

# Facultad de Ciencias Jurídicas



**Violación al principio de retroactividad de la norma penal con la aplicación de la Ley número 745: Ley de Ejecución, Beneficios y Control Jurisdiccional de la Sanción Penal.**

**Autora:** Bra. Ana Tatiana Soza Chamorro

**Tutora:** Lic. Fabiola Peña Castillo



**UCA**  
Universidad  
Centroamericana

## *DEDICATORIA*

*Esta monografía está dedicada  
a Dios padre por bendecir  
mi camino a lo largo de mi vida y  
mi carrera profesional, a mis padres  
por ser mis guías en la educación,  
la crianza que me han brindado y  
a mis hermanas por su apoyo incondicional.*

## *AGRADECIMIENTO*

*Agradezco a Dios, a mis padres y a todos los docentes de la universidad centroamericana UCA por su paciencia, por su respeto y por su enseñanza a lo largo de mi carrera, por brindarme todos los conocimientos, estudios y valores necesarios para dirigir con orgullo y con ética mi profesión.*

*Por compartir sus experiencias y por enseñarme que el éxito solo se puede forjar a través del conocimiento y de la lucha por vencer la ignorancia, por la pasión de ejercer justicia y ser un verdadero profesional del Derecho.*

*Ser profesional del Derecho no es solo conocer y estudiar las leyes, sino también es ser capaz de criticar, analizar y mejorar la administración de justicia y de proponer soluciones a los vacíos y lagunas que nuestras leyes contienen, así también como el buen funcionamiento del sistema jurídico de nuestro país.*

# *Tabla de contenido*

## **CAPÍTULO I**

### LA LEY PENAL Y SU ÁMBITO TEMPORAL DE VALIDEZ

- 1.1. La entrada en vigencia de la ley penal y el periodo de vacatio legis
- 1.2. Derogación de la ley: expresa o tácita
  - 1.2.1. Derogación por inconstitucionalidad de la ley penal
  - 1.2.2. *Derogación Judicial*

## **CAPÍTULO II**

### **PRINCIPIO GENERAL DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY EN MATERIA PENAL Y SU EXCEPCIÓN**

- 2.1. Fundamentos al principio de irretroactividad, los puntos de vista doctrinales y sucesión de leyes penales
- 2.2. Excepción al principio de irretroactividad
- 2.3. Retroactividad de las leyes penales.
  - 2.3.1. *Significado, función garantista y su fundamento.*
  - 2.3.2. *Retroactividad de la ley penal más benigna o favorable y su determinación*<sup>25</sup>
  - 2.3.3. *Formas especiales en que surge la retroactividad de la ley penal: leyes intermedias, leyes temporales, leyes en blanco*
- 2.4. Retroactividad de la ley penal en el tiempo de comisión del delito y su relevancia penal
  - 2.4.1. *Determinación*
  - 2.4.2. *Polémica doctrinal y sus diversas teorías*
  - 2.4.3. *Conflictos de las leyes penales en la comisión del delito y la situación jurídica del sujeto*

## **CAPÍTULO III**

### **RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES EN NICARAGUA.**

- 3.1. Aplicación de la ley penal
- 3.2. Marco Normativo
  - 3.2.1. Constitución Política de la República de Nicaragua
  - 3.2.2. *Leyes penales*
- 3.3. Retroactividad en materia de ejecución de sentencia en base a la ley 745 "ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal."
  - 3.3.1. Análisis y Efectos de la ley 745 Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal.

3.3.2. Violación al principio de retroactividad

3.4. Diferencias y análisis comparativo de los incidentes de Ejecución: Suspensión de pena, libertad Condicional y extinción de pena, de conformidad con la ley penal 1974, ley No 641, ley No 566 y la ley 745 "Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal"

