

87-00000

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales



LA RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES



Trabajo de Graduación Presentado por:
Manuel Antonio Romero hijo

Para optar al Título de:
Licenciado
en
Ciencias Jurídicas

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

LIC. LUIS ARGUETA ANTILLON

SECRETARIO GENERAL

ING. RENE MAURICIO MEJIA MENDEZ

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DR. OSCAR DE JESUS ZAMORA

SECRETARIO

LIC. MATEO ALVAREZ GUZMAN

T
340.11
R763n

UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10109509

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Y

CIENCIAS SOCIALES

" LA RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES "

TRABAJO DE GRADUACION

PRESENTADO POR

MANUEL ANTONIO ROMERO hijo

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

LICENCIADO

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

1987

TRIBUNALES EXAMINADORES

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente: Dr. Salvador Humberto Rosales
Primer Vocal: Dr. Luis Domínguez Parada
Segundo Vocal: Dr. José Gerardo Liévano Chorro

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente: Dr. José Ramón Flores Berríos
Primer Vocal: Dr. Jorge Armando Angel Calderón
Segundo Vocal: Dr. Francisco Rafael Guerrero Aguilar

ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACION

Lic. Juan Hector Larios Larios

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TRABAJO DE GRADUACION

Presidente: Dr. José Ramón Flores Berríos
Primer Vocal: Dr. Hector Antonio Hernández Turcios
Segundo Vocal: Dr. José Manuel Molina López

DEDICO ESTE TRABAJO:

A DIOS TODOPODEROSO.

A LA MEMORIA DE MI INOLVIDABLE PADRE:
MANUEL ANTONIO ROMERO,
INTEGRO Y EJEMPLAR.

A MI MADRE BENDITA:
ROMELIA PERLA DE ROMERO,
CON DEVOCION Y PROFUNDO AMOR.

A MI QUERIDA ESPOSA:
BERTA ELIZABETH ZULETA DE ROMERO,
COMPAÑERA IDEAL EN EL CAMINO DE MI VIDA.

A MIS ADORADOS HIJOS:
ELIZABETH PATRICIA,
KATIA LISSETTE Y
MANUEL ANTONIO.

A MIS HERMANOS:
ROGELIO, PECHE, EDGAR, LILIAN, MANRIQUE Y ROME,
CON ESPECIAL CARÍÑO.

A MIS FAMILIARES Y AMIGOS,
HERMANOS DE ESPIRITU, CON GRATITUD ETERNA.

I N D I C E

	Página
INTRODUCCION	1
CAPITULO I -PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	4
ALGUNAS TEORIAS SOBRE LA IRRETROACTIVIDAD.....	5
1) TEORIAS DE LA IRRETROACTIVIDAD DE DERECHO PRIVADO.	5
A) TEORIA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.....	6
B) TEORIA DEL DERECHO E INTERES.....	9
C) TEORIA DE LAS SITUACIONES ABSTRACTAS Y CONCRETAS..	10
D) TEORIA DEL HECHO CUMPLIDO.....	11
2) TEORIAS DE LA IRRETROACTIVIDAD DE DERECHO PUBLICO.	13
A) TESIS DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.....	14
B) TESIS DE LOS PARTIDARIOS DEL ESTADO LIBERAL DE DE- RECHO.....	14
CAPITULO II-EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD.....	16
CAPITULO III-MATERIAS DE ORDEN PUBLICO.....	17
CONCEPTO DE ORDEN PUBLICO.....	17
CAPITULO IV-MATERIA PENAL.....	29
1) DERECHO PENAL MATERIAL O "SUSTANTIVO".....	29
2) MATERIA PENAL PROCESAL O "ADJETIVO".....	42
CAPITULO V-NUESTRA OPINION EN RELACION A LAS DOS ULTIMAS REFOR- MAS AL CODIGO PROCESAL PENAL.....	56
CONCLUSIONES	60
BIBLIOGRAFIA	63

I N T R O D U C C I O N .

Toda ley tiene un ámbito temporal y un ámbito espacial de vigencia o validez.

Lo anterior significa que sólo obliga por cierto tiempo y en determinada porción de espacio, para nuestro tema nos interesa el ámbito temporal.

En principio, las normas jurídicas rigen todos los hechos que, durante el lapso de su vigencia, ocurren en concordancia con sus supuestos.

Si un supuesto se realiza mientras una ley está en vigor, las consecuencias jurídicas que la disposición señala deben imputarse al hecho condicionante.-Realizado éste, ipso facto se actualizan sus consecuencias normativas.

Las facultades y derivado de la realización de un supuesto poseen una existencia temporal más o menos largas.-Algunas veces, la disposición normativa indica la duración de aquellos; otras, tal duración es indefinida y la extinción de la consecuencia de derecho dependen de la realización de ciertos supuestos.

Realizado el supuesto de un precepto legal, puede ocurrir que las consecuencias normativas se extingan totalmente durante la vigencia del precepto; - pero también puede suceder lo contrario, o sea que la misma situación jurídica; es regulada por distintas leyes que se han sucedido en el tiempo.

Entonces surge el problema de que cual de esas leyes sucesivas debe aplicarse.

El principio general que domina esta materia es que la ley no debe apli-

carse en forma retroactiva, pues la nueva ley solo debe regular para el futuro.

En la mayoría de legislaciones encontramos ese principio que es casi universal e inicialmente era inflexible y no admitía excepción alguna.

Para el caso, nuestra Constitución Política de 1841, en su Art. 175 No.8 disponía:

"Art. 175.-No podrán el Congreso, las Asambleas, ni las demás autoridades ... No.8.-Dar leyes de prescripción, RETROACTIVAS, ni que hagan trascendental la infamia.

Este principio de la irretroactividad fue flexibilizándose un poco y así encontramos que en la Constitución de 1886, en el Art. 24, se regulaba:

Art. 24.-Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, excepto en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente".

Como podrá notarse, esta Constitución introdujo la primera excepción, --cual es que podía aplicarse retroactivamente una ley penal con la condición que fuera favorable al delincuente.

Las Constituciones de 1939, 1944 y 1945, en los Artículos 42, 41 y 24, -respectivamente, repiten la misma excepción.

Es hasta la Constitución de 1950 que se introduce una nueva excepción al principio de la irretroactividad.-En efecto, en el Art. 172 de esta Constitución se establece que las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materia de orden público y en materia penal cuando la nueva ley sea más favorable al delincuente.

Introduce pues, la materia de Orden Público como la segunda excepción.

En materia de retroactividad existen dos cuestiones esenciales que deben

dilucidarse:

- a) Qué debe entenderse por aplicación retroactiva de una ley;
- b) En qué casos debe aplicarse una ley retroactivamente.

La solución de tales cuestiones, constituyen precisamente el objeto de este trabajo.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El principio de la irretroactividad de las leyes es casi universal en todo ordenamiento jurídico, y significa que una ley debe regir para los hechos acontecidos con posterioridad a su vigencia, esto es, para los hechos futuros.

Este principio viene a garantizar la seguridad y certeza jurídica que debe imperar en toda relación jurídica, ya que de lo contrario, o sea, aplicar una nueva ley a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, que es lo que se conoce como retroactividad, provocaría un caos y desorden jurídico, ya que no existiría certeza de las distintas situaciones jurídicas que pueden presentarse.

Rige pues, en nuestro ordenamiento como principio general el de la irretroactividad de las leyes y por excepción se permite la aplicación retroactiva.

Sin embargo, no obstante, que en apariencia no hay principio más sencillo que el de la irretroactividad de las leyes, es difícil medir con exactitud todo su contenido. -Esta es una de las materias más difíciles que se encuentran en el estudio de las ciencias jurídicas.

La cuestión es sencilla, afirman unos, si una ley se aplica a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, es retroactiva; en cambio, si solo se aplica a hechos futuros y no a los pasados, entonces es irretroactiva. -El problema se suscita cuando se trata de definir lo que vamos a entender como

hechos pasados y futuros en relación a la vigencia de la ley, y de ahí surgen distintas teorías para explicar esa situación.

ALGUNAS TEORIAS SOBRE LA IRRETROACTIVIDAD.

Se distinguen la tradicional división: TEORIAS DE DERECHO PRIVADO y TEORIAS DE DERECHO PUBLICO.-Los expositores de Derecho Privado, especialmente los de derecho civil, al tratar el tema de la Irretroactividad, lo han hecho con criterios generales, esto es, que consideran aquella, aplicable tanto a las normas de Derecho Privado como a todas las Normas Jurídicas en general, es decir que se aplican a todas las Normas Jurídicas por supuesto.-Los tratadistas de Derecho Público al realizar el estudio sobre la Irretroactividad también han concluido en teorías aplicables a todas las normas Jurídicas.-- La diferencia consiste en que los tratadistas de Derecho Privado defienden los intereses del individuo en cambio los tratadistas de Derecho Público lo hacen defendiendo los intereses de la sociedad.-Lo anterior ha dado lugar para que se agrupen las teorías en:

- 1) TEORIAS DE LA IRRETROACTIVIDAD DE DERECHO PRIVADO;
- 2) TEORIAS DE LA IRRETROACTIVIDAD DE DERECHO PUBLICO.

Es notoria la preocupación que ha existido en los tratadistas de Derecho Privado sobre el tema de la Irretroactividad, mayor que los de Derecho Público.-Las teorías más reconocidas del grupo primero están las siguien--

tes:

- a) TEORIA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS:
- b) TEORIA DEL DERECHO E INTERES:
- c) TEORIA DE LAS SITUACIONES JURIDICAS ABSTRACTAS Y CONCRETAS:
- d) TEORIA DEL HECHO CUMPLIDO:

- a) TEORIA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS:

Se convirtió en una escuela clásica de gran aceptación y a la que la Jurisprudencia de diversos países ha aceptado con beneplácito, así como autores prestigiosos; pero el problema fundamental que ha presentado es sobre el concepto, precisamente, de la expresión que le ha dado su nombre, el " DERECHO ADQUIRIDO " bajo el régimen de la ley anterior.

Se ha dicho que si la nueva ley afecta a los derechos adquiridos por la ley anterior esa es retroactiva; en cambio si afecta o altera a una mera expectativa no existe ninguna contravención, pues, el principio de la irretroactividad tutela únicamente al derecho adquirido y no a lo que constituya una expectativa y por lo tanto la nueva ley debe aplicarse a éstas.-

Es cuando se trata de establecer la diferencia entre uno, Derecho Adquirido, y otra la expectativa cuando se establecen las divergencias.

I.- Federico Carlos Savigny en su obra "SISTEMA DE DERECHO ROMANO" - al exponer su teoría sobre la irretroactividad distingue tres clases de leyes:

- 1a. Leyes que se refieren a la adquisición de los derechos;

2a. Leyes que conciernen a la existencia o inexistencia de una institución jurídica;

3a. Leyes que modifican profundamente una institución jurídica, sin suprimir su existencia.

