ta con arreglo á los principios generales del derecho y á los que hemos establecido como fundamento de la teoría que examinamos, no podría entonces sostenerse la retroactividad de dicha ley. En efecto, hemos dicho ya con relación al derecho perteneciente al poder público de castigar y de imponer aquellas penas que estime proporcionadas para establecer el orden jurídico, que no podía admitirse limitación alguna á dicha facultad fundada en derechos adquiridos por el delincuente. El derecho de castigar y la sanción de la pena proporcionada según los justos criterios del legislador son de orden público, y no puede, por lo tanto, admitirse el supuesto de derecho alguno adquirido por los particulares que venga á limitar así la absoluta potestad del legislador. Por el respeto debido á los principios de la justicia es por lo que no debe aplicarse la ley penal más severa, y por lo que ha de admitirse siempre la autoridad retroactiva de la ley más benigna; y siendo esto así, ¿cómo puede surgir la figura jurídica del derecho adquirido por parte del delincuente tan sólo por la consideración de haberse publicado en el tiempo intermedio entre el delito y el juicio una ley penal más benigna? Se dice, es cierto, que si el delincuente hubiese sido juzgado mientras ésta regía, le hubiera favorecido la mayor suavidad de la ley intermedia; pero sin que por esto se entienda contestar á dicha objeción, debemos observar solamente que el culpable no se aprovecharía de la ley intermedia más que por la consideración de que la soberanía no podía sin injusticia aplicar las disposiciones más severas mientras que con arreglo á la conciencia jurídica de la época era considerada la pena como exorbitante y no precisa para el restablecimiento del orden jurídico. ¿Podría sobre esto fundarse el derecho adquirido? Si en el momento de cometerse el delito no estaba en vigor la ley intermedia para poder fundar sobre ella el justo concepto de la expiación proporcionada al hecho cometido: si dicha ley no estaba tampoco en vigor al tiempo del juicio para fundar sobre ella el justo concepto de la pena necesaria para el restablecimiento

del orden jurídico, ¿cómo podría surgir el derecho de demandar y obtener la aplicación de tal ley? No existiendo relación alguna entre el acusado y la ley intermedia, que no existiría para el hecho del delito ni para el hecho de la proporcionalidad de la pena en conformidad con la conciencia jurídica en el momento en que hubiere de ser pronunciada la condena, ¿cómo admitir la autoridad y la aplicación de semejante ley intermedia?

Para concluir, debemos repetir que la teoría por los contrarios expuesta puede ser justificada únicamente por razones de humanidad y de prudencia política; pero que de ningún modo es sostenible, á nuestro modo de ver, fundándose en los principios generales de la penalidad, y especialmente en aquellas por las cuales puede ser autorizada la retroactividad de la ley penal más benigna.

14. Quédanos ahora por examinar otro caso que puede dar lugar á grave discusión, cual es si el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna puede tener aplicación, en la hipótesis de que haya sido impuesta ya por sentencia que hubiere llegado á ser irrevocable la pena más severa establecida por la ley anterior, cuando se dicte una ley nueva que fije una pena más benigna para el mismo delito declarado en la sentencia condenatoria referida.

Teniendo en cuenta la razón por la que se deben aplicar siempre las disposiciones más favorables de la ley que impere al tiempo del juicio, ¿debería admitirse del mismo modo que, aun en el caso en que el culpable hubiere sido ya irrevocablemente condenado, debe aprovecharle el beneficio de la nueva ley para el efecto de disminuir la pena que estuviere cumpliendo?