3.5. Análisis de casos prácticos

3.6. Jurisprudencia

**CONCLUSIONES**

**RECOMENDACIONES**

**REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS**

**ANEXOS**

## RESUMEN

El sistema jurídico penal Nicaragüense permite la retroactividad de las leyes cuando ésta favorezca al reo, es decir aplicar la nueva ley a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, sin embargo se prohíbe la aplicación retroactiva de la ley cuando ésta perjudique al condenado. La ley 745 Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal, no puede aplicarse retroactivamente por contener disposiciones agravantes que vulnera la situación jurídica de los privados de libertad, específicamente en la forma de tramitación de los beneficios e incidentes de ejecución, violentando el principio de retroactividad de la ley más favorable regulada por la Constitución Política (art. 38) y por el Código Penal (art. 2). No obstante ésta ley, es aplicada de forma retroactiva y dicha aplicación es inconstitucional, por lo que deberá resolverse según el principio pro reo (a favor del reo), es decir considerando la ley más favorable que será la ley 641 código penal vigente o bien presentarse una posible reforma al artículo 16 de la ley 745 con el fin de mejorar la tramitación de los beneficios e incidentes de ejecución.

## INTRODUCCIÓN

El sistema jurídico penal ha ido evolucionando con el propósito de mejorar el funcionamiento, interpretación y aplicación de la norma penal para evitar que ésta misma vulnere los derechos y garantías de la sociedad. Otorgando para ello una serie de principios que atienden a la protección de aquellos que han sido sancionados por la comisión de delitos o que están siendo sometidos a procesos penales.

Para que una ley penal pueda existir, necesita atravesar todo un proceso de formación, desde su publicación hasta la entrada en vigencia y derogación de la ley entre estas surge un cómputo de tiempo al que se le denomina *vacatio legis*, el cual permite que los delitos y faltas cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de una nueva ley se regirán por la ley anterior, de igual manera surgirá cuando al momento de entrar en vigencia la nueva ley penal hubiere recaído sentencia firme o el penado estuviere cumpliendo condena.

Lo que se pretende estudiar y analizar en esta monografía es la violación al principio de retroactividad de la ley penal, cuando hablamos de retroactividad no solo nos referimos a la aplicación de la norma como tal, sino a la interpretación que realizamos al momento de aplicar una ley que resulta ser beneficiosa al reo, ya sea por la ley derogada pero que se encontraba vigente al momento de dictarse sentencia o por la nueva ley que deroga la anterior.

Pero es importante identificar ¿cuándo una ley es favorable y cuando procede la retroactividad? A ésta figura se le conoce como la excepción al principio de irretroactividad cuya definición radica en que las *“leyes penales no tienen efecto retroactivo, **excepto cuando favorezca al reo**”* así lo expresa nuestro Código Penal en su Artículo 2 de la ley 641, en este sentido nuestras leyes penales permiten la retroactividad de la norma.

Es por ello que decimos que cuando una nueva ley contiene disposiciones agravantes que vulneran los derechos y garantías de los privados de libertad no puede ser aplicada de forma retroactiva, como es el caso de la ley número 745 *“ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal”*.



## **JUSTIFICACIÓN**

Las leyes penales pueden ser aplicadas retroactivamente cuando favorezcan al reo, pero tales leyes deberían de ser menos gravosas en la etapa de ejecución de sentencia, de tal forma que los beneficios y los derechos que se les apliquen a los privados de libertad, no se vean violentados por tales leyes, como lo es la ley No.745 “Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal”, la cual no puede ser aplicada retroactivamente puesto que los beneficios que esta otorga como lo es el de suspensión de pena, libertad condicional y extinción de pena, reúnen una serie de requisitos que son perjudiciales para los privados de libertad.

Nuestro sistema jurídico está revestido de informalidades y defectos; para que una ley se cree debe de estar ajustadas al buen funcionamiento, de tal forma que pueda mejorar las garantías y los derechos de las personas, también en la etapa de ejecución de sentencia, en donde los privados de libertad se ven impedidos a optar a los beneficios e incidentes de ejecución de pena, de lo cual dichos beneficios debería ser otorgados.

## **OBJETIVO GENERAL**

Analizar el alcance y los efectos jurídicos de la retroactividad de la norma penal, con la aplicación de la ley 745: Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal.