Establece que en la primera clase de leyes sería la ley que dispusiera distintos requisitos para la adquisición de la propiedad raíz.-En este caso, la propiedad adquirida de acuerdo a la ley antigua o derogada no podría ser afectada retroactivamente por la nueva Ley.-Las otras dos clases de leyes señaladas con los números 2a. y 3a., por su mismo enunciado podemos apreciar su ambigüedad e imprecisión, pero por basarse en principios morales y sociales, no pueden limitarse con el principio de la irretroactividad y pone como ejemplo la ley que aboliere la esclavitud.

II.- Demolombe.-Tratando de hacer concreto el concepto de Derecho Adquirido expresa que: "Derecho adquirido es el que ha llegado a ser nuestro en forma debida", al tratar de exponerlo en forma mas amplia dice que "es también la consecuencia de un hecho realizado bajo la antigua ley, -- siendo dicho hecho el principio generado, la causa principal y eficiente de la consecuencia producida", se trata de un efecto que los particulares pudieron y debieron prever.-Como podrá notarse el concepto anterior no nos lleva a una diferenciación del concepto.

III.- Merlin: Este autor elabora un concepto de derechos adquiridos expresando que: "son los que han entrado en nuestro patrimonio, se hacen parte de él y ya no pueden quitársenos por aquel de quien los hemos obtenido".-A esta expresión se le han hecho algunos comentarios desfavorables y

que nos hace concluir en que:

a) Se refiere únicamente a los "derechos patrimoniales" sin tomar en cuenta los numerosos y muy importantes que no tienen un valor económico y por ello se dice que es unilateral;

b) Esta tesis, de nuevos hechos que son consecuencia de actos pasados y que son los que la doctrina trata de proteger.

La teoría de Merlin tuvo aceptación por algunos juristas de América Latina.

IV.- Baudry Lacantinerie.-Expresa que derecho adquirido es "una facultad legal puesta en ejercicio", se ha señalado que este concepto adolece de obscuridad puesto que facultad legal, es consecuencia de un derecho adquirido previamente.-Se indica además, que al igual que las otras doctrinas de los derechos adquiridos es abstracta e imprecisa.

V.- Fernando Lasalle.-Se considera que la teoría de este autor, dentro de los Derechos adquiridos, es la más importante, pero no por ello deja de adolecer de los mismos defectos de los anteriores que es unilateral, y expresa que, "retroactividad es una usurpación sobre la libertad y la responsabilidad del hombre".-Por ello ninguna ley puede ser retroactiva puesto que "la libertad de pensar y de querer son principios intangibles sobre los cuales reposa todo el derecho en general, y como consecuencia "Derecho Adquirido es aquel que ha tenido como causa adquisitiva la libre actividad humana desarrollada bajo la ley antigua".-"Por el contrario los derechos que la Ley como tal confiere al individuo, y en los que para adqui-

rirlos, su voluntad no interviene para nada, no son mas que cualidades y facultades generales (simples expectativas) que no existen mas que por las leyes que la conceden y, por consiguientes debe desaparecer con ellas".

VI.- Calixto Valverde.-Sostiene que "al ser la ley la que concede las facultades, puede quitar o suprimir las que concediera la ley anterior sin menoscabo de derecho alguno".-Esta teoría se sustenta en la libre voluntad humana, el respeto al derecho adquirido y abre la posibilidad de la retroactividad para la ley de interés general.

Se critica a los defensores de la teoría de los derechos adquiridos por imprecisa, vaga, pero es León Duguít, tratadista de Derecho Público, quien concretamente hace la mas clara, al referirse a la distinción entre derechos adquiridos y derechos no Adquiridos, expresando que "Nadie ha sabido jamás lo que es un derecho no adquirido".

En general, se ha criticado esta teoría porque se sustenta en el concepto de derecho adquirido del que cada autor ha dado el suyo, tratando de superar deficiencias que ha encontrado en sus antecesores sin que hasta hoy se haya dado uno que satisfaga plenamente.-También se ha comentado en contra de esta teoría por la imposibilidad técnica y científica para poder diferenciar los derechos adquiridos de las meras expectativas.

b) TEORIA DEL DERECHO E INTERES:

El expositor de esta teoría, Laurent, trató de superar las imperfecciones de la teoría anteriormente comentada y quiso señalar el campo de aplicación de la retroactividad de la ley al distinguir entre DERECHO E INTERES, al expresar que "la nueva ley no puede modificar los derechos que tie

nen su fundamento en la ley antigua; en cambio puede afectar sin ser tachada de retroactiva, a los simples intereses o utilidades de hecho que se disfrutaban bajo la ley antigua.

Esta doctrina también lleva a oscuridades difíciles de aclarar pues - presenta la inconveniencia de no poder delimitar lo que es el derecho como utilidad garantizada por la ley, del interés como simple utilidad de hecho.

c) TEORIA DE LAS SITUACIONES ABSTRACTAS Y CONCRETAS:

En un intento para superar las deficiencias de las teorías anteriores J. Bonnencase distingue entre situación Jurídica Abstracta y situación Jurídica Concreta. Situación Jurídica Abstracta consiste "en la manera de ser - eventual o teórica de cada uno respecto de una ley determinada". - Situación jurídica Concreta consiste "en la manera de ser de una persona determinada, privada de un acto o de un hecho jurídico que ha hecho actuar, en su provecho o en su contra, las reglas de una institución jurídica, y el cual al mismo tiempo, le ha conferido efectivamente las ventajas y las obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución. - En otras palabras la situación Jurídica abstracta es una simple manera de ser teoría una esperanza - de beneficiarse con una ley; la situación Jurídica concreta es una realidad positiva; es la ley funcionando en beneficio de una persona. - Sostiene este autor que para no ser retroactiva la ley debe respetar las situaciones Jurídicas Concretas.

La diferenciación que este autor hace entre situación jurídica Abs---tracta y situación Jurídica Concreta carece de importancia puesto que el -

problema de la retroactividad surge ante situaciones Jurídicas concretas.- También puede señalarse que esta tesis plantea la irretroactividad absolutamente de las leyes, al obligar el respeto por la nueva ley en toda situación Jurídica concreta, lo cual no concede margen alguno a la retroactividad ni aún en casos especiales.

d) TEORIA DEL HECHO CUMPLIDO:

Los partidarios de esta teoría son los que desechan la de los "derechos adquiridos" y enfocan el problema de la irretroactividad dentro de la teoría de la norma jurídica y del sistema general de derecho vigente en determinado período en una nación.

Los principales expositores de esta teoría son Colin y Capitant, Planiol, Roubier y Coviello.

Se distingue este grupo porque formulan su estudio y conclusiones sobre "hechos realizados, concretos y tangibles", establecen dos reglas al estudiar la retroactividad: una que la dispone para el futuro; y la otra que la ley no puede tener efecto retroactivo; sostiene que la nueva ley no se aplica al hecho cumplido bajo el imperio de la ley antigua.

Las anteriores son características generales de los autores partidarios de esta teoría, trataremos los principales con los criterios propios de cada autor:

a) Colin y Capitant.-sustentan su criterio en los siguientes principios:

1) "La nueva ley se aplica a todos los hechos y a todas las situa-----

ciones futuras";

2) "La nueva ley no se retrotrae al pasado".

Señalan excepciones a la regla general que la nueva ley rige para el futuro, los contratos concluidos quedan regidos por la ley vigente en la época en que fueron celebrados, la ley antigua sigue rigiendo los efectos de los actos anteriores cuando la ley antigua y la ley nueva son supletorias de la voluntad de los contratantes.

b) Planioi: Distingue entre efectos inmediatos y efectos retroactivos. Y expresa que las leyes nuevas tratan de asegurar la unidad en la legislación y evitar el conflicto entre dos leyes que regulen la misma situación. Se presume que la nueva ley es mejor que la anterior.

La nueva ley no puede aplicarse a actos pasados los cuales se rigen por la ley vigente en el momento de su realización y en consecuencia no tiene efectos retroactivos.

Acepta Planioi excepciones a la Irretroactividad:

1º Cuando la nueva ley dispone expresamente el efecto retroactivo;

2º Cuando la nueva ley es interpretativa;

3º Cuando se trata de una ley penal favorable al delincuente.

c) Nicolás Coviello.-Expresa que "la ley no puede obligar antes de existir" pero la nueva ley no se aplicará a consecuencias de hechos pasados aunque esas consecuencias se efectúen bajo el imperio de la nueva ley. Es decir la nueva ley no puede afectar las consecuencias nuevas de un hecho pasado.

Coviello, concede mayor importancia al interés y el derecho del individuo que al interés y los derechos de la sociedad en que se mueve ese individuo.

d) Roubier.-Desarrolla con amplitud la teoría del hecho cumplido y su tesis puede enunciarse esquemáticamente así:

I.- Cuando la nueva ley trata de aplicarse a hechos ya realizados es retroactiva.

II.- Si se trata de aplicar a situaciones pendientes hay que distinguir entre partes anteriores a la vigencia de la nueva ley, y partes después de la vigencia de la misma.

Las primeras no pueden ser afectadas por la nueva ley, no puede aplicarse retroactivamente; en cambio las segundas son afectadas.

III.- Los hechos futuros son del dominio de la nueva ley.

Como comentario general a la teoría de Roubier, decimos que presta mayor atención al interés del individuo que a los intereses de la sociedad.

2) TEORIAS DE LA IRRETROACTIVIDAD DE DERECHO PUBLICO:

Generalmente los autores de Derecho Público no prestan interés al problema de la irretroactividad de las leyes; sin embargo hay algunos que lo tratan planteando sus soluciones particulares.-Estos se pueden clasificar así:

- a) Partidarios de la tesis de los derechos adquiridos;
- b) Tesis de los partidarios del Estado Liberal de Derecho;

- c) Teorías singulares de algunos autores;
- d) Teorías que se aplican a ramas especiales del Derecho;

a) Partidarios de la tesis de los Derechos Adquiridos:

No obstante las críticas severas que ha sufrido la teoría de los derechos Adquiridos muchos autores de derecho público han sido influenciados - por los tratadistas de derecho privado.

Algunos aceptan esta teoría de derechos adquiridos sin discusión y sin análisis y no dejan ninguna posibilidad de leyes retroactivas, otros admiten la retroactividad de las leyes penales cuando estas sean favorables al reo.

Buenaventura Echeverría afirma que "las únicas leyes que pueden dictarse con efecto retroactivo, o mejor dicho de efecto futuro pero que se refiere a hechos pasados, son las leyes penales en caso de que la nueva ley sea mas favorable que la anterior".

b) Tesis de los partidarios del Estado Liberal de Derecho.

Esta teoría surge con el triunfo de la Revolución Francesa.-El Estado Liberal nace como consecuencia de la lucha librada contra la monarquía y - ante la posibilidad del surgimiento de cualquier nueva forma tiránica, en la práctica se adoptan diferentes medidas de defensa como la división del Poder del Estado y se convierte en "Estado de Derecho", en el que la ley regula y normaliza todas las actividades y en donde nada puede oponerse al imperio de la ley.-Lo que significa que no puede actuarse en contra de la ley

y además debe actuarse de acuerdo a la ley y en consecuencia queda eliminada la voluntad arbitraria, el derecho de excepción y la posibilidad de perjuicio a los derechos adquiridos.

