



Revista de Derecho
ISSN: 2313-6944
ISSN: 2707-9651
revistaderecho@unap.edu.pe
Universidad Nacional del Altiplano
Perú

Retroactividad de la Ley Penal: Adecuación del Tipo y Sustitución de Pena en el Código Penal Peruano

Ricra Mayo, Hebert Gregorio

Retroactividad de la Ley Penal: Adecuación del Tipo y Sustitución de Pena en el Código Penal Peruano

Revista de Derecho, vol. 6, núm. 2, 2021

Universidad Nacional del Altiplano, Perú

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=671870938005>

DOI: <https://doi.org/10.47712/rd.2021.v6i2.154>



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

Retroactividad de la Ley Penal: Adecuación del Tipo y Sustitución de Pena en el Código Penal Peruano

Retroactivity of the Penal Law: Adaptation of the Type and Substitution of Penalty in the Peruvian Penal Code

Hebert Gregorio Ricra Mayo

Universidad Nacional Federico Villarreal, Perú

hebertunfv@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.47712/rd.2021.v6i2.154>

Redalyc: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=671870938005>

 <https://orcid.org/0000-0002-1018-0995>

Recepción: 05 Agosto 2021

Aprobación: 15 Septiembre 2021

Publicación: 24 Septiembre 2021

RESUMEN:

El presente trabajo tiene como objetivo conocer los fundamentos y los alcances de la retroactividad de la ley penal cuando se busca una adecuación del tipo penal y/o sustitución de la pena, así como identificar los criterios de interpretación que utilizan los jueces penales al momento de resolver solicitudes de esta naturaleza. Para ello, se realiza un estudio descriptivo-empírico, toda vez que, pese a la aparente simplicidad del tema, se observa en la jurisprudencia nacional que tanto, operadores de justicia como abogados desconocen la funcionalidad de ambos mecanismos que tienen como finalidad la reducción de la pena impuesta ante una modificación normativa que ponga en mejor situación al condenado.

PALABRAS CLAVE: Retroactividad benigna, adecuación del tipo penal, sustitución de pena.

ABSTRACT:

The objective of this work is to know the foundations and scope of the retroactivity of the criminal law when seeking a reconduction (adaptation) of the criminal type and / or substitution of the penalty, as well as to identify the interpretation criteria used by criminal judges when resolving requests of this nature. For this, a descriptive-empirical study is carried out, since, despite the apparent simplicity of the subject, it is observed in the national jurisprudence that both justice operators and lawyers are unaware of the functionality of both mechanisms whose purpose is to reduce the penalty imposed before a normative modification that puts the convicted person in a better situation.

KEYWORDS: Benign retroactivity, adequacy of the criminal type, substitution of penalty.

1. INTRODUCCIÓN.

La promulgación de una nueva norma trae consigo “una modificación total del sistema en virtud de las múltiples implicancias que todas sus partes tienen entre sí” (Fierro, 2013, p. 251); no obstante, por regla general “las leyes penales, no pueden extender su autoridad y su eficacia más que únicamente sobre aquellos hechos que fueren posteriores a su promulgación” (Fiore, 1927, p. 430).

Sin embargo, es posible reconducir la calificación de un tipo penal, así como sustituir el marco punitivo a partir del principio de *retroactividad benigna*, la cual constituye una excepción a la regla de no poder aplicarse una ley a hechos acontecidos con anterioridad a su vigencia (*retroactividad*), ni aplicarse después de su extinción (*ultractividad*); claro está, siempre que ponga en una mejor situación al procesado o condenado. En ese sentido debe tenerse en cuenta que, si bien “la ley constituye una pretensión de regular la conducta humana conforme a las valoraciones vigentes en la época, y mediante ella se intenta satisfacer las múltiples necesidades surgidas en el seno de la comunidad” (Fierro, 2013, p. 247), ello no impide que se establezcan reglas excepcionales de aplicación retroactiva de la ley penal; al punto que, se establece también una garantía de irretroactividad *en peor* de la norma sancionadora, fijando un principio que “prácticamente deja cubierto,

a favor del inculpaado, todas las posibles dudas que pudieran ofrecerse en este terreno” (López, 2011, p.93), respecto al momento de dilucidar la aplicación temporal de una norma.

Así, la *adecuación del tipo y sustitución de pena* son mecanismos que pueden operar a partir de una modificación normativa, bien cuando derogue un tipo penal o cuando varíe el marco punitivo aplicable –*pena abstracta*– siempre que este resulte favorable al procesado o condenado. De tal forma que su aplicación puede darse en el transcurso del proceso, al momento de emitirse la sentencia o cuando ya se encuentra en ejecución, no significando en modo alguno vulneración a la seguridad jurídica o al principio de cosa juzgada; por cuanto encuentra sustento a nivel constitucional y legal.

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA RETROACTIVIDAD

En la primera disertación del Proyecto de CP de Manuel Lorenzo Vidaurre de 1828 se indicaba que el legislador al emitir una ley de sanción “después de promulgada, no puede alterarla, ni impedir su ejecución”[1], manifestándose una clara limitación a la posibilidad de permitir efectos retroactivos de una ley, lo cual se condice con lo establecido en los textos Constitucionales de 1823 (art. 121), 1826 (art. 97), 1828 (art. 151) y 1834 (art. 145) al señalar que los Tribunales y Juzgados debían aplicar las leyes existentes y que ninguna tiene efecto retroactivo.

Por su parte el CP de Santa Cruz de 1836 describe al delito como al que “libre y voluntariamente, y con malicia, hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena” (art. 1), no señalando alguna regla excepcional de aplicación temporal de la ley frente a una modificación normativa. Mientras que las Constituciones de 1839 (art. 154), 1856 (art. 15) y 1860 (art. 15) si proscribían explícitamente que “ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo”.

En igual sentido vemos que en el CP de 1863 se establece que “las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas, penadas por la ley, constituyen los delitos y las faltas” (art.1); descripción que se repite en el Ante Proyecto de CP de 1877 (art.1) y de 1900-1902 (art.1), sin considerar reglas de aplicación de leyes penales en el tiempo, todo lo cual, se correspondería con lo preceptuado en las Constituciones de 1867 (art. 14) y de 1920 (art. 20), las cuales prescribían que “ninguna ley tiene efecto retroactivo”.