## **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

1. Identificar el momento de nacimiento de la retroactividad de la norma penal desde la entrada en vigencia de una nueva ley hasta la derogación de la misma.
2. Hilvanar el principio de la Irretroactividad de la ley penal, su excepción, la aplicación de la ley más benigna o favorable y las formas especiales en que surge la retroactividad de la ley penal así también como el tiempo de comisión del delito.
3. Fundamentar la aplicación de la retroactividad de la ley en materia de ejecución de sentencia, a través de casos concretos: Suspensión de pena, libertad Condicional y extinción de pena según el sistema jurídico Nicaragüense y la violación al principio de retroactividad con la aplicación de la ley 745 ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal”

## CAPÍTULO I

### LA LEY PENAL Y SU ÁMBITO TEMPORAL DE VALIDEZ

#### 1.1. La entrada en vigencia de la ley penal y el periodo de *vacatio legis*

Cuando hablamos de la vigencia temporal de la ley penal entendemos que existen algunas reglas en cuanto a la aplicabilidad de dicha ley, para ello hay que tener en cuenta que cuando una nueva ley entra en vigencia y otra queda derogada, la ley continua teniendo efectos legales después de lo que se conoce como vida legislativa de ley, es decir aun después de la derogación de esta.

La ley penal entra en vigencia después de su publicación en el Diario Oficial *La Gaceta*, después de la promulgación y publicación de la ley su aplicación es de carácter obligatorio, es decir, que una vez que la ley es promulgada y publicada se declara la existencia y la aplicación de la ley, por ende esta comienza a surgir efectos legales. La ley se encuentra limitada al tiempo en que ésta se encuentra en vigencia.

Cuando la ley entra en vigor surge lo que se denomina el periodo de *vacatio legis* que significa el tiempo que transcurre durante la publicación de la nueva ley y su entrada en vigencia.

La doctrina señala que: *La eficacia de una ley no se produce hasta la entrada en vigor que tiene lugar a los veinte días de su publicación a no ser que en la propia ley se disponga otra cosa; durante el periodo de su publicación y la entrada en vigor "Vacatio Legis" la ley carece de eficacia y no podrá ser aplicada, lo que*

*significa que todavía se encuentra vigente la ley anterior, esta será en principio lo aplicable a los delitos cometidos durante el periodo de vacatio legis. En materia de leyes penales para todos sus efectos jurídicos suelen recomendarse la previsión de una vacatio legis superior a los veinte días habituales para permitir su completo conocimiento no solo por los tribunales que deben aplicarla sino también por los ciudadanos que recibirán sus consecuencias, el periodo comprendido será entre su publicación y su entrada en vigor (hasta seis meses), (Muñoz & García, 1998, pp. 149,150).*

Nuestro código penal nicaragüense la ley No. 641 entró en vigencia sesenta días después de su publicación en La Gaceta así lo expresa el artículo 569 del mismo Código penal este periodo será el de vacatio legis.

Por otro lado tenemos nuestro código procesal penal la ley 406 que entró en vigencia doce meses después de su publicación, siendo éste el periodo de vacatio legis; nuestras leyes penales no tienen un tiempo determinado para el periodo de *vacatio legis* y éste puede durar de dos a doce meses o más, éste periodo dependerá de la preparación de las instituciones y los órganos encargados de ejecutar las leyes.

Para el caso de nuestro código procesal penal el periodo de vacatio legis fue más extenso dado a que se hizo necesaria la creación de la Comisión Nacional de Coordinación Interinstitucional del Sistema de Justicia Penal de la República, que tiene como función garantizar la implementación del proceso de reforma procesal penal, entre otras, las normas procesales disponen de mayor fortalecimiento institucional para hacer efectiva la ejecución de las normas, es por ello que nuestro código procesal penal entró en vigencia doce meses después de su publicación.

Lo que el legislador pretende con éste periodo de *vacatio legis*, es que la población conozca el nacimiento de una nueva ley y que ésta sancionará ciertas conductas consideradas como ilícitas, sirve como forma de prevenir a los ciudadanos la comisión de delitos y las sanciones que acarrearán el quebrantamiento de una norma, así también como nombrar a las autoridades competentes o los órganos que serán encargados de aplicar y de poner en marcha el funcionamiento de la nueva norma, permite a su vez las provisiones necesarias de fondos presupuestarios para los entes que regularán la materia que se fortalecerán por medio de la Asamblea Nacional (art. 418 CPP).