Es en el Estado Liberal donde se establece como garantía constitucional el principio de la irretroactividad de la ley, con el propósito de evitar la arbitrariedad del legislador secundario.

Estas son las principales teorías que se han dado en relación al principio de la Irretroactividad, que como se ha dicho plantean mayor problema que soluciones prácticas.

CAPITULO II

EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD.

Todas las legislaciones admiten como regla general que las leyes son irretroactivas.-En nuestra Constitución este principio se encuentra reconocido en el artículo veintiuno, pero a su vez ésta disposición contempla -- dos excepciones.

En efecto, el artículo veintiuno de la Constitución literalmente dispone:

""Art. 21.-Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo que en materia de orden público y en materia penal cuando la ley nueva sea favorable al delincuente.

La Corte Suprema de Justicia tendrá siempre la facultad para determinar dentro de la competencia, si una ley es o no de orden público.""

La primer excepción la constituyen las materias de orden público, y la segunda la material penal, siempre y cuando en este caso la nueva ley favorezca al delincuente.

Nada ha variado la redacción del inciso primero del Art. 21, de la --- Constitución actual con sus antecedentes en las Constituciones de 1950 --- (Art. 172) y de 1962 (Art. 172).-Lo que si constituye una innovación interesante es el inciso segundo, que le da facultad a la Corte Suprema de Justicia de determinar si una ley es o no de orden público.-El alcance de esta facultad se estudiará mas adelante.

Pasaremos a exponer por separado cada una de las excepciones y señalar, en la medida de lo posible el alcance de cada una de ellas.

CAPITULO III

MATERIAS DE ORDEN PUBLICO.

El principio absoluto de la no retroactividad de la ley elevandolo a la categoría constitucional surgió con el triunfo de la Revolución Francesa como una medida de defensa a la arbitrariedad de los sistemas de gobierno - monárquico y feudal del pasado, por la desconfianza ante cualquier posibilidad de tiranía; por lo que había de dividir el poder en tres fuerzas capaces de controlarse y vigilarse mutuamente.-

Pero en el devenir del tiempo ese absolutismo del principio de la irretroactividad, esto es, de la aplicación de la ley solo para el futuro a partir de su vigencia, comienza a perderse ya por principios de conveniencia o interés general o por la aplicación mas favorable de la ley en materia penal.-

En nuestro sistema constitucional la primera excepción que contiene la regla general es la aplicación retroactiva en materias de Orden Público.

CONCEPTO DE ORDEN PUBLICO.

Esta expresión de orden técnico pertenece al dominio de las dos ramas del derecho, al derecho público (constitucional, laboral, administrativo penal, procesal.) como tambien al derecho privado (civil, mercantil).

Si hacemos un análisis gramatical de la expresión ORDEN PUBLICO, tenemos:

ORDEN: La colocación de las cosas en el lugar que les corresponde; el concierto, buena disposición de las cosas entre sí.- Se olvida o no hace referencia a las personas que también pueden estar colocadas en el lugar que les corresponde, en concierto o buena disposición entre sí.-

PUBLICO: Es notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos, y también perteneciente a todo el pueblo.-

ORDEN PUBLICO: Es difícil explicarlo y mucho menos definirlo, sin embargo, siempre en sentido gramatical puede decirse que es la situación o estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones -- propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protesta.-

Don Guillermo Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual expresa - que Orden Público es más fácil sentirlo que definirlo y en doctrina las definiciones dadas han sido las unas contrarias a las otras, sin poder determinar cuales son sus límites cuales son sus fronteras.-

El profesor Posada lo definía diciendo que es aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diferentes actividades, individuales y colectivas, sin que se produzcan perturbaciones o conflictos.- El Orden Público es sinónimo de un deber que se supone general en los súbditos, de no perturbar el buen orden de la cosa pública.-

Hauriou lo define como:

El orden material y exterior considerado cual estado de hecho opuesto al desorden, el estado de paz, opuesto al estado de perturbación.-

Se ha querido confundir también el concepto de Orden Público con la tranquilidad pública producida por el temor de los subditos, cuya discrepancia es delito y cuya protesta se estima crimen social lo anterior propio de regímenes despóticos y dictatoriales.-

Ahora bien, como se ha dicho la expresión de Orden Público es de difícil conceptualización y que es de contenido histórico social y han querido hacerlo valer dependiendo de la época histórica en que se aplique.-

Esa vaguedad e imprecisión del concepto ha dado margen para que los gobiernos o los legisladores secundarios utilizando una declaratoria en la ley que tal o cual cuerpo legal es de orden público para que aquello pueda tener aplicación con efecto retroactivo, sin detenerse a examinar o considerar si en efecto esta nueva ley promulgada es o no de orden público.-Podríamos afirmar entonces que algunas leyes que han sido declaradas por el legislador de orden público; formalmente lo son, porque por una afirmación legislativa, porque así se dijo en su texto, así se dispuso con el único afán de darle aplicación a hechos, relaciones o situaciones pasadas lo que constituye una verdadera arbitrariedad porque no se examinó si materialmente es de orden público.-

Consideramos que una disposición como la que comentamos debe estar contenida siempre como una garantía constitucional y no dejar a juicio o disposición del legislador secundario para que sea este el que disponga antojadizamente cual será una legislación de orden público y darle efecto retroactivo.

En la constitución de 1983 para evitar este tipo de caprichos o de utilización ilimitada de su facultad de legislar se estableció por primera vez - una institución que tendrá la atribución de determinar si una ley es o no de orden público.- Naturalmente que el haber señalado para esta calificación a un Tribunal de capacidad jurídica es un avance y una garantía para evitar las actitudes o posiciones políticas propias de los cuerpos legislativos secundarios que, muchas veces, adoptan medidas mas de conveniencia política desatendiendo - o no tomando en consideración, los principios jurídicos.

Debemos señalar que consideramos muy atinada la disposición de establecer esa atribución de determinar si una ley es de orden público, no obstante --- ello, debieron señalarse los parámetros, aunque fuese en forma amplia, pero no indeterminada, para su campo de aplicación.

Trataremos ahora de intentar un concepto de orden público con el objeto de acercarnos al contenido o alcance de la expresión constitucional de "materias de orden público".

Las acepciones que generalmente se han atribuido a la expresión orden público podemos señalar las siguientes:

a) El orden público como el control preventivo de la conducta del individuo dentro de la sociedad, con el propósito de restaurar o mantener la paz y la tranquilidad que supone general en los subditos; recurriendo, si necesario - fuere, a la aplicación de medidas coactivas.- Este es un criterio restringido, - conocido como el orden policíaco administrativo.

b) El orden público como sinónimo de orden jurídico de un Estado, como

el conjunto de leyes y decretos que regulan y tratan de armonizar la relación de los individuos dentro de una sociedad misma en un momento dado; como el conjunto de normas que integran el Derecho Positivo que establecen las libertades y garantías generales del individuo en sus relaciones privadas y públicas.

c) El orden público que es todo el régimen político, los aspectos fundamentales del régimen económico-social, comprendiendo además la coordinación de las instituciones económico-jurídicas que forman un todo sistemático y que por lo tanto constituye la estructura esencial del Estado sin la cual sería imposible su existencia y estabilidad.

La acepción que hemos indicado con la letra b) ha sido criticado por ser un concepto unilateral que le da a la expresión Orden Público una idea reducida al campo jurídico quitándole el contenido político, económico y social. Sin embargo creemos que el concepto que nos ocupa es eminentemente jurídico - lo que no quiere decir estático, sino cambiante pues las instituciones jurídicas se transforman constantemente.

A lo que no debe dar lugar la expresión es a que se interprete, por su vaguedad e imprecisión, en forma interesada, parcial o de conveniencia de gobierno en un momento determinado; sino que se use en forma jurídico-científica para no permitir, al menos constitucional o técnicamente, que se use de acuerdo al interés del que siendo delegado del soberano (el pueblo), a su conveniencia, arbitrariedad o antojo de acuerdo a las circunstancias que se presenten, para evitar que tal concepto sea usado indistintamente por un sistema dictatorial, liberal, socialista o gobiernos que necesiten para gobernar el país, de imposiciones y arbitrariedades, cobijadas con estas expresiones imprecisas.

La acepción señalada con la letra c) no parece, más que un concepto jurídico, un concepto sociológico-político y por lo tanto consideramos que el -- concepto a que se ha querido referir nuestro sistema constitucional es al de la letra b).

Como se advierte el concepto de Orden Público ha sido cambiante de -- acuerdo al país, a su desarrollo histórico y a la aplicación que haya tratado de dársele de acuerdo a las circunstancias y conveniencias de gobierno.

Es propio del Orden Público la paz social, el respeto mutuo entre los -- miembros de la sociedad, el acatamiento de las leyes, excepto si fueren injustas o represivas; el respeto a las autoridades públicas y el sentimiento generalizado de seguridad personal y de seguridad jurídica.

Toda ley de Orden Público tiene principios superiores a la voluntad -- privada.- Donde predomine un interés general, un interés colectivo y que sea -- éste el motivo de promulgación de una ley, estaremos en presencia de materia de Orden Público.- Ese interés colectivo y general debe tener un contenido -- muy elevado de ética social.

Las leyes de Orden Público son, las que por su naturaleza misma, tienen por objeto mantener ese clima de confianza, estabilidad y garantía general.

Es común que en ciertas épocas de crisis y de perturbación o desaciér -- tos de gobierno las leyes de Orden Público aumenten.- Decir que una ley es -- del orden Público, esto lo hace el legislador secundario, es un sistema cómodo que no tiene ninguna sustentación jurídica, pues casi siempre es mera expre -- sión de fuerza, de poder sin principios de Derecho.

Por lo anteriormente expuesto, podemos decir que, son materias de Orden Público, incluso algunas leyes de Derecho Privado en cuanto afecten un interés general.

Son leyes de Derecho Público toda norma jurídica que aprobada, publicada y vigente relativa al Estado en sí, en sus relaciones, como ente soberano, con los particulares y con otros Estados y las que regulan los actos de las personas cuando se desenvuelven dentro del interés general que tiene por fin el Estado, en virtud de delegación del Poder Público.

Son leyes de Derecho Público, las Constitucionales, las Administrativas, las Laborales, las Penales, las Procesales.

Son leyes de Derecho Privado las que regulan los actos entre los particulares, acordados, ejecutados y cumplidos por su propia iniciativa en su nombre y por su propio beneficio o interés.

Son leyes de derecho privado que afectan un interés general y por lo tanto de Orden Público, en Derecho Civil, las disposiciones relativas a la organización de la familia y al estado civil de las personas.

