, abogando directamente por limitar la aplicación de la retroactividad favorable por entorpecer la evolución legislativa; Marín de Espinosa Ceballos, 2023: 34, que responsabiliza las reducciones de penas a la ausencia de disposiciones transitorias, entre otros.

disposiciones transitorias de leyes precedentes, en los casos en que la pena impuesta en la sentencia también era susceptible de imponerse con arreglo al nuevo marco legal, con independencia de la existencia o no de disposiciones transitorias, por ser el entendimiento tradicional, así como que

“las disposiciones transitorias de las leyes penales que introducen modificaciones legislativas carecen de virtualidad para limitar y, mucho menos contradecir, lo dispuesto en los artículos 49 CDFUE, 9.3 CE, y 2.2 CP. Por ello, debe entenderse que esas disposiciones se limitan a ofrecer una interpretación auténtica del principio de retroactividad de la ley penal más favorable que consagran los citados preceptos, precisando los términos en que estos deben ser interpretados a la hora de determinar qué norma debe ser considerada más favorable para el reo en la sucesión normativa” ¹⁰.

La aplicación de dicha regla se apoya en citas de resoluciones del TS que permiten sostener dicho criterio - a mi juicio, tan erróneas como el propio planteamiento de la fiscalía-.

Por último, la fiscalía apoya la limitación de la aplicación de la revisión a las sentencias firmes en la jurisprudencia del TEDH, argumentando que, conforme a la misma, la aplicación de las normas más favorables a las sentencias firmes no forma parte del contenido esencial del derecho a la retroactividad favorable.

Por todo ello, creo necesario, aunque sea brevemente, recordar qué justifica la aplicación de la retroactividad favorable, por qué entiendo que se trata de un derecho fundamental de los ciudadanos, y por qué considero que, sobre todo en nuestro ordenamiento jurídico, no se halla limitada por la firmeza de la sentencia.

III. La retroactividad favorable como derecho fundamental. Razones y fuentes.

En trabajos anteriores (Frígols i Brines, 2004: 410-429; Frígols i Brines, 2011:7) ya puse de manifiesto que la justificación de la retroactividad favorable se halla en el principio de proporcionalidad y la prohibición de exceso, razón por lo que lo sitúo en el artículo 25.1 CE, puesto que el propio TC ha establecido el fundamento de la proporcionalidad penal en el artículo 25.1 CE¹¹.

¹⁰ Esta afirmación resulta muy preocupante, porque, de un lado, indica un grave desconocimiento de cómo funciona la aplicación temporal de las normas (puesto que las disposiciones transitorias, adicionalmente a tratarse de metadisposiciones de un nivel superior al art. 2 Cp, son normas especiales) y de cómo interaccionan entre sí disposiciones del ordenamiento europeo y nacionales, sean éstas constitucionales u ordinarias. *Vid. supra* referencia a mis trabajos en nota 3, y referencias allí contenidas. Otros autores lo recogen de un modo parecido (Gambardella, 2013).

¹¹ Por cuanto la proporcionalidad, para el TC, debe ir ligada a la garantía de otros derechos fundamentales. En este caso, la proporcionalidad de las penas está vinculada, según el TC, con el art. 25.1 CE (STC nº 136/1999, de 20 julio, reiterada más recientemente por la STC nº 8/2024, de 16 de enero). Por más que, con carácter general, también estará implicado el derecho fundamental a la libertad del artículo 17 CE, por cuanto la mayor parte de

La proporcionalidad por sí misma, sin embargo, no explica por qué, si la norma se consideraba proporcionada en el momento de la comisión del hecho, ésta no lo es con posterioridad. Para que esto tenga sentido debemos introducir un enfoque dinámico en la proporcionalidad, que proviene de la finalidad preventiva del Derecho penal, y que explica por qué resulta necesario actualizar la valoración realizada por la norma penal. En un sistema penal basado exclusivamente en la retribución no tendría sentido dejar de castigar a quien ha cometido un hecho injusto (Kant, 1994:168-169), y si reflexionamos un poco comprenderemos que nuestra resistencia a la aplicación de la retroactividad favorable se basa precisamente en planteamientos retributivos poco compatibles con la naturaleza dinámica del derecho penal¹².