## **1.2. Derogación de la ley: expresa o tácita**

En el acápite anterior hablamos de la vigencia de la ley penal y como es de denotar, cuando una ley entra en vigencia, la ley anterior queda derogada y por ende dicha ley no puede continuar aplicándose.

Existen dos formas de derogación de la ley penal; expresa o tácita.

Expresa; porque surge cuando la misma ley establece todos los preceptos que derogarán de una ley pasada (Luzón, 1987). Es decir que la ley que goza de vigencia señala todas las disposiciones que quedarán derogadas y sin efectos jurídicos o bien cuando la ley posterior expresamente deroga la primera.

Por ejemplo nuestras leyes penales señalan las disposiciones derogatorias que producen, artículo 567 CP, artículo 424 CPP y artículo 75 de la Ley No. 745.

Tácita; es aquella que surge cuando las normas son incompatibles o bien por contener disposiciones contrarias o regular de modo completo la materia tratada en la anterior, o bien por haber desaparecido el objeto las circunstancias o los privilegios personales que le dieron origen, o por llevar en el propio texto o en el de otra ley, de igual o superior rango la fecha de su caducidad como es el caso de las leyes temporales.

Estas pierden su vigor si son derogadas por otras, puesto que *estipulan el plazo de duración de su vigencia. Estas leyes son aplicables a todos los hechos cometidos durante el plazo de su vigencia, a menos que estas hayan prescrito y aun cuando por haber expirado el término de su duración hayan perdido aquellas su vigor* (Cuello, 1980, p. 224).

Para el caso de las leyes temporales la doctrina establece que algunas leyes penales se dictan para determinadas circunstancias de alarma o de defensa social más rigurosa, que por ser transitorias se prevé que cesaran en determinado plazo, por lo que establecen en su texto, o en otro, de igual o superior jerarquía, la fecha de su término, transcurrido el cual, si no se prolonga expresamente el periodo de su vida, cesan de regir (Jiménez, 2005).

*La derogación en la ley penal rige igualmente lo dispuesto con carácter general, las leyes solo se derogan por otras posteriores, sin que por la derogación de una ley recobren su vigor las que ésta hubiere derogado, así lo expresan los juristas Francisco Muñoz Conde & Mercedes García Arán (1998).*

### *1.2.1. Derogación por inconstitucionalidad de la ley penal*

Las leyes pueden ser declaradas inconstitucionales cuando estas se oponen a la Constitución Política. Si la ley vigente o nueva es contraria a lo que manda nuestra carta magna ésta queda derogada y deja en vigor la ley anterior, *“cuando el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de un precepto penal este deja de ser aplicado (Muñoz & García, 1998, p. 150)”*.

Nuestra legislación admite el recurso de inconstitucionalidad como medio utilizado para asegurar y proteger los preceptos constitucionales frente a norma de rango inferior de tal forma que no alteren ni su forma ni su contenido, para ello nuestra constitución señala que serán objetos de recurso de inconstitucionalidad la ley, decreto o reglamento (art. 187 Cn). Cuando el tribunal constitucional declara la

inaplicabilidad de una ley, surge la derogación por inconstitucionalidad de la norma (García, 2006).

El problema de la inconstitucionalidad de una norma puede presentarse, cuando un artículo es declarado inconstitucional por perjudicar al reo, si se declara inconstitucional un subtipo de delito atenuado, el supuesto de hecho del subtipo pasa a integrar el supuesto de hecho del tipo básico en este caso no podrá aplicarse retroactivamente la pena más grave del tipo básico sino la del subtipo, se aplicará también retroactivamente a favor del reo cuando la declaración por inconstitucionalidad hace desaparecer el delito o la pena (Escobar, 2003).