Al respecto citaremos un ejemplo, en el Código Civil, antes de la reforma de febrero de 1972, el artículo 280 disponía que el reconocimiento de hijo natural podía hacerse al firmar el padre en concepto de tal, la respectiva partida de nacimiento, haciéndose constar en ésta, esa circunstancia y la de que el Alcalde conoce al padre firmante.- Si esa circunstancia de conocer el Alcalde al padre firmante no se hacía constar, no surtía efectos el reconocimiento de hijo natural según la legislación anterior.

Con las reformas de 1972 se dispuso que aunque el Alcalde no conozca al padre firmante se tendrá por hecho el reconocimiento de hijo natural con la identificación que del padre haga en forma legal el Jefe del Registro Civil o el Alcalde Municipal.

Aún más, antes de las reformas a que nos estamos refiriendo, esa manera de reconocimiento de hijo natural estaba reservada únicamente a los privilegiados padres que pudiesen firmar.-Al reformarse el artículo 280 C. en 1972, pueden hacer el reconocimiento de hijo natural al momento de asentar la partida de nacimiento con la manifestación hecha al funcionario edilicio, por el padre reconociendo la paternidad, que aquel fue identificado en forma legal y si no supiere firmar dejará la impresión digital de su mano derecha o en su defecto la de cualquier otro dedo.

Otro ejemplo que conviene examinar por tratarse de materia de Orden Público de Derecho Privado que se refiere al Derecho de Familia es el que contiene el Artículo 36 de la Constitución Vigente, para hacer el estudio es necesario citar el Artículo que contenía el principio mismo en la Constitución de 1962 y para ello transcribimos lo pertinente de cada Artículo.

Art. 180.-(Constitución de 1962).-Los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos en cuanto a la educación, a la asistencia y a la protección del padre".

Art. 36 (Constitución 1983) Los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres.-Es obligación de éstos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad".

Como podrá notarse al hacer la simple comparación de las disposiciones citadas, contienen principios distintos.

En el artículo 180 se conceden iguales derechos a los hijos limitados en cuanto a la educación, asistencia y protección frente al padre.-En cambio el Artículo 36 no limita los derechos, concede por igual a todos los hijos los mismos derechos frente a ambos padres.-Esto es, que otorga los derechos a todos los hijos sin atender a la clasificación o calificación tradicionalmente conocida y en esta disposición, lo que era un derecho de los hijos -- frente al padre, de protección, asistencia educación y seguridad en la Constitución de 1961, se convierte en obligación de ambos padres para con sus hijos.

No cabe duda que estamos en presencia de Materia de Orden Público.

La pregunta que surge es: a partir de que fecha se aplicará la igualdad de derechos de los hijos, sin distinción, frente a los padres.-Teniendo en cuenta que antes de 1983 lo que era derechos de los hijos ahora se ha convertido en obligación de los padres para con aquellos.

Estimamos que es materia de Orden Público porque afecta y beneficia a un interés general y porque contiene un principio de elevada ética social.

En los ejemplos anteriores consideramos que para que las disposiciones tengan efecto retroactivo, para que pueda aplicarse retroactivamente tal disposición, ya sea que se tiene por reconocido un hijo natural, aunque el padre suministrante de los datos de la partida de nacimiento no haya sido conocido del Alcalde o no haya sabido firmar, debió el legislador secundario de-

clarar que esa reforma era de orden público y expresar en la misma hasta que fecha tendría efecto retroactivo.

En el segundo caso, cuando se otorgan iguales derechos a los hijos frente a sus padres deberá expresarse en la ley secundaria que desarrolle este principio, si quiere darle efecto retroactivo, la calidad de orden público y aunque esto no lo hiciera a partir de que fecha se considerarán a los hijos con iguales derechos frente a sus padres.-En caso de que en la ley secundaria se diese efecto retroactivo consideramos que este no podría ir mas allá que a la fecha de vigencia de la Constitución vigente, 20 de diciembre de 1983.-Es decir concederle iguales derechos frente a los padres, sin distinción de clasificaciones tradicionales a los concedidos a partir del 20 de diciembre de 1983.

Es también muy importante que examinemos el artículo 252 de la Constitución vigente (disposición transitoria) en relación con el ordinal 12º del Artículo 38 de la misma constitución:

El artículo 38 ordinal 12º dispone:

Art. 38.-El trabajo estará regulado por un Código que tendrá por objeto principal armonizar las relaciones entre patronos y trabajadores, estableciendo sus derechos y obligaciones.-Estará fundamentado en principios generales que tiendan al mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores, e incluida especialmente los derechos siguientes:... 12º La ley determinará las condiciones bajo las cuales los patronos estarán obligados a pagar a sus trabajadores permanentes, que renuncien a su trabajo, una prestación económica cuyo monto se fijará en relación con los salarios y el tiempo de servicio.

La renuncia produce sus efectos sin necesidad de aceptación del patrono,

pero la negativa de este a pagar la correspondiente prestación constituye presunción legal de despido injusto.

En caso de incapacidad total y permanente o de muerte del trabajador, este o sus beneficiarios tendrán derecho a las prestaciones que recibirían en el caso de renuncia voluntaria".

Art. 252.-El derecho establecido en el ordinal 12º del Artículo 38 de esta Constitución, tendrá aplicación hasta que sea regulado en la ley secundaria, la cual no podrá tener efecto retroactivo".

Naturalmente que la prestación establecida en el ordinal 12º del Artículo 38 es una novedad en materia laboral, pues concede indemnización por renuncia del trabajador y la negativa del patrón a pagar esta prestación constituye presunción de despido injusto.

Por lo que hemos venido exponiendo lo anterior es Materia de Orden Público pues afecta y beneficia un interés general y contiene una elevada dosis de ética social y como si fuera poco lo dicho, la disposición del artículo 252 nos conduce a hacer las siguientes consideraciones:

a) Que las regulaciones sobre prestaciones laborales son Materia de Orden Público, pero la misma Constitución le niega efecto retroactivo, para evitar que con fundamento en el Artículo 21 de la Constitución, le de el legislador secundario efecto retroactivo;

b) Que por tratarse de Materia de Orden Público no siempre tendrán efecto retroactivo necesariamente, sino que debe ser dispuestas o señaladas por el legislador secundario.

Pero en todo caso, ya sea que el legislador secundario declare que es de orden público e indique que se va a aplicar retroactivamente, le corresponde a la Corte Suprema de Justicia dentro de su respectiva competencia declarar si -- esa ley es o no de orden público.

La resolución que emita la Corte será obligatoria de manera ineludible -- para todas las autoridades y particulares.

CAPITULO IV

MATERIA PENAL

1) DERECHO PENAL MATERIAL o "SUSTANTIVO":

En un primer momento y como consecuencia del principio de legalidad - se afirma que la ley penal es irretroactiva en el sentido que ésta sólo ve hacia el futuro, comienza a regir situaciones que se dan con posterioridad a su vigencia y no puede aplicarse a hechos ocurridos con anterioridad.-Así - lo dispone expresamente los Artículos Uno y Dos del Código Penal y el Artículo veintiuno de la Constitución que señala que las leyes no pueden tener efecto retroactivo.

La disposición constitucional mencionada es clara y terminante al disponer que en materia penal la ley nueva, sólo puede ser aplicada en forma retroactiva cuando sea más favorable al delincuente.

En el Derecho Penal material o sustantivo no existe ningún problema - en cuanto a la aplicación de este principio ya que los artículos trece y catorce del Código Penal regulan expresamente tales situaciones.

El Artículo Trece textualmente dice:

""Art. 13.-Si la ley del tiempo en que fue cometido el hecho punible y las leyes posteriores sobre la misma materia fueren de distinto contenido se aplicarán las disposiciones más favorables al imputado en el caso particular que se juzgue"".

Este artículo está regulando el caso en que todavía el proceso está - en trámite o sea aún no existe sentencia ejecutoriada.

El Artículo Catorce literalmente dice:

""Art. 14.-Si la promulgación de la nueva ley cuya aplicación resulta favorable al condenado se produjere antes del cumplimiento de la condena, deberá el Tribunal competente modificar la sentencia en lo relativo a la pena de acuerdo con las disposiciones de la nueva ley.

Si la condena hubiere sido por un hecho considerado como delito por la legislación anterior y que la nueva ley no sanciona como tal, se ordenará la inmediata libertad del reo, quien gozará del derecho de rehabilitación"".

Este artículo está regulando la situación cuando el reo ya ha sido condenado o sea que existe una sentencia definitiva ejecutoriada en donde se le impone una pena.

Lo expuesto hasta este momento significa que la nueva ley debe aplicarse, siempre que fuere más favorable al delincuente antes de iniciarse el proceso, durante el mismo o aún cuando ya está condenado, pues en materia penal la cosa juzgada no tiene la Santidad que tiene en el Derecho Privado.

Lo más favorable de una ley penal nueva, desde el punto de vista del Derecho Material puede recaer sobre uno o varios de los siguientes aspectos:

- 1º Tipificación del Delito;
- 2º Elementos constitutivos del tipo;
- 3º Naturaleza de la sanción;
- 4º Duración de la sanción;
- 5º Sanciones accesorias;

6^º Circunstancias modificativas de la Responsabilidad Penal

7^º Formas de ejecutar la condena;

8^º Requisitos para la Libertad Condicional o Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena.

El juzgador en el caso concreto que conozca, cuando entra en vigencia una nueva ley penal, está obligado a analizarla y determinar si favorece o no al reo, y en el primer caso, si lo favorece, deberá aplicarla en toda su plenitud y esto significa una aplicación retroactiva de la nueva ley penal.

La aplicación retroactiva de la ley penal material fue una situación prevista por la comisión redactora del anteproyecto del Código Penal elaborado en 1960 por los ilustres juristas Doctores Enrique Córdova, Manuel Castro Ramírez n. y Julio Fausto Fernández, quienes en la exposición de motivos respectiva, expresaron:

"La ley penal rebasa en dos sentidos el ámbito normal de aplicación temporal de los preceptos jurídicos: hacia el pasado, cuando por ser más favorable al delincuente se aplica retroactivamente; y hacia el futuro, cuando por igual causa al momento de dictar sentencia se aplica una ley ya derogada pero que estaba en vigencia en el momento en que se cometió el delito o en algún momento posterior.

Algunas legislaciones emplean la frase "más benigna"; en vez de la expresión: "más favorable", usada en el proyecto. -La Comisión se atuvo, en esto, al texto de nuestra Constitución Política.

El problema de establecer cuál es la ley más favorable al delincuente puede recaer sobre todas, sobre alguna o algunas de las siguientes circunstancias

cias: naturaleza de la sanción, duración de la misma, sanciones accesorias, - circunstancias modificativas de la responsabilidad, elementos constitutivos del tipo, causales que extinguen la aptitud para ejercer la acción, forma de ejecutar la condena, libertad condicional, remisión de la pena y perdón judicial. - En todo caso, el juez debe aplicar la ley que favorece más al delincuente, ya se trate de la que estaba en vigencia en el momento en que se cometió la infracción o de una ley posterior, dictada antes de que se haya cumplido totalmente la condena. - Queda así resuelto el problema de la ley intermedia. - En caso de que se trate de tres o más leyes: la vigente al tiempo de cometerse el delito, otra u otras intermedias y otra vigente al tiempo de cumplirse la condena, el juez debe siempre atenerse a la más favorable al reo. - El proyecto sacrifica la santidad de la cosa juzgada en aras del espíritu humanitario que anima al Art. 172 de la Constitución".