Con la entrada en vigencia del CP de 1924 encontramos la regulación de la aplicación en el tiempo de la ley penal[2], permitiendo la aplicación de la nueva ley penal a hechos delictivos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia siempre que le sea favorable, así como después de emitirse la sentencia condenatoria o estando en ejecución. Del mismo modo vemos que en el Primer Anteproyecto de CP de 1927 se establece un apartado sobre la aplicación de la ley penal en el tiempo[3]; regulando de forma expresa que las personas que no aún no han sido juzgados les será de aplicación este código en cuanto le sea favorable; así como limitar la derivación de acción penal y de la ejecución de la pena a los actos sancionados por la ley anterior y que este texto no califica como infracciones.

Sin embargo, el CP de 1924 entra en manifiesta contradicción con la Constitución de 1933 (art. 25), donde se indicaba que “ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos”; de esta forma “prohíbe y hace responder al legislador de sus acciones que miran directamente al pasado; por cuanto en ello consiste toda la carga que ha de soportar el principio de irretroactividad” (López, 2011, p.83), criterio que se mantiene durante la vigencia de esta constitución.

Con la promulgación del texto Constitucional de 1979 (inc. 7 del art. 233), se estableció que es una garantía de la administración de justicia “la aplicación de lo más favorable al reo en caso de duda o de conflicto en el tiempo de leyes penales”, lo cual, consagraba una amplitud gramatical abarcando no solamente la aplicación más benigna al procesado o condenado, sino incluso la combinación de leyes.

Ahora bien, el Proyecto de CP de octubre de 1984 no hace referencia alguna a la aplicación temporal de la ley penal[4]; no obstante en los sucesivos Proyectos de CP de agosto de 1985 (art.5) y de marzo de 1986 (art. 5), se reconoce el principio de favorabilidad en la aplicación de las leyes en el tiempo, limitándose la

aplicación combinada de leyes al establecer que “no se puede recurrir a leyes de diversas épocas para lograr, con su aplicación conjunta una regla más favorable”.

Criterio que también se asentó en el CP de 1991 y que fue respaldado con lo preceptuado en la Constitución de 1993 al señalar que “la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales” (inc. 11 del art. 139) y que se mantuvo incluso con la ley de reforma constitucional N° 28389. De tal forma, resulta evidente que, durante gran parte del proceso legislativo peruano ha sido preponderante la restricción de la retroactividad de la ley penal incluso tratándose de casos de favorabilidad.

3. FUNDAMENTOS

Como indicó Fierro (2013) “recién la ideología política del liberalismo consagró con signos indelebles la necesidad de la lex previa y consigo la abolición definitiva de las leyes ex post facto y el reconocimiento del principio de la ley más benigna” (p.260). La posibilidad adecuar un tipo penal y sustituir la pena encuentra sustento y justificación, fundamentándose en razones de justicia, toda vez que, no se puede, en efecto, “decir que solo por los principios de humanidad o de conveniencia política deba admitirse el temperamento de la ley más favorable al delincuente, sino que, por el contrario, debe ser considerada esta regla como un precepto de estricta justicia” (Fiore, 1927, p. 441)[5].

Incluso Kelsen reconocía la posibilidad de que las legislaciones permitan la aplicación retroactiva de una norma al mencionar que “se puede discutir el valor moral o político de las leyes retroactivas, pero no dudar acerca de su posibilidad” (1988, p.51); resultando evidente que ante la dación de una nueva ley pueda dejarse sin efectos otras, ya sea de forma expresa o tácita. No obstante, deberá tenerse presente que la ley derogada aún formará parte del sistema jurídico, esto es, tiene un grado de pertenencia, lo cual, será distinto a de si es posible su aplicación a un caso concreto o no.

El concepto de pertenencia, es explicado por Eugenio Bulygin (1991) al señalar que:

(...) [Los] casos [donde] es aplicable una norma, suele estar determinado por lo que he llamado criterios de aplicabilidad. Puede la ley más benigna en derecho penal es un ejemplo de tales criterios de aplicabilidad. En virtud de esta regla, el juez debe aplicar la ley penal más benigna con independencia de la cuestión de si tal ley sea vigente o no, es decir, si pertenece o no al sistema correspondiente al momento en que el juez dicta su sentencia (p. 266).

Entonces, la posibilidad de aplicar una norma de forma retroactiva, no es una excepción a la regla como se ha sostenido en la doctrina[6]; como lo señala Fiore Pascuale (1927):

Sería, en verdad, contrario a los principios de la justicia penal el imponer una pena sin que la ley la haya establecido y dado a conocer previamente; pero igualmente sería arbitrario fijar una pena exorbitante; o sea superior a lo que puede ser exigido, con arreglo a la razón penal, para conseguir el fin racional de la pena, es decir, la tutela del orden jurídico” (p. 442)

Por tanto, ante un cambio normativo que pueda favorecer la situación jurídica del procesado o condenado, no estaremos ante la misma finalidad perseguida por la norma derogada, en tal caso este fin racional de la pena deberá adecuarse conforme los nuevos designios o parámetros establecidos.

Ahora bien, no solamente se ha fundamentado la aplicación retroactiva de una norma a partir de razones de justicia, así Fierro (2013) señala que “el más firme sustento del principio de la irretroactividad de la ley más severa se encuentra en los principios de legalidad y reserva, pero tiene, además, firme apoyo en la concepción actual de las direcciones política-criminales referentes al fin de la pena en su doble función de prevención general y especial” (p. 303) (Villa, 2014); incorporando así aspectos materiales de la realidad social y teniendo en cuenta que tales directrices de política criminal irán variando conforme el transcurso del tiempo, lo cual forzará necesarias reformas que permitan tener un derecho acorde con la realidad en un momento dado. En tal sentido, resulta claro que “la ley nueva expresa las exigencias de la defensa social y las concepciones ético-jurídicas dominantes en el momento de su nacimiento” (Antón, 1986, p. 126).

Así, Valero Fernández (2017) señala que:

El derecho debe ser adaptado a la sociedad, que avanza de manera constante en el ámbito jurídico, donde surgen nuevas tecnologías que generan formas delictivas, imposibles de imaginar, décadas atrás, y destipifica hechos que carecen de interés para el Estado, que obligan, con cautela, a aplicar normas de carácter retroactivo. Esta evolución permite al ordenamiento estar en situación paralela a la sociedad y evitar un Derecho inepto (pp. 149-150).

También se ha sostenido que su fundamento estaría “en relación con el principio de legalidad y su exigencia de *lex praevia*, en el sentido que se trata de impedir la arbitrariedad del Estado y su intervención abusiva sobre los derechos y libertades del sujeto” (Bustos y Hormazabal, 1997, p. 107). De esta forma, podemos referir que el principio de retroactividad benigna se constituye en un “límite al poder estatal”.