La ley penal que beneficia al reo siempre se aplica retroactivamente, aun de oficio por el juez y a pesar que no lo diga expresamente la ley o cuando disponga que tenga efecto retroactivo a partir de su vigencia o que no es retroactiva, es decir que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un artículo si resulta ser favorable al reo podrá aplicarse retroactivamente, pero nunca en sentido contrario, es decir en perjuicio del reo, también expresa que la *“ley penal que regula que la prescripción debe ser previa a la comisión del delito y por lo tanto es la que se aplica (ultractividad) y si la posterior lo beneficia se aplica retroactivamente y si lo perjudica es inconstitucional aplicarla de forma retroactiva”* (Escobar, 2003, p. 229).

Es importante señalar que en nuestro sistema jurídico procede la acción de revisión de sentencias cuando la ley sea declarada inconstitucional, es decir cuando la ley que sirvió de base para imponer la condena es declarada inconstitucional procederá la revisión de sentencia en aplicación retroactiva de la ley posterior más favorable, el artículo 337. Inc. 6 CPP, regula la acción de revisión de las sentencias (Sentencia No. 52 Corte Suprema de Justicia, declaración por inconstitucionalidad).

Para declarar la inconstitucionalidad de una ley es necesario que exista violación a los derechos y libertades fundamentales o bien, cuando se violente el principio de legalidad y sus garantías el cual señalaremos a continuación.

*El principio de los delitos y penas, expresado por Feuerbach con el aforismo “nullum crimen, nulla poena sine lege” supone que solo la ley previa aprobada por el parlamento, puede definir las conductas que se consideran delictivas y establecer sus penas (Luzón, 1987, p.81).*

*Esta garantía contiene un fundamento no sólo constitucional sino también político, es decir la imposición al Estado de evitar posibles violaciones y brindar seguridad jurídica frente a la división de los cuatro poderes del Estado (Vásquez, 2009, p.27).*

Nuestro sistema jurídico recoge el principio de legalidad en las diversas normas penales a continuación se nombraran algunas tales como: la constitución política (art. 160) como la principal y la más importante en regular este principio, el código penal (art. 1), código procesal Penal (art. 1) y finalmente la ley No. 745 ley de ejecución, beneficio y control jurisdiccional de la sanción penal (art. 2).

Por su lado el código penal de 1974 regulaba el principio de legalidad, así nos explica Cuarezma & Houed (2000), que:

*Se consagra el principio de legalidad en el art. 1, 2 y 18 (rango de ley que emana de la Asamblea Nacional) y de sus requisitos de garantía material de la ley escrita, estricta y previa y de garantías criminal y penal y las garantías de jurisdicción y ejecución (art. 73 ss. CP).*

*Conforme al código no son punibles, entonces, las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o faltas penadas por la ley anterior a su comisión y, en consecuencia, cualquier hecho que el judicial estime digno de ser calificado como delito o falta y no se halle incluido en ninguna ley, se abstendrá de todo procedimiento penal, pudiendo exponer a la Corte Suprema de Justicia las razones que le asisten para creer que debiera ser*



*calificado como delito o falta, a fin de que dicho tribunal proceda, si lo tuviera a bien, a presentar a la Asamblea Nacional, el respectivo proyecto de ley (p.201).*

El principio de legalidad aborda cuatro garantías que explican, fundamentan su importancia y la existencia de éste principio, la doctrina y las diversas legislaciones han explicado este principio bajo las bases de la garantía criminal.

Que se comprende cómo *sin delito no hay ley o sin ley no hay delito*. Es decir que si no existe una ley que expresamente determine o tipifique que una conducta se considera delictiva al momento de su comisión, ésta por muy maliciosa que parezca no podrá considerarse como delito.

Lo que se trata de proteger es que no se impongan condenas bajo supuestos imaginativos y sin sustento legal porque dicha figura es considerada inexistente y carente de efectos jurídico.

Por tanto para que una conducta sea considerada de carácter delictivo deberá de encontrarse expresamente contenida en una ley que conlleve a la imposición legal de una condena o sanción y por ende el Poder Legislativo a través de la Asamblea Nacional es el único órgano competente para crear, modificar y extinguir las leyes salvaguardando siempre la seguridad de la nación, tal y como lo expresa nuestra Constitución Política en su art. 34.