Solo a manera de aclaración, debe hacerse notar que en el primer párrafo transcrito se hace referencia a dos situaciones que son características de la Ley Penal.

La primera situación es lo que se denomina propiamente Retroactividad, o sea cuando una nueva ley penal es aplicada a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, siempre que contenga disposiciones que sean más favorables al delincuente.

La segunda situación es lo que se denomina Ultraactividad, o sea, cuando se aplica al caso concreto una ley penal ya derogada, pero que estuvo vigente en cualquier momento posterior a la comisión del delito, siempre y cuando - desde luego, contenga disposiciones más favorables al delincuente.



Un ejemplo de cada situación aclarará el concepto:

A- Un reo es condenado por el delito de robo.-La ley vigente a la fecha de la comisión del delito y en base a la cual es condenado no permite la libertad condicional para ese delito.-Estando en esa situación el reo,entra en vigencia una nueva legislación penal, en donde se permite a todos los reos gozar de libertad condicional al aplicar esta nueva ley al reo en cuestión,- se está haciendo en forma retroactiva.

B- Un reo es condenado a treinta años de prisión (antes presidio) por un delito de asesinato.-En el Código Penal de 1904 (vigente a la fecha de comisión del delito) para poder gozar de libertad condicional era necesario cumplir las dos terceras partes de la pena.-El 15 de junio de 1974 entra en vigencia el actual Código Penal y en su Art.94, señala que puede gozar de libertad condicional el reo primario que haya cumplido la mitad de la pena impuesta.-En 1977, se reforma el Art.94 Pn, y se vuelve al criterio anterior, o sea, el reo puede gozar de libertad condicional al cumplir las dos terceras partes de la pena.

Supongamos que estamos en 1978 y el reo ya cumplió quince años de prisión, o sea, la mitad de la pena, ¿Qué legislación vamos a aplicar? Indudablemente que la vigente en 1974, aunque ya esté derogada, pues es la más favorable.-Esto es aplicación ultraactiva de la ley penal.

Siempre en el Derecho penal material el legislador de 1973 trató de explicarle a los jueces cómo debían aplicar las nuevas disposiciones que entró en vigencia el 15 de junio de 1974, y en ese sentido en los artículos 524 y 525 de las Disposiciones Transitorias dispuso:

"Art. 524.-En los procesos pendientes a la fecha en que entre en vigencia este Código, por delitos cometidos con anterioridad a la misma, se observarán las reglas siguientes:

1a) Los jueces que estuvieren conociendo de causas instruídas por hechos que en la legislación penal anterior hubieren sido calificadas de delito o falta y no tuvieran ninguna pena señalada en este Código, sobreseerán en el procedimiento, ordenarán que los indiciados detenidos sean puestos inmediatamente en libertad sin necesidad de fianza o levantarán las ordenes de captura también sin fianza, así se tratare de reo o ausente;

2a) Las Cámaras de Segunda Instancia que por cualquier motivo estuvieren conociendo de los hechos a que se refiere el numeral anterior, también dictarán auto de sobreseimiento y ordenarán la inmediata libertad del procesado preso o el levantamiento de las órdenes de captura en su caso.

3a) La Sala de Casación Penal que, por cualquier motivo, esté conociendo del recurso de casación interpuesto en uno de los procesos a que se refiere este artículo, sobreseerán inmediatamente en el procedimiento y ordenará la libertad del procesado.

Las disposiciones a que se refiere este artículo serán dictadas de oficio.

"Art. 525.-En los procesos en que ya hubiere recaído sentencia definitiva condenatoria ejecutoriada, se observarán las reglas siguientes:

1a) Si la condena hubiere sido por un hecho considerado como delito por la legislación anterior y que éste Código no sanciona como tal, se ordenará la inmediata libertad del reo, quien gozará del derecho de rehabilita--

ción;

2a)- Si la condena fuere a la pena de muerte, deberá modificarse la sentencia para determinar si la pena podrá haberse impuesto de acuerdo con las disposiciones de este Código y de conformidad al artículo 14; y

3a)- Si la condena fuere privativa de libertad superior al máximo - que este Código señala al mismo delito, se ordenará la sustitución de la pena impuesta por la que este Código señala como máximo.

La resolución a que se refiere el numeral primero de este artículo será dictada de oficio por el juez y las resoluciones a que se refieren - los numerales segundo y tercero, serán dictadas a solicitud del reo, su defensor o del Procurador General de Pobres o el agente auxiliar que se designe al efecto, por el juez que dictó la sentencia en primera instancia."

De las distintas situaciones que enumeran los artículos transcritos, sólo merece especial comentario, la regla tercera del artículo 525 Pn, pues los jueces al aplicarlo literalmente limitaban el principio de la retroactividad de la ley favorable a una simple operación aritmética, para el caso conforme al Código anterior el delito de homicidio estaba sancionado en el artículo 358 con quince años de presidio si no ocurría ninguna atenuante ni agravante; cuando entró en vigencia el actual Código, en el artículo 152 sancionaba al Homicidio doloso con prisión de 8 a 15 años.

Aplicando la regla ya mencionada del artículo 525, un reo que se encontrara condenado conforme al código anterior a quince años de presidio - por Homicidio no podía aplicarsele el nuevo Código en cuanto a la pena, --

porque el máximo que establecía el nuevo cuerpo legal era de quince años - de prisión.

Esa situación fué adversada por las Cámaras Primera y Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro en los años de Mil Novecientos Setenta y Cinco y Mil Novecientos Setenta y Seis, formada, entre otros, por los doctores José Samuel Cárdenas y Manuel Rafael Reyes, quienes sostuvieron - en diferentes sentencias sobre sustitución de pena una tesis muy interesante que a continuación se sintetiza:

"El artículo 220 de la Constitución Política (art.246 constitución vigente), establece que los principios constitucionales no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio.-El artículo 172 siempre de la constitución; (art.21 Cn.vigente) dispone que la ley penal puede ser aplicada en forma retroactiva con la única condición que la nueva ley sea mas favorable al delincuente.- La regla tercera del artículo 525 del Código Penal limita la aplicación de la retroactividad de la ley penal favorable al reo a una simple operación aritmética.- En base al artículo 95 de la Constitución Política (art. 185 de la Cn. vigente), declararon inaplicable, en cada caso que juzgaron la regla tercera del artículo 525 Pn. por ser contraria a los preceptos constitucionales, y entonces en base al artículo 14 del Código Penal cada Cámara entró a conocer de todo el proceso para determinar de acuerdo a los criterios del artículo 67 Pn. la pena a imponer entre el mínimo y el máximo señalado al delito".

titucional y doctrinario, y eminentemente jurídica; la que compartimos en todos sus aspectos.

La Corte Suprema de Justicia en diferentes ocasiones se ha pronunciado por la aplicación retroactiva de la ley penal material favorable al emitir dictamen e informe en las solicitudes de conmutaciones e indultos.

En el informe dado en la solicitud de conmutación de Wenceslao Melgar en el mes de junio de mil novecientos ochenta y cuatro emitió dictamen favorable aplicando retroactivamente las reglas sobre la prescripción de la pena contenida en el Código que entró en vigencia en mil novecientos setenta y cuatro hasta antes que fuera reformado en mil novecientos setenta y siete.-La situación era la siguiente: El delito de Homicidio fué cometido el veinte de julio de mil novecientos cincuenta y nueve y fué condenado a la pena de treinta años de Presidio de conformidad con la sentencia definitiva condenatoria de segunda Instancia que fué declarada ejecutoriada el día nueve de agosto de mil novecientos sesenta y uno.- A esta fecha el reo era ausente, pero fué capturado el dieciocho de Enero de mil novecientos setenta y cuatro o sea doce años cinco meses y nueve días despues que causó ejecutoria la sentencia referida.

De conformidad al Código Penal derogado (art.5 y 88) la pena prescribía en quince años; de acuerdo al artículo 127 del nuevo Código Penal desde su vigencia hasta antes de las reformas de mil novecientos setenta y siete la pena prescribía en diez años.-

Frente a esta situación la Corte Suprema de Justicia expresó textual

mente:

"A la fecha de captura del referido reo estaba vigente el Código Penal derogado y conforme a sus disposiciones la pena que se le había impuesto aún no había prescrito; pero al entrar en vigencia el nuevo Código Penal era del caso analizar si contenía nuevas disposiciones sobre la misma situación, pues el delincuente tiene derecho a la aplicación retroactiva de la nueva ley penal, siempre que le resulte mas favorable".-Mas adelante en su fallo estimó que la pena impuesta al reo ya había prescrito conforme a lo dispuesto en el nuevo Código Penal antes de las reformas de mil novecientos setenta y siete por lo que dió un dictámen favorable recomendando que para que el reo gozara inmediatamente de libertad se le sustituyera la pena por el tiempo que tenía el reo de estar guardando prisión.-

El Ministerio de Justicia concedió la Conmutación aceptando en su plenitud el criterio de la Corte Suprema de Justicia.-

Asimismo en el informe del indulto solicitado a favor del reo Rafael Antonio Acevedo Blanco emitido el ocho de abril de mil novecientos ochenta y seis, también emitió dictámen favorable, aplicando retroactivamente diversos preceptos contenidos en el Código que entró en vigencia el quince de junio de mil novecientos setenta y cuatro hasta antes que fuera reformado en mil novecientos setenta y siete.-La situación era la siguiente:

El reo fué inicialmente condenado a la pena de quince años de presidio por un homicidio cometido el día quince de abril de mil novecientos sesenta y uno.-Estando cumpliendo la pena por este delito, cometió un nuevo

homicidio el día veintiuno de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro, en el interior de la desaparecida Penitenciaría Central de esta Ciudad; y fué condenado a la pena de quince años de presidio por este nuevo delito.-Cuando ambos hechos ocurrieron estaba vigente el Código Penal de mil novecientos cuatro:

En la parte medular el dictamen dice:

"El quince de junio de mil novecientos setenta y cuatro, entró en vigencia el actual Código Penal, y en su Artículo 152, antes de las reformas del veinticuatro de octubre de mil novecientos setenta y siete, sancionaba el homicidio doloso con una pena entre ocho y quince años de prisión.

La regla tercera del Artículo 525 del Código Penal, dispone: "En los procesos en que ya hubiere recaído sentencia definitiva condenatoria ejecutoriada, se observarán las reglas siguientes ...3a) Si la condena fuere privativa de libertad superior al máximo que este Código señala al mismo delito, se ordenará la sustitución de la pena impuesta por la que este Código señala como máximo".