Acerca de esta cuestión están en completo desacuerdo las opiniones de los autores, y también ha sido diverso el criterio seguido en los diferentes códigos. Respecto á la solución de la misma, según las legislaciones más recientes, creemos oportuno recordar que en los códigos publicados en estos últimos años no ha sido generalmente acogida la regla de la retroactividad de la ley penal más

benigna respecto de la pena ya impuesta por sentencia que llegare á ser irrevocable. En efecto, el Código del Cantón-Ticino se limita á disponer, en cuanto á esto, que sólo puede admitirse la conmutación en el caso de que haya sido cambiada la clase de la pena (art. 8.º) El Código húngaro no sanciona la regla de la retroactividad de la ley penal más benigna en este caso (art. 2.º) En la ley transitoria de 1880 se encuentran trazadas únicamente algunas reglas acerca de la conmutación de las penas que lleven consigo la privación de la libertad y que no sean admitidas por la ley nueva, y otras relacionadas con las consecuencias y los efectos propios de la condena con arreglo á la ley anterior, cuando fuesen incompatibles con las disposiciones de la nueva ley. El Código de Bélgica (art. 2.º), el de Holanda (art. 1.º), el de Portugal (art. 1.º), no establecen disposiciones relacionadas con esta cuestión. La ley transitoria holandesa de 15 de Abril de 1885 contiene algunas reglas para la conmutación de la pena perpetua, y para las otras penas establece la conversión de la antigua penalidad en la nueva, fijando los límites máximos dentro de los cuales debe ser contenida la misma. De este modo se propone dicha ley poner en armonía las penas establecidas por la antigua legislación con el máximum de las fijadas por el nuevo Código, para obviar así los inconvenientes de la discordancia entre la antigua legislación y la nueva, que tendía á rebajar en general la duración de todas las penas.

En Germania, cuando fué discutido ante la Dieta del imperio tudesco el Código penal para la Germania septentrional, que llegó á ser después el Código general de la nación, se propuso extender á los delincuentes ejecutoriamente condenados antes de entrar en vigor el nuevo Código el beneficio de las disposiciones más favorables establecidas por la ley nueva; pero esta proposición fué grandemente combatida. La mayor parte de los escritores estuvieron de acuerdo en sostener que después de la sentencia del juicio, que había adquirido la autoridad de cosa juzgada, no podía darse el caso de disminuir las

penas, irrevocablemente decretadas, en virtud de una ley nueva; que esta misión podía ser, en efecto, concedida al Poder soberano, á quien competía únicamente la facultad de la gracia de indulto, pero que hubiera sido exorbitante concederlo al juzgador (1).

En la discusión de los varios proyectos del Código italiano esta cuestión fué largamente debatida, porque en los diversos proyectos propuestos se encontraba verdaderamente sancionada la regla de extender la aplicación de las disposiciones más favorables, aun en el caso de haber una pena impuesta por sentencia llegada á ser irrevocable.

En efecto; en el proyecto de 25 de Noviembre de 1876 presentado por Mancini á la Cámara de los Diputados, y que fué después discutido en 1877, se encontraba el § 4 del art. 2.º, que disponía lo siguiente: «Si la pena hubiese sido ya impuesta por sentencia que hubiere venido á ser irrevocable, se sustituirá por la que fuere más favorable, ya en cuanto á su especie, ya en cuanto á su duración, establecida por la ley posterior para el delito definido en la misma sentencia.» Esta disposición fué después mantenida en el proyecto que presentó Zanardelli en 1883, en el presentado también por Teciani el 23 de Noviembre de 1886 y reproducido después en el proyecto de Código actual presentado en 22 de Noviembre de 1887 por el mismo Zanardelli. Fué, sin embargo, muy viva la oposición por parte de la Comisión de la Cámara de los Diputados y de aquellos que discutían fuera de ella acerca de tal disposición; y fueron tales los argumentos expuestos para poner de manifiesto las graves dificultades que podrían originarse por la revisión de los fallos, que prevaleció la

(1) Véase Mayer, *Der Entierirf cines Strafgesetzes für das Königreich Italien* (Wien, 1889), en cuya obra este insigne escritor critica el sistema contrario del proyecto italiano.—Véase también Schwarze, *Handbuch des deutschen Strafrechts von Holtzendorff*, vol. II, pág. 27; Hälschner, *System.*, I, pág. 41; Binding, *Handbuch des strafrechts*, I, pág. 212; Bermer, *Lebirbuch*, número 148.