Por su parte en la doctrina argentina si bien se ha reconocido en su fundamento en la ley previa, no obstante, incorporan a este “el principio de defensa social” (Fontan, 1998) (Etcheberry, 1999). Hay quienes encuentran en el principio de proporcionalidad razones que justifican la aplicación retroactiva de una norma; así Bello (2020) refiere que “más que recurrir a la retroactividad favorable para facilitar una aplicación hacia atrás de una nueva disposición, resulta más coherente recurrir a la exigencia de proporcionalidad, aun cuando esta se encuentre en una fase más incipiente de desarrollo y reconocimiento en la doctrina y jurisprudencia” (p. 236); con ello se trata de buscar una neutralidad en la respuesta penal.

Por su parte, en nuestro ámbito jurisprudencial el Tribunal Constitucional ha sostenido que se trata de una excepción al principio de irretroactividad de la ley, pero además refiere que “se sustenta en razones político-criminales, en la medida que el Estado no tiene interés (o no en la misma intensidad) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida) y, primordialmente en virtud del principio de humanidad de las penas, el mismo que se fundamenta en la dignidad de la persona humana (artículo 1º de la Constitución)”[7].

4. RETROACTIVIDAD BENIGNA

4.1. Definición y alcances

La retroactividad se entiende como la remoción directa del pasado real; la anticipación temporal de la aplicación de la norma a una época en la que aún no había nacido (López, 2011) o como refiere Fierro (2013) se da cuando se apliquen los efectos de una ley nueva a situaciones jurídicas anteriores a su vigencia (p. 273); generando diversos efectos como cuando la nueva ley “simplemente elimina el carácter delictivo del hecho, o crea una circunstancia eximente nueva, o amplía las ya existentes, o acorta el plazo de prescripción, de tal modo que, como consecuencia de su aplicación, el reo debe ser absuelto” (Etcheberry, 1999, p. 144).

De esta forma, Carlos Creus (1992) señalaba que una ley puede ser más benigna que otra por los más variados factores:

Porque elimina la tipicidad penal de la acción, varía su naturaleza, contenga mayores exigencias de punibilidad, amplíe la negativa de ésta (introduciendo nuevas causas de justificación), restrinja la punibilidad en las formas especiales de aparición del delito (tentativa, participación, concurso), aumente las situaciones en que se prevé la no imposición de la pena (excusas absolutorias), atenúe el menoscabo de bienes jurídicos que constituye la pena (variando su naturaleza –pena privativa de libertad por multa- o su medida), etc. (p. 100).

Queda claro que la aplicación de una nueva ley a situaciones jurídicas del pasado -en cuanto puede mejorar la condición del procesado o condenado- se denominará retroactividad benigna; y solo será de aplicación al caso concreto siempre que se constituyan dos presupuestos esenciales “de una parte, la identidad objetiva del presupuesto de hecho (objeto, situación, relación jurídica, etc.); de otra, la genuina sucesión de leyes,

de suerte que sea inequívoco el cambio de criterio del legislador, que se pronuncia más favorable en la Ley posterior” (Suárez, 1994, p.77).

Ahora bien, siendo que en ocasiones pueda resultar algo complejo determinar cuál es la norma favorable “la decisión corresponderá al juez, sobre la base de los efectos reales de la aplicación de una u otra ley tenga para el afectado” (Politoff, Matus y Ramírez, 2003, p.131).

Aunque para algunos “la ley penal intermedia más favorable no debería ser tenida en cuenta, pues corresponde a una concepción jurídica inexistente en el momento del hecho y que ya no se profesa en el momento del juicio” (Rodríguez, 1973, p. 136); sin embargo, es doctrina dominante que se permita la aplicación de la ley intermedia cuando resulte favorable al condenado o procesado (Bacigalupo, 1999).

No obstante, desde un ámbito de interpretación, se ha precisado que “la retroactividad benigna de la ley penal no se configura de manera absoluta” (...) ya que “el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no puede ser interpretado desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado. La interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral, es decir a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes (...)”[8]. Pero, también debe tenerse en cuenta que “cuando se pretenda aplicar retroactivamente una ley penal más favorable que la vigente al momento del hecho, la neutralidad estatal vendría ser una suerte de garantía y filtro en favor de la víctima, que reposaría en la tutela jurisdiccional efectiva” (Bello, 2020, p. 236).

Por su parte Valero Fernández (2017) ha reconocido grados de retroactividad, así en su grado máximo “supone la invasión de la ley nueva en la vigencia de la ley antigua, que ordena para el futuro efectos jurídicos de hechos pasados, como si la ley antigua no hubiera estado en vigor y en su lugar hubiera estado vigente la nueva ley” (p. 123); mientras que en su grado medio “se aplica a efectos no consumados de situaciones nacidas bajo la norma antigua” (p.124); siendo que en su grado mínimo “tiene lugar cuando la nueva norma es aplicada a efectos nacidos bajo su vigencia, pero derivados de una relación o situación jurídica constituida anteriormente. Solo se aplica a efectos producidos a partir de su entrada en vigor. En grado mínimo quedan afectados los hechos producidos a partir de la entrada en vigor de la nueva ley” (p. 125).

En definitiva, también “la variación de una norma de carácter extrapenal que incide sobre la estructura de un tipo penal de manera tal que altera la figura abstracta del tipo penal, debe comprenderse dentro del concepto de ley penal más benigna” (Lascano, 2005, p. 202); por cuanto, dicha modificación podría generar que una conducta pueda dejar de merecer un reproche penal.

Un caso particular plantea Carlos Creus (1992) citando a Zaffaroni, pues se pregunta si sería posible aplicar una norma benigna que se encuentra en un periodo de *vacatio legis*, esto es, habiéndose promulgado, sus efectos aún no se encuentran vigentes, considerando que “la ley sancionada no vigente más benigna tiene igualmente que ser aplicada, ya que la postergación de su vigencia solo tiene por objeto garantizar la publicidad para que sea conocida por quienes tienen que obedecerla, con lo cual, al ser más benigna, su aplicación a nadie perjudicaría” (p. 99). Aunque parece correcto tal razonamiento, nada impide que durante el periodo de tiempo de *vacatio legis* el legislador opte por derogar esta norma o modificarla pudiendo resultar contraproducente la aplicación de una norma favorable que aún no tiene vigente sus efectos; por tanto, con la finalidad de no trastocar la seguridad jurídica, consideramos que no se podrá aplicar normas favorables cuyos efectos no tengan plena vigencia.