Dentro del principio de proporcionalidad en sentido amplio, son el principio de necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto los que justificarán la aplicación de la norma más favorable. En primer lugar, porque la aplicación de la norma anterior, que contiene una pena superior al injusto que se predica de la conducta en la actualidad, implica, no solo un derroche innecesario de coacción penal, sino también un uso desproporcionado del *ius puniendi* que impide la consideración de la norma anterior y exige la aplicación de la posterior más favorable. Pero también porque la proporcionalidad en sentido estricto es la que permite ponderar la legitimidad de los fines que se persiguen en relación con el sacrificio de los derechos fundamentales que estos comportan. En conclusión, lo que se hace es contribuir a maximizar la libertad individual (art. 1.1 CE) que, en la mayor parte de las ocasiones, en Derecho penal, estará ligada, directa o indirectamente, a la libertad personal (art. 17 CE).

Del mismo modo, parece lógico que un derecho fundamental que proviene del principio de proporcionalidad, y que no tiene una plasmación concreta en la CE no sea otra cosa que un principio, que requiere de concreción normativa y que deja cierto margen de actuación al legislador, sin que suponga ausencia de contenido. No existe justificación material a la limitación de la revisión de sentencias firmes, sin que la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, conforme a la Circular 1/2023, aporte dicha justificación. La circular no explica, como tampoco lo hacen los ordenamientos jurídicos que limitan la aplicación de la

penas del Código penal son privativas o limitativas de la libertad ambulatoria. Una parte de la doctrina lo sitúa también en el art. 25.1 CE por su relación con la legalidad penal, de forma similar a la que lo ha hecho el TEDH (Boix Reig, 1983: 74-75; Huerta Tocildo, 1993:100-101; Lascuráin Sánchez, 2000: 62). Un resumen del planteamiento doctrinal en Llabrés Fuster (Llabrés Fuster, 2017:673-674)

¹² No discuto la legitimidad y la admisibilidad de la retribución como fin del sistema penal, y reconozco su valor como limitación a los excesos que derivan de la prevención. Sólo señalo que nuestros juicios retributivos están basados en la gravedad que tenía la conducta cuando se cometió, pero ese juicio viene fijado por el tenor literal de la ley, que ahora ha cambiado, y con ella debe actualizarse nuestra valoración.

retroactividad favorable, cómo contribuye a la seguridad jurídica de los ciudadanos el mantenimiento de las consecuencias penales de una norma que ha cambiado. Y otro tipo de explicaciones para mantener ese castigo (económicas, de carga de trabajo procesal, costes reputacionales políticos, etc.) atentan contra nuestro entendimiento de las garantías penales¹³. Creo, por todo lo expuesto, que la carga de justificar por qué mantener las consecuencias penales de una legislación ya derogada debe recaer en quienes pretenden mantenerla.

Por eso, considero que los tribunales, al negarse a limitar la aplicación del art. 2.2 Cp en el caso de la reforma de los delitos sexuales han actuado conforme a derecho y que, en el caso del resto de leyes de reforma del Código penal que contienen disposiciones transitorias limitativas de la retroactividad favorable para las sentencias firmes, serían inconstitucionales al no justificar la desproporción de seguir aplicando una represión penal que la ley ya no juzga necesaria.

¿Qué podría hacer el ciudadano a quien se le deniega la revisión de una condena firme?

Hasta la fecha, el TC ha negado el carácter de derecho fundamental de la retroactividad favorable (Frígols i Brines, 2004; Frígols i Brines, 2011; Carbonell Mateu, 2023-a), sin que, salvo error por mi parte, desde el año 2008 se haya vuelto a dictar resolución en esta materia¹⁴. Sin embargo, la necesidad de interpretar el derecho a una retroactividad favorable conforme a los acuerdos internacionales en materia de derechos humanos (art. 10.2 CE), creo que determina la necesidad de que el TC lo reconozca como tal derecho fundamental. No olvidemos que este derecho se halla recogido en el art. 15.1 PIDCP, el art. 49.1 de la CDFUE – al que el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea le otorga la misma validez legal que al tratado-, y, finalmente, también ha sido reconocido por una consolidada jurisprudencia del TEDH¹⁵