opinión de no extender la retroactividad de las disposiciones más favorables del nuevo Código á las sentencias irrevocables, y de reservar, por el contrario, á las disposiciones transitorias el proveer acerca de esto. Así en el Código actualmente vigente en Italia, que, como es sabido, ha empezado á regir en 1.º de Enero del corriente año, se dispone en el art. 2.º, que es el que establece la regla acerca de la retroactividad de la ley penal, que solamente cuando la ley posterior haya eliminado del número de los delitos aquellos hechos que antes fueran punibles según la legislación anterior, será cuando deban ser aplicadas las disposiciones de la ley nueva á aquellos á quienes hubiere sido ya impuesta una condena irrevocable, debiendo cesar su ejecución y los efectos penales de la misma; pero que cuando, por el contrario, contenga la nueva ley únicamente disposiciones más favorables respecto de un delito, deben aplicarse tales disposiciones al acusado que no hubiere sido todavía sentenciado, ó que, de haberlo sido, no hubiere llegado á ser irrevocable la sentencia. El nuevo Código omite completamente lo que deba hacerse en el caso de que la sentencia llegue á ser irrevocable, y de aquí que no se encuentre en él la disposición contenida en los proyectos propuestos, sino que, por el contrario, se haya dejado el proveer sobre esto á la ley transitoria.

Dejando aparte ahora lo que las leyes hayan dispuesto acerca de esto, procuremos examinar, con ayuda de los principios, si la regla de la retroactividad debe ser estimada aun en el caso de que haya sido pronunciada una sentencia irrevocable.

15. Los que sostienen la opinión afirmativa dicen, que en virtud del mismo principio de justicia, por el que deben aplicarse las disposiciones más favorables de la legislación vigente al tiempo del juicio á los procesados que hubieren cometido un delito bajo el imperio de la ley más severa, debe también admitirse la reducción proporcionada de la pena en el caso de existir sentencia irrevocable. Sería, dicen ellos, una manifiesta contradicción el

admitir el principio de la retroactividad en el caso de estar pendiente el juicio y no aceptarlo en el de existir una condena, pues cuando el legislador ha declarado excesiva ó no necesaria, y por lo tanto injusta, la pena más severa establecida por la ley anterior, no se puede distinguir entre que haya recaído ó no sentencia; porque así como habría que considerar injusto el mantener la pena por todo aquel tiempo que excediese de la sanción fijada por la nueva ley, por conducir esto á agravar la situación del culpable imponiéndole otra pena que la reconocida por el legislador como suficiente para la represión y castigo de aquel determinado delito, no podría con fundamento sostenerse, tratándose como se trata en esencia de un acto de justicia, que haya de parecer una injusticia esto cuando no ha recaído aún el fallo, y que deba, sin embargo, mantenerse por la sola consideración de haber recaído ya una sentencia. Añadamos, finalmente, que considerando el delito tal cual haya sido definido por la sentencia, y limitándose solamente á conmutar y suavizar la pena, para poner en esta parte la sentencia en armonía con la ley nueva, no vendría á privarse de autoridad á la cosa juzgada, sino, por el contrario, á hacer aquello que los mismos jueces hubieran debido hacer si el culpable que había cometido el delito estando vigente la ley anterior, en vez de haber sido ya juzgado cuando se promulgó la ley nueva, se hubiese hallado todavía en condiciones de ser sometido al juicio.