Si bien la interpretación de las normas es un ejercicio de la labor jurisdiccional; no obstante, conforme nuestro texto constitucional el Congreso de la República puede hacer una interpretación auténtica de una norma que en uso de sus facultades haya emitido[9]. Dicha interpretación tendrá que darse a través de un nuevo acto legislativo para precisar el sentido y alcance de una ley anterior; y este nuevo entendimiento o aclaración no podrá aplicarse de forma retroactiva –pese a que se haya dado por medio de una ley-, por cuanto su único fin es interpretativo y no habría modificación normativa, de forma que tal criterio “rige únicamente para la auténtica ley interpretativa y no para la que, so pretexto de interpretación, modifica el texto legal que

ya ha sido promulgado” (Fontán, 1998, p. 145), ya que si nos encontramos en este último caso, en definitiva sería posible la aplicación retroactiva de la norma siempre que resulte favorable al procesado o condenado en un caso concreto.

Otro aspecto importante a dilucidar dentro de los alcances de la retroactividad benigna, está relacionado con las leyes de carácter temporal. La doctrina ha clasificado a estas en leyes temporales en sentido estricto en cuanto tengan un tiempo de duración establecido y en sentido lato cuando su vigencia “solo puede determinarse mediante la consideración del contenido y el fin de la regulación” (García, 2012, p.229). Sobre estas se ha dicho que “no constituyen un caso de aplicación del principio de la ley más benigna, porque la ley penal transitoria no encuentra su motivo, como sucede cuando una ley permanente es sustituida por otra” (Núñez, 1999, p. 94).

Ahora bien, conforme lo preceptuado en el art. 8 del CP las “leyes destinadas a regir durante un periodo de tiempo, se aplican a todos los hechos cometidos durante su vigencia”; siendo que de la literalidad del texto parece que esta solo comprenderá a las leyes temporales en sentido estricto como ha si lo ha sostenido García Cavero; sin embargo, para Villavicencio Terreros tal precepto contendría también a las leyes temporales en sentido amplio o como las denominó “leyes excepcionales”, parecer que resulta correcto por cuanto estas leyes de carácter transitorio buscan remediar una situación excepcional o circunstancias particulares, como las que atravesamos hoy en día en contexto de pandemia y en tal caso no habría una sucesión de leyes propiamente. Entonces podemos decir que “la ultractividad de las leyes penales temporales es una excepción del principio de retroactividad de la ley más favorable, que, a su vez, es una excepción del principio de irretroactividad de las leyes penales” (Bacigalupo, 1999, p. 193).

4.2. MARCO NORMATIVO

Conforme la legislación vigente no se permite la retroactividad, salvo en materia penal cuando favorece al reo, tanto durante el proceso o durante la ejecución de la pena; la misma es considerada una excepción a la regla, conforme se desprende de los artículos 103° y 139° inciso 11) de la Constitución Política cuando establecen que:

“Artículo 103°. (...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (...).

Artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”.

En tal sentido, la aplicación inmediata de las normas tiene su excepción en la aplicación retroactiva de la ley penal cuando ésta resulte favorable al procesado o condenado; encontrando mención expresa en el último párrafo del art. 6 del Código Penal al referir:

“Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley”.

Al respecto de este artículo, se ha discutido si es posible la combinación de leyes penales, esto es, una aplicación conjunta de algunos de los preceptos de la norma derogada y la vigente, siempre que estas favorezcan al procesado o condenado realizando así ya no solamente una labor interpretativa y de aplicación, sino también una suerte de construcción normativa. A esto se ha opuesto Etcheberry, Lascano y Fernández Carrasquilla;^[10] quienes han indicado que la labor del juez es aplicar la ley en su integridad y que estos no pueden hacer una mixtura de leyes ya que de lo contrario estaría tomando facultades que le corresponden al legislativo.

No obstante, jurisprudencialmente se ha reconocido que el art. 6 del CP reconocería como regla la posibilidad de combinación de leyes penales al establecerse que “es posible que se pueda elegir de entre dos

leyes penales sucesivas en el tiempo los preceptos más favorables, en virtud al “principio de combinación” que permite al juzgador poder establecer una mayor benignidad penal a favor del reo”[11].

5. ADECUACIÓN DE TIPO Y SUSTITUCIÓN DE PENA

En principio debe quedar claro que solo procederá la aplicación de estos mecanismos cuando se presente una modificación normativa que descriminalice o disminuya la sanción de un hecho ilícito “más no cuando simplemente le cambia de nombre o de ubicación sistemática, manteniendo la punición” (Fernández, 1998, 122). Así a través del artículo 6° del Código Penal[12] es posible aplicar una ley de forma retroactiva siempre que esta constituya una mejor situación para quien viene atravesando un proceso -la aplicación de la nueva ley al momento de emitirse la condena- o para quien se encuentre cumpliendo una pena.

Ahora bien, los supuestos de adecuación del tipo penal y sustitución de pena, pueden presentarse de forma consecuente o de forma independiente; toda vez que en el transcurso del proceso o con posterioridad a la emisión de la sentencia, si se produce una modificación normativa que afecte la calificación del tipo penal, se podrá solicitar la reconducción de subsunción de la conducta hacia otro tipo penal o dejar de calificar el delito como agravado, si es que el legislador hubiese optado por dejar sin efecto tal circunstancia; para luego posteriormente sustituir el marco punitivo (durante el proceso) o la pena (durante la ejecución de la condena), por uno más benigno; no obstante, debe quedar claro que tal procedimiento es totalmente distinto a la facultad otorgada al juez de poder desvincularse cuando advierte un error en la subsunción normativa o cuando concurra al hecho una circunstancia modificativa específica no comprendida en la acusación y en los casos de manifiesto error[13], esto es, cuando se trate la desvinculación judicial.

Cuando el cambio normativo no afecte la subsunción del tipo penal y solo varíe el quantum de la pena, en ese caso, tratándose de un proceso en trámite, corresponderá al Juez fijar la pena teniendo en cuenta el nuevo marco punitivo, lo cual no involucrará solicitud alguna, pues se entiende que al momento de emitir la sentencia se tendrá en cuenta la modificación normativa. En este caso, no podríamos hablar de sustitución de pena propiamente, por cuanto, lo que en realidad se sustituye es el marco punitivo por uno más favorable; lo que sí sucede cuando se trata de una condena en ejecución donde a través de una solicitud de parte, el Juez tendrá que evaluar la procedencia o no de la sustitución de la pena impuesta.