¹³ En este sentido, no comparto la opinión (Doménech Pascual, 2022) de que la retroactividad favorable pare el cambio legislativo. El abuso del cambio legislativo en materia penal, “manoseando” la regulación sin la necesaria reflexión – véase, recientemente, además de los delitos sexuales, lo ocurrido con los delitos de malversación-, es algo que no tiene trazas de disminuir, sino que, por el contrario, tiende a aumentar de forma imparable. La potestad legislativa tiene como ventajas su carácter simbólico, su inmediatez y, sobre todo, su poco coste (sobre todo si - y en eso coincido con el autor- no se analizan los costes de esas decisiones legislativas).

¹⁴ STC 21/2008, de 31 de enero. Las SSTC nº 6/2010, de 14 de abril y nº 55/2010, de 4 de octubre se dirigían contra una disposición transitoria que demoraba la entrada en vigor de una norma despenalizadora, pero se inadmitieron los recursos por pérdida sobrevenida de objeto.

¹⁵ Entre otras, la SSTEDH de 5 de febrero de 2013, Martirososyan c. Armenia; la STEDH (Gran Sala) de 18 de julio de 2013, Maktouf y Damjanović c. Bosnia y Herzegovina; la STEDH de 12 de enero de 2016, Gouarré Patte c. Andorra; la STEDH de 12 de julio de 2016, Ruban c. Ukraine; STEDH de 24 de enero de 2017, Koprivnikar c. Slovenia; la STEDH 18 de febrero 2020, Jidic c. Rumanía; la STEDH de 6 de octubre de 2020, Pfenning Distributie S.R.L. c. Rumanía; la STEDH de 24 de mayo de 2022, Sinan Çetinkaya y Ağyar Çetinkaya c. Turkey; la STEDH 18 de octubre de 2022, Mørck Jensen c. Dinamarca.

como parte esencial del artículo 7 CEDH desde la Sentencia Scoppola c. Italia (STEDH 17 septiembre de 2009) ¹⁶.

Entiendo que tanto la argumentación ofrecida en favor de la aplicación de la retroactividad de la norma más favorable, como la referencia al reconocimiento internacional del derecho sería suficiente para otorgarle las garantías que derivan del artículo 53.2 CE, y de esa forma plantear la cuestión como un recurso de amparo basado en el artículo 25.1 CE, de manera que el derecho a la ley penal más favorable se formularía como un derecho fundamental independiente, y no cómo un reflejo indirecto del principio de legalidad por ausencia de aplicación del art. 2.2 Cp¹⁷, puesto que en caso de existir disposiciones transitorias serían éstas las aplicables, y no el art. 2.2 Cp.

Para finalizar, y a modo de disparos partos, se podría añadir dos argumentos adicionales que impiden al legislador que limite la retroactividad favorable si hay cosa juzgada.

El primero de los argumentos tiene que ver con el tenor literal de la redacción del art. 15.1 PIDCP y del Art. 49.1 CDFUE en relación con la retroactividad – sin desconocer que la segunda es tributaria de la primera-, por cuanto ninguna de las dos redacciones establece límites a dicha retroactividad favorable, y notablemente en relación con la cosa juzgada. A quien se adelante a señalar que se trata de un principio, de forma que cabe fijar excepciones a la hora de concretarlo en reglas concretas, se le podría decir que es cierto, pero que si esa redacción no