Por otra parte, añaden dichos autores, que exagerando así hasta el exceso la autoridad de la cosa juzgada en materia penal y reputándola intangible, á pesar de sobrevenir nuevas leyes y nuevos códigos más benignos, sería necesario, para ser lógicos, respetar del mismo modo la cosa juzgada, en el caso de que la sentencia hubiese condenado por un hecho que, según la nueva ley, hubiera dejado de pertenecer al número de los delitos, y admitir por lo tanto, que en este caso el condenado por sentencia irrevocable debería sufrir la pena impuesta en dicha sentencia por el respeto debido á la autoridad de la misma,

Sin embargo, todos de acuerdo rechazan esto por la justísima consideración de que, así como ninguno puede ser penado por un hecho que la nueva ley no estime como delito, tampoco podría ser obligado, sin notoria injusticia, á cumplir la pena que por dicho hecho le hubiere sido ya impuesta. Por esta razón creen los sostenedores de la opinión que exponemos que el legislador faltaría á un deber de justicia si no proveyese á limitar, con arreglo á los criterios más justos de la nueva ley, las penas que se estuvieren cumpliendo, porque él no podría inexorablemente exigir aquella mayor parte de penales sufrimientos estimados por el mismo innecesarios para los fines sociales.

16. A nuestro juicio, la doctrina de la retroactividad de la ley penal más benigna responde á los dictados de la razón y á los principios fundamentales de la justicia penal; pero á la vez entendemos que la fuerza de la cosa juzgada y el respeto que á ella se debe, han de ser considerados como una garantía de orden y de seguridad social, por lo que no puede admitirse que la regla de la retroactividad haya de ser aplicada, si por su aplicación pudiera menoscabarse la autoridad de la cosa juzgada.

Conviene advertir además que todo sistema penal se informa en criterios múltiples y complejos. En efecto, cuando una ley nueva mitiga la pena, se inspira en conceptos diversos, porque en ciertos casos modifica los elementos mismos del delito, y reconoce como causa de excusa circunstancias que no eran estimadas como tales en la legislación anterior; en otros casos se excluye del número de las circunstancias agravantes algunas de las que según la legislación anterior tenían este carácter, ó exige para su apreciación condiciones que según la anterior ley no eran exigidas. Así, pues, cuando el legislador sustituye à una pena más grave una pena más benigna, establece frecuentemente un nuevo método de penalidad por el que consigue realizar la necesidad de volver á examinar bajo su aspecto jurídico todas las causas que motivan la imposición de la pena, para decidir después de qué manera debe ser proporcionalmente mitigada. Ahora bien:

fácilmente se comprende que con tal fin ocurriría establecer un nuevo juicio y la revisión de la cosa juzgada para decidir después cómo el sistema más benigno de penalidad de la ley nueva debería ser sustituído por el de la ley anterior. El juez, por ejemplo, que imponiendo según la ley anterior el mínimum establecido por la misma, por representar éste en su conciencia la pena justamente debida, ¿habría necesariamente aplicado también el mínimum más benignamente fijado por la ley nueva, si rigiendo ésta hubiere debido fallar? ¿Puede asegurarse que no habría sentido, por el contrario, la necesidad de no ajustarse al mínimum en el caso de estar vigente la ley nueva? Necesario sería descender al examen del hecho concreto objeto del proceso, investigar los motivos y las razones que aconsejaron la imposición de aquella pena determinada, y del mismo modo por tales motivos habría podido obtenerse el resultado de las discusiones y veredictos, encaminar la investigación en los unos y en los otros, para deducir cuál haya de ser el criterio regulador de la pena, considerar nuevamente qué valor hayan tenido en la conciencia del juez las circunstancias eximentes ó atenuantes, el carácter de las personas, su condición social, y en una palabra, todo aquel cúmulo de elementos que fueron ya apreciados y que motivaron la imposición de la pena. Ocurriría en otro caso determinar en la justa proporción todas las resultancias del hecho en relación con la ley nueva, para deducir de aquí la pena más benigna, que según ésta habría debido ser pronunciada, y restringir la pena impuesta, teniendo en cuenta los términos más benignos establecidos por la ley nueva. Resulta de todo esto evidente que si bien no es indispensable un nuevo juicio formal, sería inevitable un nuevo examen de las resultancias del hecho en virtud de las que hubiese sido dictada la sentencia y quedaría inevitablemente mermada la autoridad de la cosa juzgada, que debe ser siempre mirada como base indiscutible del orden social, que descansa en gran parte en la eficacia ó en la fuerza indestructible de los fallos, irretractables en materia penal.