Interpretando literalmente la disposición legal transcrita, se podría concluir que en los procesos instruídos contra Rafael Antonio Acevedo no procedía la modificación de ninguna de las penas que se le impusieron, pues estas eran de quince años y el máximo señalado en el nuevo Código cuando entró en vigencia era el mismo.

Peró es el caso, que la aplicación de la ley penal favorable, en forma retroactiva, es un principio constitucional que establecía el Artículo 172 de la Constitución Política de mil novecientos sesenta y dos y actualmente lo establece el Artículo 21 de la Constitución vigente, por lo que no puede ser li

mitado por una ley secundaria, y en ese sentido los Jueces de Primera Instancia que conocieron de los respectivos procesos, con fundamento en la facultad que le otorgaba el Artículo 85 de la Constitución Política derogada, que equivale al Artículo 185 de la vigente, debieron declarar inaplicable la regla tercera del Artículo 525 del Código Penal, ya que los principios de la Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulan su ejercicio, y además aquella -- prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos.-Artículo 220 Constitución Política derogada, que equivale al Artículo 246 de la vigente.

En efecto, un reo tiene derecho a que se le aplique la nueva legislación penal en todos los aspectos que le sean favorables, y no sólo a sustituir la pena impuesta por la máxima que señala el nuevo Código, como lo prescribe el Art. 525 No. 3º Pn., razón por la que, en cumplimiento a lo preceptuado en el Artículo 14 del Código Penal, cada proceso debió haber sido estudiado en su conjunto y con fundamento en el Artículo 67 del mismo cuerpo legal, imponer al reo Rafael Antonio Acevedo, por cada delito de homicidio una pena entre ocho y quince años de prisión y al no haberse verificado lo anterior resulta que no se aplicó al mencionado reo en forma retroactiva una ley penal que le era más favorable".

A continuación procedió a individualizar la pena respecto de cada delito, apreció atenuantes, desestimó agravantes y concluyó que había cumplido en prisión un tiempo mayor al que debió haber sido condenado si se hubiese aplicado retroactivamente la ley penal más favorable.

La Asamblea Legislativa concedió el indulto aceptando totalmente el criterio de la Corte Suprema de Justicia.

Como podrá apreciarse cuando se ha tratado de la aplicación retroactiva de la ley penal material no ha habido mayores conflictos de fondo, pues siempre

se ha coincidido en aplicar la nueva ley penal en forma retroactiva cuando es más favorable al delincuente.

El problema serio se plantea cuando se trata de una ley procesal penal, - lo que se expone en el siguiente capítulo.

2) MATERIA PENAL PROCESAL O " ADJETIVO ".

Este asunto constituye el objeto del llamado Derecho Procesal Penal "transitorio" o "intertemporal", y consiste en la determinación de cual de las leyes sucesivas debe regular la actividad procesal penal.

En doctrina es una cuestión muy debatida, pues diferentes autores difieren en sus opiniones, así como también la legislación de cada país regula de manera distinta el problema.

El Jurista mexicano Juan José Gonzáles Bustamante en su obra "Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano", pagina 32, expresa:

" Impera en el Derecho Procesal Penal el principio de que una vez promulgada la ley, debe aplicarse lo mismo a los procesos nuevos que a los que se encuentren en tramitación, por lo que siendo el procedimiento penal de orden público, no queda a la voluntad de los particulares eludir su observancia y los preceptos contenidos en las leyes procesales, rigen y disciplinan los actos futuros y serán aplicables a los procesos pendientes en el estado en que se encuentren.-

Lo contrario significaría desconocer el principio de la indisponibilidad del proceso, dejando al arbitrio de las partes que escojan libremente entre la ley puesta en vigor y la que se hubiere derogado; no existen en el procedimiento penal derechos adquiridos ni se puede sostener la aplicación retroactiva de la Ley Procesal. Su observancia se impone desde el momento de la promulgación de la nueva ley, pero si se trata de actuaciones practicadas durante la vigencia de la ley derogada, tienen plena validez.

Si nos viéramos en el caso de repetir las actuaciones produciríamos la confusión y el desorden en el procedimiento y paralizaríamos su marcha".-

Asimismo el Jurista español Miguel Fenech en su "Curso Elemental de Derecho Procesal Penal" en la pagina 108 expresa: "En la esfera del Derecho Penal, las leyes son retroactivas cuando favorecen al reo, es decir, cuando el supuesto hecho delictivo ocurrió con anterioridad y la consecuencia a él es aneja ; es decir, la pena asociada al delito es menor en el nuevo Código, o la figura delictiva ha desaparecido en éste. En la esfera del Derecho Pro^ucesal Penal entran en acción otros criterios: las leyes procesales penales regulan la actividad encaminada a la inflicción de la pena y ello de acuerdo a los postulados que en cada momento estima el Estado como más adecuados para cumplir su finalidad, por lo que no se puede decir si una ley es más - favorable que otra; en cambio, sí hay que suponer que cada nueva ley representa un avance técnico con respecto a la anterior en la regulación de los actos procesales. Por otra parte, el hecho de que un proceso iniciado con - anterioridad a la vigencia de una norma procesal que presidió la regulación de una parte de los actos que lo integran se regule a partir de la promulga^ución de la norma nueva por ésta, no significa en manera alguna que se haya hecho uso de la retroactividad, ya que como dijimos, los actos procesales - subsiguientes no son efecto ni consecuencia de los anteriores, y, en todo - caso, se respetan siempre los derechos adquiridos y los efectos de los pro^uducidos bajo el imperio de la legislación derogada".

Mario Oderigo indica que la doctrina señala una serie de soluciones,

en cuanto a la aplicación de la ley procesal penal en el tiempo, y son las siguientes:

a) La ley derogada: Se aplicará a los procesos concluídos y a los actos procesales ya realizados al momento de dictarse la nueva ley, cualquiera que fuere la fecha de comisión del delito a juzgar;

b) La ley nueva: Se aplicará a los procesos pendientes de iniciación y a los actos procesales pendientes de realización en los procesos ya iniciados al momento de dictarse, prescindiendo, igualmente, de la fecha de comisión del delito.

El mismo autor en su obra "Derecho Procesal Penal", hace referencia a una polémica que surge con otro tratadista famoso como lo es Eugenio Florian.- Textualmente dice Oderigo en las paginas 25 y 26:

"La aplicabilidad de la nueva ley a procesos y actos procesales relativos a delitos cometidos antes de su sanción, ha dado lugar a que algunos autores señalen el principio de retroactividad como característico de las leyes procesales penales (Asi Florian: mientras en el derecho penal sustantivo rige el principio de la no retroactividad, en el proceso penal vale el de la retroactividad, como regla y salvo particulares excepciones), lo que es erróneo y proviene de confundir la materia propia del derecho procesal penal con la que constituye el objeto del derecho penal: las leyes procesales penales, aplicadas con relación a procesos por delitos anteriores a su sanción, podrían considerarse retroactivos si fuere válido referirlas al delito, es decir, si su destino fuere regular las consecuencias

La posición de Mario Oderigo es en términos generales la que siguió nuestro Código Procesal Penal cuando entró en vigencia el quince de junio de mil novecientos setenta y cuatro, en donde en las disposiciones transitorias se dispuso:

"Aplicación para Procesos futuros o Procesos Pendientes en la Fase de Instrucción.

Art.731.-Las disposiciones de este Código se aplicarán desde su vigencia a los procesos futuros, cualquiera que fuere la fecha en que se hubiere cometido el delito o la falta, así como a los procesos pendientes -- que estuvieren en la fase de instrucción."

"Aplicación para procesos pendientes en la Fase Plenaria.

Art.732.-Las disposiciones de este Código se aplicaran tambien a los procesos pendientes que estuvieren en la Fase Plenaria, si no se hubieren evacuado los traslados para alegar de bien probado.-Si ya se hubieren evacuado tales traslados, continuaran aplicandose las disposiciones del Código anterior".

Validez de los Actos Cumplidos y Sistema de Apreciación.

Art.733.-Los actos procesales cumplidos conforme al Código de Instrucción Criminal que se deroga, conservarán su validez, sin perjuicio de que serán apreciados conforme al nuevo régimen probatorio."

"Procesos Pendientes en Segunda Instancia y Casación

Art.734.-Los procesos pendientes en apelación, consulta, casación o revisión, continuarán tramitandose conforme las disposiciones del Código -

anterior, a menos que hayan disposiciones en el presente Código que favorecieran al imputado, en cuyo caso estas disposiciones le serán aplicables."

Merece especial comentario el Art. 731 Pr.Pn., porque es el que da pauta a pensar en la retroactividad de la ley procesal penal, ya que expresamente dice que se aplicarán en las situaciones allí previstas, independientemente de la fecha de comisión del delito.-Esto para algunos implica una aplicación retroactiva de la ley procesal penal, pero esta situación no presentó mayores problemas, pues en terminos generales la nueva legislación procesal penal era más favorable al delincuente, y no había mayor problema en cuanto a la aplicación de la ley nueva.

Consultado sobre la cuestión de la retroactividad o no de la ley procesal cuando se aplica a hechos ocurridos antes de su vigencia, el Doctor Carlos Alfredo Ramos Contreras, notable Procesalista, textualmente dijo:

"En cuanto a los efectos de la ley procesal en el tiempo, podemos afirmar que, la forma de los actos se regula por la ley vigente en el momento en que ellos se realizan; de tal manera que los procedimientos llevados a cabo con una ley procesal anterior no pueden ser alterados por una posterior; pero los que van a tener lugar estando en vigor la nueva ley deben sujetarse a ella necesariamente; y necesariamente, esta habrá de ocurrir en un momento procesal determinado.-En otras palabras, la acción procesal y la relación procesal, solo pueden regirse por la ley vigente en el tiempo y lugar en que se realizan".

Como ya se habrá notado, todos coinciden en que la nueva ley proce--

sal debe aplicarse a los procesos futuros y a los actos procesales pendientes de realización, y ello afirman, no implica retroactividad, la cual existiría si se aplicase a los procesos concluidos o a los actos procesales ya realizados.

No obstante lo anterior, a nuestro juicio la cuestión no debe verse tan doctrinariamente, sino que es necesario analizar nuestra legislación y determinar si esa aplicación a procesos futuros o a procesos pendientes, -- prescindiendo de la fecha de comisión del delito, contraría o no principios constitucionales.

Como ya dijimos , cuando la nueva legislación penal (material y procesal) entró en vigencia, el quince de junio de mil novecientos setenta y cuatro, contenía disposiciones en su mayoría favorables al delincuente y no existió temor alguno al aplicarlas.

El problema comenzó a surgir con las primeras reformas que se le hicieron a los Códigos Penal y Procesal Penal, mediante el Decreto Legislativo número 381, de fecha 20 de octubre de 1977, publicado en el Diario Oficial número ciento noventa y seis, Tomo Doscientos cincuenta y siete del -- veinticuatro del mismo mes y año, vigentes ocho días después de su publicación.-

Este decreto contenía reformas a ambos Códigos en forma conjunta, y todas eran totalmente desfavorables al delincuente, pero en el Art.54 de las Disposiciones Transitorias de dicho decreto, se dispuso que los reos -- que tuvieran proceso pendiente tenían derecho a que se les aplicara la ley

que fuera más favorable en el caso concreto que se juzgara, ya fuera la vigente al momento de delinquir o las que habían sido objeto de reformas mediante ese decreto.