En la medida que la adecuación del tipo penal y sustitución de pena tienen una funcionalidad conjunta –desde el enfoque de la retroactividad benigna- con la finalidad de reducir la pena a imponer, ambos mecanismo forman parte de las consecuencias jurídicas del delito que se manifiestan al realizar la determinación judicial de la pena; puesto que su aplicación ocasiona que se revalúe la imposición de la pena concreta teniendo en cuenta el nuevo marco punitivo establecido a partir de una modificación legal, esto es, retrotrae el momento de la determinación judicial de la pena. Claro que, como hemos referido, cuando se trate de un proceso en trámite esta evaluación la realizará el Juez al momento de emitir la sentencia y por tanto no habrá una reevaluación en sí, pero tendrá necesariamente que determinar la pena con un nuevo marco punitivo.

En nuestra legislación, se dieron algunas reformas que generaron ciertos problemas de interpretación respecto a la aplicación de la retroactividad benigna, así vemos que surgieron algunas dudas respecto a los criterios de aplicación temporal de la Ley 28002[14], lo que conllevó a que el 11 de diciembre de 2004 el Pleno Jurisdiccional Nacional en la ciudad de Trujillo debata entre otros los problemas jurisprudenciales respecto a la sustitución de pena impuesta por la más favorable. Los criterios adoptados fueron tomados en cuenta por la Corte Suprema donde se establecieron las siguientes reglas de carácter vinculante[15]:

- a) Si la pena impuesta fue mayor a la del nuevo máximo, se reducirá al nuevo máximo legal;
- b) Si la pena impuesta fue el mínimo anterior, se convertirá en el nuevo mínimo legal;
- c) Si la pena impuesta fue inferior al mínimo anterior, pero mayor del nuevo mínimo, se reducirá al nuevo mínimo legal; y

d) Si la pena impuesta fue inferior al nuevo mínimo legal y menor al nuevo máximo de la pena del tipo base (art. 296), no se podrá reducir la pena.

Así también, incorporando algunos criterios sobre la retroactividad benigna, el Acuerdo Plenario N° 2-2005/DJ-301-A, de fecha 30 de setiembre de 2005 señala que como directiva general tiene que ver con el ámbito de la cosa juzgada, así:

La inmutabilidad de la sentencia firme de condena, con excepción de la pena –sí, desde luego, la variación legal incide en ese solo ámbito-, debe ser respetada. Y ésta tiene lugar en la declaración de hechos probados y en la precisión de las circunstancias y factores formalmente considerados en el fallo como relevantes para determinar judicialmente la pena: todas las circunstancias de atenuación, incluidas las especiales o excepcionales, y las eximentes imperfectas, que en su conjunto autorizan una pena por debajo del mínimo legal, así como otras consideradas puntualmente en la sentencia- a juicio de la Sala de ese entonces –justificó una pena determinada. Desde ese límite, no corresponde al Juez que califica la sustitución cuestionar o no aplicar los criterios, formalmente firmes y expresados en la sentencia que formulará en su día el Tribunal que emitió el fallo[16]

Habiéndose desarrollado algunas precisiones sobre la retroactividad benigna, no se ha evitado que en la jurisprudencia se encuentren casos que manifiesten la falta de comprensión de la adecuación del tipo y/o sustitución de pena; en ocasiones se observa que a través de estos se busca un nuevo estudio y un nuevo fallo de los hechos ya debatidos durante el juicio para reconducir la calificación de un tipo penal y consecuentemente, una disminución de la pena[17], pese a la inexistencia de una modificación normativa que resulte favorable.

Ahora bien, de igual forma, no será posible fundamentar una solicitud de esta naturaleza ante la fijación de nuevos criterios jurisprudenciales, ya que estas solo manifiestan una corrección del sentido como se interpreta una norma, esto es, no representan en modo alguno un cambio normativo, pese a que puedan dársele un carácter vinculante[18]. En consecuencia, un acuerdo plenario no puede aplicarse para modificar la calificación jurídica de los hechos, puesto que no se trata de una norma penal, sino sólo es una decisión jurisdiccional que no puede modificar el tipo penal[19]. La jurisprudencia puede adquirir un peso singular en la tarea interpretativa, pero no puede innovársela como fuente del derecho penal, puesto que ello implicaría convertir en “ley” los pronunciamientos judiciales que, en nuestro sistema, solo tienen vigencia obligatoria para el caso concreto que cada uno de ellos juzga (Creus, 1992, p.58).

Cuestión distinta es cuando hay un pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución conforme el art. 204 de la carta magna al declarar la inconstitucionalidad de una norma; pues esta tiene fuerza de ley al “romper con el principio positivista de que la Ley solo puede ser derogada por otra ley, por cuanto también una sentencia del TC que declare inconstitucional una ley tiene fuerza de Ley” (Chanamé, 2009, p. 614). En tal caso, si será posible la reconducción de una calificación jurídica y sustitución de pena, así vemos que la Corte Suprema de acuerdo con lo resuelto en el Pleno Jurisdiccional 00008-2012-PI-TC, de fecha 12 de diciembre de 2012[20] estableció que “la norma penal aplicada por sentencia cuestionada fue declarada inconstitucional. Es evidente que –en atención al principio de favorabilidad de la ley penal material en el tiempo- el hecho se enmarca en el tipo legal del artículo 170 del Código Penal, pero vigente cuando se perpetró el delito”[21]. Esto es, condujo la calificación jurídica a el tipo penal base a partir de declararse inconstitucional una modalidad agravada contenida en el art. 173 del CP.

Una caso particular resultan siendo los casos donde, pese a que se ha emitido una sentencia condenatoria con hechos determinados como probados, respetando el derecho de defensa y contradicción durante el desarrollo del proceso, sea posible reconducir la calificación de un tipo penal y sustituir la pena a partir de cambios en la situación jurídica de los procesados; así hemos encontrado casos donde “el único acusado cuyo juicio se encontraba pendiente de realizar fue absuelto de los cargos, y, por tanto, en la actualidad, no existiría la posibilidad jurídica de que, a las dos personas condenadas, se integre una tercera y de este modo se pueda configurar la agravante prevista en el inciso 6) del artículo 297 del Código Penal”[22]. Entonces, en definitiva, corresponderá una reconducción de la calificación y de ser el caso disminución en la sanción penal, pero, está no tendrá sustento en una modificación normativa que le sea favorable. Pese a que la pretensión se

fundamenta a partir de lo establecido en el art. 6 del CP, la resolución sustenta su decisión en razones de “valor justicia” para declarar procedente la adecuación del tipo y sustitución de pena, en la medida que exista una imposibilidad de configurarse el delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad agravada por la pluralidad de agentes (tres o más personas); lo que nos conlleva a señalar que en este caso en concreto, lo resuelto se basa en uno de los fundamentos que ha reconocido la doctrina para la retroactividad como es “razones de estricta justicia”; sin embargo, ello no quiere decir que necesariamente se trate de los mecanismos aquí expuestos.