¹⁶ Comparto con Sotis (Sotis, 2012: 124-129) la idea de que no se puede sustituir el debate sobre la justificación de una institución jurídica con un mero debate sobre las fuentes y su jerarquía porque, en ocasiones, se sustituye un debate por el otro, sobre todo porque resulta más difícil justificar una decisión que recurrir a un argumento de autoridad -por más que, en la práctica de los tribunales, el debate se cierra con la decisión del tribunal superior, que no necesariamente el más razonable ni el más acertado-, y esto es un problema del que adolece la retroactividad favorable, sobre todo a nivel internacional. Sotis se refiere al parco razonamiento del TEDH en la sentencia Scoppola, pero es bastante más preocupante el nivel del debate, en el seno del Praesidium que preparó el borrador de la Carta, en relación con el art. 49 CDFUE (entonces art. 10), que se deduce de las enmiendas presentadas en relación con el mismo y del acta de su discusión (Coghlan/Steiert, 2020: 877-884 (discusión), 1870-1882 (enmiendas)). En la misma línea de ausencia de razonamiento y de remisión (poco fundamentada) a las fuentes en relación con la retroactividad favorable, la STJUE (Gran Sala) de 3 de mayo de 2005 (asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02) señala que se considera un principio general del Derecho de la UE por cuanto proviene de “las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”, lo que tomado literalmente es manifiestamente inexacto, dado que en ese momento, salvo error por mi parte, sólo formaba parte de la Constitución portuguesa. Si con eso se refería a la ratificación del PIDCP por los estados miembros, la afirmación puede tener algo más de fundamento.

¹⁷ Esta solución, que plantea doctrina (Cuerda Riezu, 1998: 290; Cuerda Riezu, 2012: 95) y TC a efectos de amparo, es sólo útil para los casos en los que los tribunales no aplican la norma más favorable conforme a la legislación vigente, pero no sirve para cuestionar disposiciones transitorias ni el propio contenido del art. 2.2 Cp.

tuviese la intención de ser precisa y aplicable, no habría dado lugar a reservas por países como Italia y Alemania¹⁸.

En segundo lugar, y de forma contraria a lo que se indica en la Circular 1/2023 de la FGE, el TEDH falló, precisamente en uno de los casos que cita, a favor de aplicar la norma más favorable en un supuesto en el que lo impedía una disposición transitoria, y que además lo era por una condena firme. Se trata de la STEDH de 12 de enero de 2016, Gouarré Patte c. Andorra, en la que, a pesar de que las disposiciones transitorias no permitían la revisión de una pena que no fuese privativa o limitativa de la libertad, el TEDH estima que, dado que la norma del Código penal andorrano que regula la retroactividad favorable (equivalente a nuestro artículo 2.2 Cp) no establece límites por el tipo de pena, tampoco parece que sea razonable excluirlas en una disposición transitoria (§§ 28-36).

Estos argumentos vienen a confirmar que deben existir buenas razones para limitar la aplicación de la norma más favorable, cuyo fundamento se basa en contribuir a proteger la libertad del ciudadano frente a un derecho penal que tiende a ser cada vez más omnipresente y con penas cada vez más graves, y cuya utilidad real sabemos que es muy limitada.

BIBLIOGRAFÍA

Boix Reig, J., (1983): “El principio de legalidad en la Constitución”, en Departamento de Derecho penal. Universidad de Deusto (ed.), *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal. Algunos problemas específicos*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1983, pp. 51-76.

Cancio Meliá, M. (2022): «La revisión de condenas después de la reforma de los delitos sexuales», *El País*, 17 de noviembre de 2022.

Carbonell Mateu, J.C. (1999): *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch.

Carbonell Mateu, J.C. (2022): “Retroactividad”, *Infolibre*, 28 de noviembre de 2022, https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/retroactividad_129_1373557.html, consultado por última vez el 30.11.2024.

Carbonell Mateu, J.C. (2023): Comentarios a la LO 14/2022 de reforma del Código Penal, en González Cussac, J. L. et al. (2023). Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 243-258.

¹⁸ Frígols i Brines, 2002: 127. Otros países también realizaron reserva, por ejemplo, los Estados Unidos. Vid. https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?chapter=4&clang=en&mtdsg_no=iv-4&src=ind#EndDec, consultado por última vez el 30.11.2024.

Carbonell Mateu, J.C. (2023): “La contrarreforma no es una solución”, *Infolibre*, 31 de enero de 2023, https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/contrareforma-no-solucion_129_1415260.html, consultado por última vez el 30.11.2024.

Carbonell Mateu, J.C. (2023): “¿Y 3? Sobre consentimiento, violencia e intimidación”, *Infolibre*, 8 de febrero de 2023, https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/consentimiento-violencia-e-intimidacion_129_1422041.html, consultado por última vez el 30.11.2024.