Asimismo en el inciso segundo del art.55 de las mismas disposiciones transitorias dispuso: "En los procesos pendientes y en los que ya hubiere recaído sentencia definitiva, se aplicaran las disposiciones del presente Decreto, a menos que haya disposiciones objeto de estas reformas que favorecieran al imputado, en cuyo caso le serán aplicables".

Como podrá notarse, en esa ocasión el legislador previó la aplicación retroactiva de las reformas a ambos Códigos, con la única condición de que fueran favorables al imputado y recuérdese que también en esta ocasión se reformó el Código Procesal Penal, y se regulaba la posibilidad de su aplicación retroactiva, pero nunca se hizo porque eran desfavorables.

En cuanto a las reformas contenidas en el Decreto número Doscientos sesenta y cinco de la Junta Revolucionaria de Gobierno, publicada en el Diario Oficial del veintitrés de mayo de mil novecientos ochenta y en el Decreto número Novecientos cinco de la misma Junta, publicado en el Diario Oficial del dieciseis de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, no existió regulación alguna que planteara problema en torno a la retroactividad.

Es hasta las recientes reformas al Código Procesal Penal que surge una seria polémica en torno a la retroactividad de la ley procesal penal.

En efecto, mediante Decreto Legislativo número Trescientos veintiocho de fecha quince de abril de mil novecientos ochenta y seis, publicado en el Diario Oficial número Setenta y uno, Tomo Doscientos noventa y uno,

del día veintidos del mismo mes y año, vigente ocho días después de su publicación, se reformaron ciertos artículos del Código Procesal Penal.

Dicho Decreto contiene la adición de cuatro incisos al Art.209, relativos al exámen de testigos o declaración de ofendidos que residan fuera del territorio nacional y del trámite a seguir y los efectos que produce en caso de no devolverse el suplicatorio.

Tambien se reformó el Art.490, agregándole un inciso(el tercero) en donde se le dá valor de prueba al dicho del ofendido en cuanto al reconocimiento del lugar del delito, de los objetos o instrumentos del mismo.

De igual manera se adicionó el Art. 499-A, en donde se le dá valor de prueba a las declaraciones de los coautores o cómplices en los delitos de los Arts. 220,257 y 300 al 304 del Código Penal.

Luego viene la cuestion mas importante, cual es la aplicación que se le pretende dar a tales reformas.- En efecto, el art, 4 del mencionado Decreto, textualmente dispone:

"Art. 4.-Las disposiciones del presente decreto se aplicarán desde su vigencia a los procesos futuros, cualquiera que fuere la fecha en que se hubiere cometido el delito o la falta, así como a los procesos pendientes -- que estuvieren en la fase de instrucción".

Este artículo es el que plantea el problema.

Algunos abogados dicen, con gran dosis de verdad, que esa disposición no es más que una repetición del Art.731 Pr.Pn. y del Art.55 inciso primero del Decreto de reformas de 1977, pero creemos que esa posición es demasiado simplista.

Asimismo, mediante Decreto Legislativo número Quinientos noventa y seis de fecha diecinueve de febrero de este año, se han introducido reformas a diversos artículos de los Códigos Penal y Procesal Penal, publicado en el Diario Oficial número cuarenta y ocho, Tomo doscientos noventa y cuatro de fecha doce de marzo de este año, vigente ocho días después de su publicación.

El Art. 22 de dicho Decreto textualmente dice:

"Las reformas del Código Procesal Penal, contenidas en este Decreto, se aplicarán desde su vigencia a los procesos futuros como a los pendientes, cualquiera que fuere la fecha en que se hubiere cometido el delito o falta".

Como podrá notarse de inmediato, otra vez el mismo problema, o sea - prescindiendo de la fecha de comisión del delito.-

A nuestro juicio la aplicación que se le pretende dar a las dos últimas reformas aludidas son inconstitucionales, ya que quierase o no, todas ellas son desfavorables al reo en el caso particular que se juzgue, y en consecuencia no puede dársele efecto retroactivo.

Como ya se ha dicho, los diversos tratadistas enfocan el problema -- desde un punto de vista de total independencia del Derecho Penal, lo cual a nuestro juicio es incorrecto.-

Ciertamente que toda la ley procesal penal nueva respeta los procesos concluidos y los actos procesales realizados, disponiendo siempre para el futuro. pero es del caso relacionar la posición que sostuvo la Corte Suprema de Justicia en diferentes recursos de exhibición personal, en cuanto a la aplicación de las disposiciones del Decreto cincuenta que contenía la ley de Procedimientos Penales Aplicables al Suspenderse las Garantías Constitu--

cionales, que sustituyó al Decreto quinientos siete de la Junta Revolucionaria de Gobierno, que contenía la ley Especial de Procedimientos Aplicables a los delitos a que se refiere el artículo 177 de la Constitución Política.

En efecto, el artículo 39 del Decreto 50 mantenía la vigencia de las normas del Decreto 507 relativas a la prueba, y frente a ello, la Corte Suprema, en cada caso concreto, emitió una resolución en donde declaraba inaplicable el artículo 39 del Decreto 50 por ser contrario a los preceptos Constitucionales, y aplicaba las regulaciones de dicho decreto a los actos procesales realizados bajo en imperio del Decreto 507, ya que las nuevas regulaciones sobre prueba eran mas favorables al delinciente.

He aqui la resolución de la Corte Suprema de Justicia cuando ella -- conocía de los recursos de exhibición personal.

"Para dictar sentencia en las presentes diligencias de exhibición -- personal, este Tribunal formula las siguientes consideraciones:

1º) El proceso contra el favorecido N.N. se inició bajo las regulaciones que establecía el Decreto Nº 507 de la Junta Revolucionaria de Gobierno, del tres de diciembre de mil novecientos ochenta, y sus reformas posteriores; disposiciones que fueron derogadas por el Decreto Legislativo Nº 50, que estableció la ley de Procedimientos Penales Aplicables al Suspenderse las Garantías Constitucionales, vigente a partir del veintisiete de Febrero del corriente año.

2º) El Art. 28 del Decreto Legislativo Nº 50, en vigencia, dispone que "la confesión extrajudicial se establecerá mediante dos testigos", por lo que actualmente, el acta de los órganos auxiliares que contiene una confesión extrajudicial, por si sola, carece de valor probatorio, que si lo tenía confor-

me al Decreto derogado, para efecto de decretar la detención provisional;

3º) En el caso de autos, la única prueba en que se fundamenta la detención provisional decretada contra el favorecido es su confesión extrajudicial que únicamente consta en el acta levantada por el órgano auxiliar correspondiente y no se ha establecido mediante la declaración de los dos testigos que se dice la presenciaron.

4º) El Art. 39 del mencionado Decreto Legislativo Nº 50 dispone que -- "Esta ley se aplicará desde su vigencia, incluso a los delitos cometidos con anterioridad a su promulgación, y respecto de los procesos ya iniciados, en cuanto fija la jurisdicción y competencia y regula su sustanciación y trámite. Quedan vigentes para dichos procesos las regulaciones relativas a la prueba, contenidas en los Decretos que se derogan en el Art. 42 de esta ley".

5º) El último párrafo del artículo transcrito en el ordinal anterior no puede tener aplicación porque contradice abiertamente lo dispuesto en el Art. 251 de la Constitución Política que ordena que la Vigencia del Decreto -- Nº 507 de la Junta Revolucionaria de Gobierno y sus reformas " no podrá exceder del día 28 de febrero de 1984"; y de acuerdo a lo prescrito en el segundo inciso del artículo 246 C.P., "La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos".

Como consecuencia de lo anterior, este Tribunal resuelve:

1º Con base en lo prescrito en el Art. 185 C. P., se declara inaplicable en el presente caso el último párrafo del Art. 39 de la Ley de Procedimientos Penales Aplicables al Suspenderse las Garantías Constitucionales, por ser contrario a lo establecido en el citado Art. 251 C.P.; y 2º) no habiendo mérito

to para la detención de el favorecido N.N. póngasele en libertad ..."

Esta Tesis también fue sostenida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia cuando le correspondió comenzar a conocer de los recursos de exhibición personal.

Con tal interpretación se le dió aplicación retroactiva a una ley procesal penal, porque era mas favorable al delincuente en el caso particular que se juzgaba.

Con el principio aplicado, estamos totalmente de acuerdo, pues sostenemos que la expresión "en materia penal" utilizada por el Constituyente en el Artículo 21 Cn., comprende también las leyes procesales penales, y para ello vamos a apoyarnos entre autores nacionales.

El Doctor Ricardo Gallardo en su obra "Las Constituciones de El Salvador", Tomo segundo, página doscientos cuarenta y ocho, textualmente expuso:

"En resumen, se considera que pueden tener efecto retroactivo todas -- las leyes de Derecho Público con excepciones de las leyes penales o de procedimientos penales, que no favorezcan al delincuente".

Por su parte el Doctor Alejandro Dagoberto Marroquín en su interesante monografía titulada "Sobre la Irretroactividad de las Leyes", en la página setenta y siete, literalmente dijo:

"El campo de aplicación de la excepción "salvo en materia de Orden Público", queda delimitado en el Derecho Constitucional salvadoreño de la siguiente manera: Pueden tener efecto retroactivo, todas las leyes de Derecho Público, con excepciones de las leyes penales o procesal penales, que no favorezcan al delincuente".

Finalmente, el doctor Manuel Arrieta Gallegos, en su libro "El Nuevo Código Penal Salvadoreño (Comentarios a la Parte General)", en las páginas - veintitres y veinticuatro, refiriéndose al tema de la Irretroactividad, dijo:

"Esto fue una herencia de la declaración de los derechos del hombre proclamados en la Constitución Francesa de 1793, y la única excepción a tal principio en materia penal sustantiva y aún adjetiva, es cuando la nueva ley favorece al delincuente".

Como podemos observar, todos ellos coinciden en que la ley procesal penal solo puede ser aplicada en forma retroactiva si es favorable al delincuente.

CAPITULO V

NUESTRA OPINION EN RELACION A LAS DOS ULTIMAS REFORMAS AL
CODIGO PROCESAL PENAL:

Como ya dijimos, por medio de los Decretos Legislativos número 328 de fecha 15 de abril de 1986, publicado en el Diario Oficial número 61 Tomo 291, del 22 del mismo mes y año; y en el número 596 de fecha 19 de febrero de 1987, publicado en el Diario Oficial número 48 Tomo 249, del día 11 de marzo de 1987, se han introducido una serie de reformas al Código Procesal Penal, y en el Art. 4 del primer Decreto y Art. 22 del segundo, se establece que tales reformas se aplicarán desde su vigencia a los procesos futuros y a los procesos pendientes, cualquiera que fuera la fecha en que se hubiese cometido la infracción penal.