Si bien, se ha referido que la adecuación del tipo y sustitución de pena operan a partir de cambios normativos sustentándose en el principio de retroactividad benigna; parece ser que estos tienen una funcionalidad más amplia, siendo posible su aplicación en casos distintos a los de modificaciones normativas; como una suerte de remedio que se incorpora a la doctrina jurisprudencial y la práctica procesal; como cuando durante la investigación se varía la calificación de la imputación o también cuando se declare fundada una excepción de improcedencia de acción relativa. Sin embargo, consideramos que en casos como el mencionado, en estricto llamamiento al valor justicia, el Tribunal de oficio, debería reconducir la calificación jurídica y disminuir la sanción una vez advertida la imposibilidad de mantener un tipo penal agravado de esta naturaleza. De esta forma, lo que corresponderá al Órgano Jurisdiccional será la emisión de una resolución que se integrará a la sentencia; pero de modo alguno se puede sostener que tal pronunciamiento se sustente en lo preceptuado en el art. 6 del CP, por cuanto este solo es de aplicación cuando se ha producido un cambio normativo.

Asimismo, el Código de Procedimiento Penales establece un supuesto de sustitución de pena favorable cuando señala que: “las penas o medidas de seguridad impuestas a los sentenciados que no hayan sido objeto de recurso de nulidad, solo podrán ser modificadas cuando les sea favorable” (art. 300, inc. 2). En tal sentido, ante un resultado favorable –disminución de pena- en la interposición de recurso de nulidad contra una sentencia condenatoria, acaecerá una consecuencia positiva para quienes no hayan recurrido la sentencia sustituyendo la pena impuesta por una más benigna. Ahora bien, dicho supuesto debe ser interpretado de forma amplia a favor del condenado; pues lo contrario distorsionaría los fundamentos del principio de favorabilidad; así incluso cuando una de las partes haya interpuesto recurso de nulidad y este fuera declarado improcedente por presentarse fuera de plazo, no podrá negarse los efectos del artículo en referencia, si es que alguna de las partes obtiene un pronunciamiento positivo ante la interposición de su recurso. Lo contrario involucraría una interpretación in malam partem de la norma, toda vez que cuando se restringe la modificación favorable, esta se dirige hacia quienes recurrieron y obtuvieron un pronunciamiento definitivo ante la Corte Suprema[23].

Un aspecto interesante sobre la aplicación de retroactividad benigna, se plantea con la promulgación de la Ley 30076 que incorpora el art. 45-A al CP donde se establece el sistema de tercios para la determinación judicial de la pena; por cuanto, resulta necesario establecer si ante este cambio normativo es posible modificar el quantum de pena impuesta –pena concreta-, ya que dicho sistema reduce la discrecionalidad del Juez en la determinación de la pena concreta, dejando de lado la teoría del espacio de juego que le otorga una discrecionalidad mayor.

Al respecto uno de los Colegiados del Sistema Nacional ha manifestado que no resultaría de aplicación la retroactividad benigna en modificaciones respecto al sistema de determinación judicial de pena, por cuanto:

Lo establecido en los artículos 45, 45-A y 46, son una serie de criterios o “pasos a seguir” que deben tener en cuenta los Jueces al momento de individualizar la pena. Es por ello que las disposiciones contenidas en dichos articulados son normas de carácter procesal y no sustantivos, a pesar de estar inmersas en el Código Penal, y se rigen bajo el principio Tempus Regis Actum, ello supone la aplicación inmediata de la ley procesal”[24]

La determinación judicial de la pena “alude a un procedimiento técnico y valorativo que aplica el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo, cuantitativo y ejecutivo la sanción a imponer en el caso sub judice” (Prado, 2015, pp. 48-49); por tanto, las reglas que fijan su proceder no agotan sus efectos en desarrollar un mero procedimiento, sino que, sirven para advertir la configuración de presupuestos que pueden intensificar o reducir el reproche penal; en tal sentido, no concebimos en modo alguno que las normas

que regulan la determinación judicial de la pena sean de naturaleza procesal, por cuanto son en estricto de naturaleza sustantiva. Esto se puede evidenciar claramente al observar lo señalado por el art. 45 del CP cuando fija los presupuestos para fundamentar y determinar la pena (carencia social, la cultura del procesado o sus costumbres) y también en el art. 46 del CP al regular las circunstancias de atenuantes o agravantes genéricas.

Para esta cuestión resulta importante remarcar lo señalado por BELLO, quien refiere que:

Al momento de evaluar si una norma en concreto es susceptible de protección por la prohibición de retroactividad, no importa su ubicación en el ordenamiento penal, sino fundamentalmente su naturaleza punitiva, efecto y el carácter desfavorable o perjudicial de la misma para situación jurídica del imputado, básicamente en lo que respecta a sus derechos fundamentales, con especial incidencia en la libertad (Bello, 2020, p.256)

No obstante, pareciera que el razonamiento del Colegiado se centraría en lo regulado por el art. 45-A del CP, toda vez que, del contenido propio de la norma se observa que describe una serie de etapas para la fijación de la pena concreta; sin embargo, dicho procedimiento o “pasos a seguir” como se ha referido, en realidad son reglas que vinculan al Juez y le sirven de guía para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley; por tanto, al igual que los preceptos anteriores, su naturaleza es sustantiva; pues nada impediría que estas reglas puedan ser pasibles de modificación y de aplicación retroactiva o ultractiva ; así, si en un determinado momento se señala que ante la concurrencia de varias circunstancias atenuantes y una sola agravante -atendiendo a razones de necesidad y proporcionalidad de la pena- el Juez deberá fijar la pena sobre el tercio inferior conllevando a un cambio sustancial dentro de la determinación judicial de la pena. En tal caso, nada obstaría a que alguien que haya sido condenado sobre el tercio medio de la pena, a partir de esta modificación, pueda solicitar la sustitución de pena a través de la reevaluación de la pena concreta.

Después de haber mostrado algunos criterios adoptado sobre la aplicación de la adecuación de tipo y/o sustitución de pena, resulta evidente que no se ha llegado a comprender los alcances de estos mecanismos, ni identificar los supuestos para su aplicación. Ahora bien, mucho más preocupante es advertir que en una multiplicidad de estos casos que son resueltos por el Sistema Nacional, son en realidad peticiones para reevaluar las pruebas actuadas en juicio y/o cuestionar que no se haya tomado en cuenta condiciones personales para una reducción de pena[25]. En tal sentido, ello nos lleva a señalar que no solamente hay un desconocimiento sobre estos mecanismos por parte de los operadores de justicia, sino también, por parte de los abogados litigantes quienes recurren a la instancia judicial con pretensiones carente de fundamento, creando falsas expectativas en los condenados y recargado aún más el sistema judicial, ya sea por desconocimiento o sencillamente por una mala praxis judicial.