Coghlan, N. /Steiert, M. (2020): *The Charter of Fundamental Rights of the European Union: the 'travaux préparatoires' and selected documents*, Florence, European University Institute.

Cuerda Riezu, A., (1998): “La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional”, Balado Ruiz Gallegos, M./García Regueiro, J.A., *La declaración universal de los derechos humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, Bosch, 275-279.

Cuerda Riezu, A., (2012): “Garantías constitucionales y garantías legales con respaldo constitucional en derecho penal. Consecuencias para la retroactividad favorable”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, T. 65, pp. 87-97.

Cornacchia, L. (2017): Capítulo V, “Legalità”, en Canestrari, S., Cornacchia, L., De Simone, G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Bologna, Società editrice il Mulino.

Doménech Pascual, G. (2022): “El efecto trinquete del principio constitucional de retroactividad de las normas sancionadoras favorables”, *Almacén de Derecho*, 24 de noviembre de 2022 (<https://almacenederecho.org/el-principio-constitucional-de-retroactividad-de-las-normas-sancionadoras-favorables-y-el-principio-de-proporcionalidad>, consultado por última vez el 30.11.2024).

Frígols i Brines, E. (2002): *El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales: Una perspectiva desde el derecho comparado*, San José, Editorial Jurídica Continental.

Frígols i Brines, E. (2004): *Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español: Existencia y aplicabilidad temporal de las leyes penales*, Barcelona, J.M. Bosch Editor.

Frígols i Brines, E. (2011), “La determinación de la norma más favorable a partir de las Disposiciones Transitorias de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y el fundamento de la retroactividad favorable: A propósito de la nueva redacción del artículo 368 del Código penal”, *Revista General de Derecho Penal (Iustel)*, n.º 16, 2011, pp. 1-15.

- Frígols i Brines, E. (2024): Voz “Irretroactividad de la ley penal”, Collantes Rodríguez, J.L., *Diccionario digital de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Lima, Academia Peruana de Derecho, pp. 483-492.
- Gambardella, M. (2013): *Lex mitior e’ giustizia penale*, Torino, G. Giappichelli Editore.
- García Sánchez, B. (2023): “La nueva concepción de la libertad sexual en la ley del «Solo sí es sí» y su problemática aplicación retroactiva”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 30, págs. 113-163.
- Huerta Tocildo, S. (1993): “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 39, pp. 81-113.
- Kant, I. (1994): *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos.
- Lascuraín Sánchez, J.A. (2000): *Sobre la retroactividad favorable*, Madrid, Civitas.
- Llabrés Fuster, A. (2017), Voz “Irretroactividad y retroactividad de la ley penal”, en Boix Reig, J. (dir.)/ Lloria García, Paz, *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed., Madrid, Iustel, pp. 670-686.
- Marín de Espinosa Ceballos, E. (2023). “La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24-25, pp. 1-36.
- Nefliu, I. (2020): *Succesiunea în timp de legi penale - Teorii, criterii, evoluția principiului lex mitior*, Bucarest, Editura Hamangiu.
- Ramón Ribas, E./Faraldo Cabana, P. (2020): ““Solo sí es sí”, Pero de verdad. Una réplica a Gimbernat”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, pp. 21-42.
- Roxin, C./GRECO, L. (2020): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 5ª ed., Munich, Beck.
- Sotis, C. (2012): “La “mossa del cavallo”. La gestione dell’incoerenza nel sistema penale europeo”, en Mir Puig, S. (dir.)/Gómez Martín (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid, Marcial Pons, pp. 105-141.
- Silva Sánchez, J.M. (1993), “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las “Leyes en Blanco””, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, pp. 424-461.
- Silva Sánchez, J.M. (2007): ““Rebajas de enero” para delincuentes jóvenes adultos ¿con efecto retroactivo?: La sucesión de leyes derivada de la entrada en vigor – el 5 de febrero de 2007 – de la LO 8/2006, de reforma de la LO 5/2000”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º.1, 2007, pp. 1-12.

Varona Gómez, D. (2023): “Sobre la (no) aplicación retroactiva de la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual. A propósito de la STS 128/2023 de 27-2-2023”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº.1, 2007, pp. 1-12.