Ya hemos expuesto en forma extensa las diversas posiciones doctrinarias sobre esta cuestión, pero creemos que la solución al problema debe buscarse desde el punto de vista de los preceptos Constitucionales.

En nuestra opinión para resolver la cuestión es necesario ampararnos en los Artículos 15 y 21 de la Constitución; los cuales textualmente disponen:

"Art.15.-Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley".

"Art.21.-Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente".

"La Corte Suprema de Justicia tendrá siempre la facultad para determinar,

dentro de su competencia, si una ley es o no de orden público".

En lo que a nuestro punto interesa, nuestra Carta Magna en los dos Artículos transcritos consagra por una parte, lo que se denomina el "Principio de Legalidad del Proceso" y el de la "Retroactividad de la Ley Penal favorable al delincuente".

El primer principio, es suficientemente claro al disponer que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trata, o sea que la ley, tanto material como procesal deben existir previamente a la comisión del hecho delictivo.

Con las reformas aludidas se vulnera este principio constitucional, --- pues se pretende aplicarlas a los procesos futuros y a los pendientes ... SIN IMPORTAR LA FECHA DE COMISION DEL DELITO.-He ahí la inconstitucionalidad.

Este principio de legalidad ha sido consagrado no solo en las Constituciones y legislaciones secundarias de los diferentes países; sino que también en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aparece expresamente - reconocido.

Tal principio ha sido una conquista del ciudadano frente al Estado, con el propósito de frenar el abuso de poder y evitar así que se establezcan procedimientos ad hoc para determinados casos, pues la ley debe contener disposiciones que tiendan a prever las posibles situaciones que puedan ocurrir en el futuro, y no como se legisla actualmente que primero ocurren los problemas, se les busca solución legislativa sin interesarse en constatar si se está violando o no la Carta Magna.

El segundo principio dispone claramente que la ley penal solo podrá ser aplicada en forma retroactiva cuando contenga disposiciones que sean favorables al delincuente.

Este principio ha sido vulnerado por las reformas en cuestión, pues basta analizar cada una de ellas para concluir sin ningún esfuerzo que ninguna de ellas puede ser considerada favorable al delincuente, por el contrario todas ellas tienden a procurar que no quede ninguna salida legal para la defensa del mismo.

En este punto sabemos que existe mucha discrepancia en el sentido que si dentro de la expresión "MATERIA PENAL" quedan comprendidas, además de las llamadas leyes sustantivas o materiales, se encuentran las leyes procesales penales.

Unos afirman que el Art. 21 Cn., al disponer que en materia de orden público puede aplicarse en forma retroactiva, está incluyendo a las leyes procesales, pues éstas son de orden público, y continúan afirmando que la expresión "MATERIA PENAL", se está refiriendo únicamente al Derecho Penal propiamente tal.

En nuestro caso concreto, disentimos de la anterior posición, pues al concordar los dos artículos constitucionales que han sido infringidos o vulnerados por esas reformas, llegamos a la conclusión de que debe entenderse que tanto la ley procesal penal como la ley penal propiamente tal debe ser previa a la comisión del hecho y que solo podrán aplicarse retroactivamente cuando favorezcan al delincuente.

Con las reformas tantas veces referidas, al pretender aplicarlas en forma retroactiva se está violando además el Art. 246 de nuestra Constitución que dispone que los principios , derechos y obligaciones establecidos por Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio.

De esta manera, sostenemos vehementemente que tales reformas al pretender --- aplicarlas haciendo caso omiso de la fecha de comisión del hecho punible, son -- INCONSTITUCIONALES.

C O N C L U S I O N E S .

A manera de síntesis, tratamos de hacer una revisión del tema objeto de este trabajo para llegar a algunas conclusiones:

Retroactividad de la ley consiste en una ficción de preexistencia de la ley.-Ficción que en nuestro sistema constitucional se admite como excepción, - porque el principio general es que ninguna ley puede aplicarse en forma retroactiva.-Las excepciones, leyes que se aplican retroactivamente son:

1º) Tratandose de leyes de Derecho Público, excepto en materia penal (Penal Material y Penal Procesal), donde predomine un interés colectivo, un interés general y que éste tenga un elevado contenido de Etica Social y que así lo disponga el legislador secundario y que no haya calificación en contrario de la Corte Suprema de Justicia.

2º) En materia penal sustantiva o material, siempre que la nueva ley contenga disposiciones más favorables al delincuente, sea porque la nueva ley no considera delito el hecho que la anterior lo consideraba; porque la penalidad sea menor, porque una atenuante le favorezca más o sin haber estado considerada como tal, en la nueva legislación se dispone así, etc.

3º) En materia penal procesal o procesal penal o "Adjetiva", siempre que contenga disposiciones más favorables al delincuente, la nueva ley; que puede ser porque ésta le niegue calidad de prueba a un acto procesal que la ley anterior la consideraba como tal; porque la nueva ley conceda mayores y mejores derechos al imputado que la anterior, porque concede al imputado una mayor y mejor

oportunidad de defensa; porque conceda una gracia que la ley derogada no la concedía; porque la nueva ley conceda un nuevo recurso; porque la nueva ley conceda un recurso de gracia que la anterior no lo concedía, etc.

Una aseveración podemos hacer, se puede desfavorecer más al delincuente, se puede dañar o perjudicar más a éste dándole efecto retroactivo a una nueva ley procesal penal, cuando ésta sea más desfavorable, que no dándosela a la ley penal material, y no es eso lo que dispone nuestro sistema constitucional.- Toda disposición que favorezca al delincuente debe aplicarse retroactivamente, que es la inspiración de la Constitución y nunca lo que le desfavorece.

Puede ocurrir que una ley favorable al reo entre en conflicto con la ley de materia de Orden Público, que esos principios no armonicen o no concilien, - en ese caso prevalecerá siempre la ley más favorable al reo puesto que la disposición del artículo 21 de la Constitución dice que podrán tener las leyes en materia de Orden Público y las leyes de materia penal cuando éstas sean más favorables al delincuente.- Las leyes penales y las leyes procesales penales son materias de Orden Público por concepto unánime.- Si el constituyente se refirió a la especie, después de haberse referido al género, a sabiendas que aquella quedaba comprendida en éste, es porque quiso hacer prevalecer las leyes en materia penal cuando éstas fueren más favorables al delincuente.

Además de lo anterior podemos decir que como garantía de estos principios y para evitar legislaciones con dicatoria y represivas, nuestra Constitución contiene una disposición en el Artículo 15 que dice: "Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de

que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley".

Este principio se estableció en nuestro sistema constitucional desde la primera Constitución de Vida Independiente de El Salvador la de 1824 que en su Artículo 80 decía: "Solo los Tribunales establecidos con anterioridad por la -- ley podrán juzgar y conocer en las causas civiles y criminales de los salvadoreños.-Las comisiones y tribunales especiales quedan abolidos como contrarios al principio de igualdad de derechos y condiciones.-En consecuencia todos estarán sometidos al mismo orden de procedimientos y de juicios que establece la - ley."

También como una garantía de respeto y obediencia a los Preceptos de la Constitución el Artículo 246 dispone: "Los principios derechos y obligaciones - establecidas por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que - regulen su ejercicio.

Previendo que, no obstante lo anterior, el legislador secundario podría violar las disposiciones de la Constitución, el constituyente facultó en el artículo 185 a los tribunales de justicia declarar la inaplicabilidad de cual--- quier ley o disposición de los otros órganos contraria a los preceptos de esta Constitución.

Hemos expuesto en el desarrollo de este trabajo la posición que sustentamos en cuanto a la retroactividad de las leyes, sabemos que, como en toda -- cuestión jurídica, siempre existirá polémica, pero nuestra intención es que el lector se forme un criterio y lo defienda, independientemente que comparta o - no el nuestro.

Si logramos tal propósito, nos sentiremos contentos de que nuestro esfuerzo no fue en vano.

MARIO A. ODERIGO

DERECHO PROCESAL PENAL, Tomo I, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1952

JUAN JOSÉ GONZALES BUSTAMANTE

PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO, 4a, edición, Editorial Porrúa,
1967

MANUEL ARRIETA GALLEGOS

EL NUEVO CODIGO PENAL SALVADOREÑO (Comentarios a la parte General)

EXPOSICION DE MOTIVOS Y PROYECTO DE CODIGO PENAL SALVADOREÑO, 1960

CONSTITUCION DE EL SALVADOR 1962 y 1983

CODIGO PENAL SALVADOREÑO

CODIGO PROCESAL PENAL SALVADOREÑO

DOCUMENTOS HISTORICOS - ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1950.

B I B L I O G R A F I A .

ALEJANDRO DAGOBERTO MARROQUIN

LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES, Editorial Universitario, 1952

EDUARDO GARCIA MAYNEZ

INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO, Editorial Porrúa

RICARDO GALLARDO

LAS CONSTITUCIONES DE EL SALVADOR, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid 1961

ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ Y

MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA

CURSO DE DERECHO CIVIL- PARTE GENERAL Y LOS SUJETOS DE DERECHO, Editorial Nascimento- Santiago, Chile 1971

LUIS RECASENS SICHES

TRATADO GENERAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO, Editorial Porrúa, Mexico 1959

LUIS LEGAZ Y LACAMBRA

FILOSOFIA DEL DERECHO- Bosch, casa Editorial Barcelona

MIGUEL FENECH

CURSO ELEMENTAL DE DERECHO PROCESAL PENAL, Librería Bosch, Tomo I, Barcelona, 1945

de la actividad delictuosa; pero por el contrario, su objeto es regular la actividad jurisdiccional, los actos del proceso, y por consiguiente, la aplicación de la ley nueva a la actividad procesal futura (procesos pendientes de iniciación y actos procesales pendientes de realización), es obvio que no importa retroactividad.

Distinto es, por cierto, el asunto relativo a la posibilidad de que las leyes procesales despongan su aplicación retroactiva con relación a procesos concluidos o a actos realizados, señalada más arriba".

En su obra "Elementos de Derecho Procesal Penal, Eugenio Florian, como ya dijimos, establece la doctrina de la retroactividad de la ley procesal penal, en la pagina 43, expone: "Una vez promulgada la norma procesal penal, se aplica no sólo a los procesos nuevos (que pueden ser llamados futuros con respecto a la ley misma), sino tambien a los pendientes, porque por ser tal ley de carácter público, es una expresión directa de los intereses generales y públicos. Mientras en el Derecho Penal sustantivo rige el principio de la no retroactividad (C.P. Art.2), en el proceso penal vale el de la retroactividad, como regla y salvo particulares excepciones".-

Y agrega Florian a continuación: "La razón de ello es obvia. El proceso penal tiene un substrato altísimo de interés público; la ordenación de la jurisdicción, las formas procesales, los mandatos de observancia de las mismas, etc, son de carácter público. Aquí no se originan derechos adquiridos; sería una herejía hablar de cuasicontratos judiciales, como se habla en el proceso civil".-