Apreciando atentamente todas estas graves dificultades que surgen inevitablemente en la práctica, fácil es convencerse de que si fuese posible con arreglo á los principios de la justicia ó de la equidad justificar la extensión de la regla de la retroactividad de la ley más benigna posterior á los efectos de las condenas precedente y definitivamente impuestas, el peligro de la justa vigencia de la misma regla y el temor de las graves consecuencias que de ella pueden derivarse, habida consideración á lo incólume del principio del orden público, surgirían necesariamente de excluir la aplicación de la ley nueva más benigna, cuando hubiese sido ya impuesta la pena con arreglo á la ley anterior, en virtud de una sentencia que hubiese llegado á ser irrevocable.

Nos parece, pues, que no puede aceptarse la opinión contraria, fundada en sentimientos de humanidad, y entendemos que no puede ser aplicado el principio de la retroactividad á los hechos terminados ya en virtud de las leyes anteriores y á la reducción de las penas impuestas que estuvieren ya cumpliéndose. Sostenemos esta misma opinión aun en el supuesto de que la nueva ley haya subrrogado á la pena perpetua establecida para un determinado delito la pena temporal; y siempre por la necesidad de mantener invulnerable la autoridad de la cosa juzgada, opinamos que en esta hipótesis podría encontrarse el remedio eficaz en el derecho de la gracia de indulto, sin tener que torcer para ello el principio de la irrevocabilidad del fallo.

Solamente en el caso de que la ley nueva haya excluído del número de los delitos una acción penada como criminosa por la ley anterior, admitiríamos que deben cesar de derecho los efectos de las condenas irrevocables, porque en este caso vendría á faltar por parte de la soberanía el derecho de mantener los sufrimientos penales contra el condenado, y no existiría la acción del juez para pronunciar las nuevas penas más benignas según la ley posterior, sino que, por el contrario, vendría á cesar de pleno derecho todo ministerio penal.

Admitimos, por el contrario, que la influencia de la nueva ley penal más benigna pueda extenderse del mismo modo á los condenados irrevocablemente, en cuanto concierne á los efectos y á las consecuencias de las condenas. Esto, en efecto, no es otra cosa que la aplicación del principio general de que la ley penal más benigna debe tener autoridad retroactiva y no implica, por lo tanto, la modificación ó revisión del fallo. Los efectos y las consecuencias legales de las condenas son en verdad un accesorio de la pena, y consisten ó en las ulteriores privaciones á que puede ser sometido el condenado que haya cumplido la pena principal (como, por ejemplo, la sumisión á la vigilancia de la policía ó á determinado domicilio), ó en las penas accesorias que ha de sufrir desde el momento en que haya sido condenado á la pena principal (como son, por ejemplo, la interdición para los oficios públicos, la pérdida de algunos derechos civiles, entre ellos la capacidad de administrar los bienes ó de disponer de ellos por testamento).

Se comprende fácilmente que estas consecuencias, aunque sean otros tantos elementos de la punición y de la condena, pueden ser, sin embargo, modificados por la promulgación de una ley más benigna, porque no vendría así á mermarse la autoridad y la eficacia de la cosa juzgada, sino á regular las consecuencias legales que se derivan del estado jurídico del condenado, admitiendo con relación á él los más justos criterios sancionados por la ley nueva.

17. Réstanos ahora examinar la cuestión transitoria que puede surgir en el caso de que la ley nueva haya cambiado las reglas acerca de la prescripción.

Las modificaciones de la ley nueva, respecto á la prescripción, pueden tener por objeto la acción penal ó la pena. Con relación á la primera puede suponerse que la nueva ley haya modificado las reglas sobre la admisibilidad ó inadmisibilidad de la prescripción respecto de un delito determinado, ó sobre las condiciones exigidas para que sea eficaz, ó finalmente, sobre el tiempo y el término para que tenga efecto.