6. CONCLUSIONES

La retroactividad de la ley penal tiene como fundamentos estrictas razones de justicia y cuestiones de política criminal en su aplicación.

Dentro de los alcances se tiene que en sentido estricto procede la aplicación de la adecuación del tipo y/o sustitución de pena cuando se presenten modificaciones normativas conforme lo establecido en el art. 6 del Código Penal, siempre que esta constituya una mejor situación para quien se encuentre cumpliendo una condena. En sentido lato tales mecanismos tienen una funcionalidad más amplia, por cuanto es posible su aplicación en casos distintos; como una suerte de remedio que se ha incorporado a la doctrina jurisprudencial y la práctica procesal.

Se ha identificado diversos criterios de interpretación del art. 6 del Código Penal que los jueces penales hacen al momento de resolver una solicitud de adecuación del tipo y/o sustitución de pena, al punto de que, invocan su aplicación en casos que no corresponden bajo premisas de razones de justicia o restringen su aplicación cuando erróneamente estiman la naturaleza procesal de una norma; mostrando así que no se ha llegado a comprender los alcances de ambos mecanismos, ni identificar los supuestos para su correcta

aplicación. Tal desconocimiento también se muestra en el proceder de los abogados cuando recurren al Órgano Jurisdiccional con peticiones carentes de fundamento, esto es, sin haberse dado una modificación normativa que beneficie a sus patrocinados.

REFERENCIAS

- Antón, J. (1986). *Derecho Penal* (2° ed.). Editorial AKAL.
- Auris, G. (mayo, 2018). La ley penal intermedia: un caso de favorabilidad retroactiva y ultractiva (la vigencia de la destipificación del delito de tráfico de influencias simuladas). *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (107), 273-282.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal parte general* (2° ed.). Editorial Hammurabi.
- Bello, C. (2020). *La ley penal en el tiempo: fundamentos, alcances y límites*. Bosch Editorial.
- Bulygin, E. (1991). Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (09), 257-279. <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.9.13>
- Bustos, J. y Hormazábal, H. (1997). *Lecciones de derecho penal* (Vol. I). Editorial Trotta.
- Chanamé, R. (2009). *Comentarios a la constitución*. Jurista Editores.
- Creus, C. (1992). *Derecho penal parte general* (3° ed.). Editorial Astrea.
- Etcheberry, A. (1999). *Derecho penal parte general* (Tomo I) (3° ed.). Editorial Jurídica Chile.
- Fernández, J. (1988). *Derecho penal fundamental: introducción al derecho penal. evolución de la teoría del delito* (Vol. 1). (2° ed.). Editorial Temis S.A.
- Fierro, J. (2003). *Legalidad y retroactividad de las normas penales*. Editorial Hammurabi.
- Figueroa, A. M. (2008). ¿Aplicación o combinación de normas penales? a propósito de un (des)acuerdo plenario. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 3(3), 123-138. <https://doi.org/10.35292/ropj.v3i3.119>
- Fiore, P. (1927). *De la irretroactividad e interpretación de las leyes estudio crítico y de legislación comparada* (E. Aguilera, Trad.) (3° ed.). Editorial Reus.
- Fontán, C. (1998). *Derecho penal introducción y parte general*. Editorial Abeledo – Perrot.
- García, P. (2012). *Derecho penal parte general* (2° Ed.). Jurista Editores.
- Garrido, M. (2001). *Derecho penal parte general* (Tomo I). Editorial Jurídica Chile.
- Kelsen, H. (1988). *Teoría general del derecho y del estado* (E. García Máynez, Trad.) (2° ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Lascano, C. (2005). *Derecho penal parte general*. Editorial Advocatus.
- López, F. (junio, 2011). El Principio De Irretroactividad, tres cuestiones claves. *Documentación Administrativa*. <http://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/5579>
- Núñez, R. (1999). *Manual de Derecho Penal parte general* (4°ed). Editora Córdova.
- Pessina, E. (1936). *Elementos de Derecho Penal* (H. Gonzales, Trad.) (4° ed.). Editorial Reus.
- Politoff, L. S.; Matus, A. J. P.; Ramírez G. M. C. (2003). *Lecciones de derecho penal chileno* (2° ed.). Editorial Jurídica Chile.
- Prado, V. R. (2015). La determinación judicial de la pena en la Ley N° 30076; en V. Prado, E. Demetrio, F. Velásquez, V. Welzel y J. Couso. *Determinación judicial de la pena* (15-74). Instituto Pacífico.
- Rodríguez, G. (1973). *Derecho penal parte general*. Editorial Civitas.
- Reyes E. A. (1989). *Derecho penal parte general* (11° ed.). Editorial Temis.
- Suárez, J. M. (1994). *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas* (2° ed.). Editorial Actas.
- Valero, C. (2017). *El problema de la retroactividad de las leyes penales* [Tesis doctoral]. Repositorio institucional de la Universidad Complutense de Madrid. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/41047/1/T38331.pdf>
- Villa Stein, J. (2014). *Derecho penal: parte general*. Editorial Ara Editores.

NOTAS

[1] Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo Vidaurre de 1828, p. 33.

[2] CP de 1924, título III “Aplicación en el tiempo de la ley penal”

Art. 7°. - Las modificaciones de la ley penal posteriores a la perpetración del hecho punible, se aplicarán en la sentencia si fueran más benignas que las disposiciones anteriores.

Art. 8°. - Las modificaciones de la ley penal dictadas después de la sentencia o durante la condena, limitarán la pena conforme la ley más favorable.

[3] Anteproyecto de CP de 1927, título III “De la ley penal en relación al tiempo”.

Art. 13.- La ley penal se aplica solo a los hechos realizados después de su promulgación.

Art. 14.- Los hechos realizados antes de la vigencia de este Código, quedan sujetos a las reglas siguientes:

1°. - Las infracciones calificadas en la ley anterior y no juzgadas aún, lo serán conforme a este Código, en cuanto fuese favorable al inculcado, si también las ha considerado como punibles.

2°. - Los actos sancionados por la ley anterior y que este Código no califica como infracciones, no pueden derivar acción penal, ni pena alguna, y cesarán, de inmediato, los efectos de las acciones penales ya incoados y la ejecución de las penas que hubieran motivado.

[4] Conforme lo señala Figueroa Navarro, en el Proyecto de CP de setiembre de 1984 se indica que “las modificaciones de la ley posteriores a la perpetración del hecho punible, se aplicarán en la sentencia si fuera más benignas que las disposiciones anteriores” (art. 12).

[5] En el mismo sentido se ha señalado que “la retroactividad es un deber de justicia” (Pessina, 1936, p. 214). También que “aunque con frecuencia se invocan razones humanitarias, la retroactividad de la ley más benigna posee un fundamento de justicia” (Rodríguez, 1973, p.133); y que “sería contrario a un elemental y humano sentido de justicia la aplicación de la norma incriminadora procedente” (Reyes, 1989, p. 62).

[6] Un sector de la doctrina simplemente lo describe como una excepción establecida por el legislador, así “para la irretroactividad relativa, si bien la ley aplicable como principio se excepciona cuando la nueva ley que rige en el momento del fallo resulta más benigna para el imputado, puesto que –se dice– ésta es la que mejor responde a las necesidades actuales de la sociedad y sería inútilmente gravosa seguir aplicando reglas cuya existencia ha dejado de ser necesaria” (Creus, 1992, p.94); asimismo, señalan que “se establece una excepción a la irretroactividad de la ley penal, cuando favorece al afectado” (Garrido, 2001, p 107); o como un “supuesto de excepción al principio general” (Lascano, 2005, p. 194). Para la doctrina española se trataría de “una excepción con un fundamento político social, dado que carece de sentido dictar o mantener la ejecución de penas por hechos que ya no se consideran delitos o cuando la gravedad de aquellas aparece como desproporcionada” (Bacigalupo, 1999, p. 188).

[7] Expediente N.º 01043-2007-PHC/TC Piura, fundamento sexto.

[8] Expediente N.º 0019-2005-PI/TC, fundamento 52.

[9] Art. 102.- Son atribuciones del Congreso: 1) Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes. (...).

[10] Lo que no resulta valedero, (...) es tomar una ley solamente lo que en determinado aspecto favorezca al procesado y de la otra lo que desde otro lo beneficia igualmente, porque en tal hipótesis el juzgador no estaría aplicando de las leyes enfrentadas la más favorable, sino creando una tercera con pedazos de aquellas, con lo que se convertiría arbitrariamente en legislador (Fernández Carrasquilla, 1998, p 121).

[11] Acuerdo Plenario N.º 2-2006/CJ-116, fundamento décimo. En sentido opuesto a tal conclusión Figueroa (2008) indica que “la escasa aplicabilidad del principio combinatorio no tiene la relevancia suficiente como para sacrificar otros principios que son fundamentales para un derecho penal eficaz y respetuoso de las garantías” (p. 137).

[12] Art. 6.- Principio de combinación y retroactividad benigna

La ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflictos en el tiempo de leyes penales.

Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley.

[13] Acuerdo Plenario N.º 4-2007/CJ-116, fundamento 11 y 12.

[14]Ley que modifica el Código Penal en materia de Tráfico Ilícito de Drogas, dado el 16 de junio de 2003.

[15]Recurso de Nulidad N° 352-05 “Criterios para la adecuación de penas por modificaciones de la Ley Número veintiocho mil dos”, de fecha 16 de marzo de 2005, fundamento sexto.

[16]Sentencia Plenaria N° 02-2005/DJ-301-A, fundamento 10.

[17]Recurso de Nulidad N° 1947-2005 Tacna, de fecha 10 de agosto de 2005; donde se señala que “el procesado expresa que se ha vulnerado su derecho al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y que la tipificación de la conducta de su patrocinado es errónea al no haberse acreditado en autos la existencia de una organización ni que tenga la calidad de cabecilla o jefe” (fundamento tercero).

[18]Recurso de Nulidad N° 1500-2006 Piura, de fecha 17 de julio de 2006; donde “luego de más de un año de expedida la sentencia condenatoria, se solicitó la adecuación de tipo penal petición que fue desestimada por el Tribunal Superior, que el encausado en su recurso de nulidad sostiene que al momento de resolver no se tuvo en cuenta el Acuerdo Plenario 03-2005 (...); pretensión que fue desestimada por carecer de todo sustento, máxime si los hechos fueron debidamente valorados en su oportunidad” (fundamento segundo y cuarto).

[19]Recurso de Nulidad N° 308-2010 Lima, de fecha 22 de julio de 2010, fundamento tercero.

[20]Resolución que declaró fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre los 14 años y menos de 18, en consecuencia, inconstitucional el artículo 173 inciso 3) del Código Penal, modificado por la Ley 28704.

[21]Recurso de Nulidad N° 1954-2016 San Martín, fundamento tercero.

[22]Resolución del Colegiado A de la Sala Penal Nacional (Expediente N° 155-2008-0-5001-SP-PE-01), de fecha 11 de diciembre de 2018, fundamento 3.12. De igual criterio véase el Recurso de Nulidad N° 3797-2008 Lima, de fecha 20 de enero de 2009.

[23]Una interpretación equivocada de tal precepto la encontramos en la resolución de fecha 22 de agosto de 2018, emitida por la Sala Penal Nacional en el expediente N° 249-2008-0-5001-JR-PE-03, cuando uno de los condenados presenta su recurso de nulidad extemporáneamente y se le restringe la aplicación de los efectos del art. 300, inc. 2 del C. de P. P.

[24]Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios. resolución de fecha 04 de noviembre de 2019, expediente N° 305-2008-0-5001-JR-PE-02, fundamento 3.11.

[25]Bajo estos criterios véase la resolución N° 16 de fecha 04 de diciembre de 2017 (Exp.449-2008-0-5001-JR-PE-02), resolución N° 141 de fecha 08 de junio de 2018 (Exp.85-2009-0-5001-JR-PE-04); resolución N° 178 de fecha 13 de junio de 2018 (Exp.503-2011-5001-JR-PE-04); resolución N° 54 de fecha 12 de marzo de 2018 (Exp.117-2008-0-5001-JR-PE-04); resolución N°159 de fecha 28 de octubre de 2019 (Exp.513-2013-0-5001-JR-PE-02); resolución N° 236 de fecha 15 de agosto de 2019 (Exp.419-2008-0-5001-JR-PE-02); resolución N° 119 de fecha 03 de julio de 2019 (Exp.493-2012-0-5001-JR-PE-04); resolución N° 112 de fecha 25 de junio de 2019 (Exp.39-2010-0-5001-JR-PE-03); resolución N° 175 de fecha 30 de abril de 2019 (Exp.357-2013-0-5001-JR-PE-03) y la resolución N° 11 de fecha 17 de enero de 2019 (Exp.335-2011-0-5001-JR-PE-03).