La Garantía Penal es aquella que impide que se impongan penas y medidas de seguridad sin una ley previa. *Esta garantía derogó nuestro código penal de 1974 el cual permitía que se establecieran medidas de seguridad indeterminadas, es decir que el juez tenía la autorización de imponer medidas de seguridad que extendiera los límites representados por la pena. Tal discrepancia fue corregida por el código penal, ley 641 al ordenar que ninguna persona debía ser sometido a medidas de seguridad que no estén prevista por la ley anterior a su realización, es decir que*

*toda medida de seguridad que se imponga deberá contar con tiempo determinado y la duración de la misma (Vázquez, 2009, p.29).*

Esta garantía se encuentra consagrada en la Constitución Política en el artículo 34, numeral 11.

Garantía de ejecución *no podrá ejecutarse pena alguna sino de conformidad con lo dispuesto en la ley.* Las leyes penales deben de determinar la forma en que se ejecutaran las penas, esta garantía establece la importancia de la etapa de ejecución de sentencia y para ello nuestra legislación adopto la figura de los jueces y tribunales ejecutores de sentencia cuya obligación es velar por el debido cumplimiento de la condena impuesta en sentencia definitiva, así como la aplicación de la ley correspondiente al tiempo de la comisión de delito.

El proceso penal culmina con la etapa de ejecución de sentencia, esta es una de las más importantes, ya que no basta con juzgar la culpabilidad o inocencia de una persona, pues el proceso penal también tiene que velar por el cumplimiento de la sentencia y de la condena como tal, aplicar los beneficios y los incidentes que la ley otorga.

Las leyes penales no fueron creadas solo para aplicar sanciones o castigar una conducta, ni tampoco para hacer cumplir una condena impuesta en una sentencia, con el objeto de divulgar que se ha hecho justicia por quebrantar una norma, las leyes penales no se limitan a imponer penas, sino también a fijar derechos y garantías mínimas a aquellos sujetos a los que se le imponen tal sanción por incurrir en un hecho delictivo, el proceso penal culmina hasta que la persona haya cumplido con la pena impuesta.

Esta garantía está fundamentada en los art. 6, 71, 87, 88, 89,90 C.P; art. 402, 403,404 CPP y en el art. 2 de la ley No. 745 ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal.

Garantía Jurisdiccional que implica que *Ninguna persona puede ser condenada sino hay un juicio formal con todas las garantías ante el órgano competente*. Es decir que nadie podrá ser detenido de forma arbitraria y sin motivo que justifiquen su detención cuyas causas no se encuentren fijadas por la ley y que conlleven a un procedimiento o proceso legal.

La garantía de ejecución y la garantía jurisdiccional, ambas están reguladas por el art. 6 del código penal ley No. 641.

#### *1.2.2. Derogación Judicial*

Cuando una ley es declarada inconstitucional por el órgano competente esta deberá de dejar de ser aplicada, la sentencia que es declarada inconstitucional por violentar las disposiciones constitucionales tiene el valor de ser cosa juzgada,vinculan a los poderes públicos y producen efectos generales desde su publicación. Por ende, produce la extinción de la acción pero esto no significa que absolverá a todos aquellos que realizan una acción delictiva por lo que se registrarán con las disposiciones anteriores que regulaban antes de la ley que es declarada inconstitucional. La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley produce los mismos efectos que una ley nueva sobre los hechos cometidos con anterioridad (Muñoz & García, 1998).

La doctrina define, según Luzón Peña (1987) que:

*...Tras la exigencia constitucional de la ley orgánica cuando se vean afectados derechos y libertades fundamentales se puede presentar la peculiaridad de una materia regulada antes por la ley ordinaria, legislación delegada o decreto-ley tenga que ser sin embargo modificada después*

*mediante ley orgánica; ello no será preciso si solo se trata de suprimir la anterior norma penal, pero si en caso de regular de algún modo la materia penal que afecte a derechos fundamentales, por lo que se entenderá como derogación judicial aquella que producen la sentencias del tribunal constitucional que ante recursos constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una ley penal y que tendrá eficacia frente a todos. En efecto aunque la declaración de inconstitucionalidad podría concebirse como una comprobación de nulidad de la ley y por tanto con efectos desde el principio lo cierto es que la inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada, por tanto la eficacia es solo a partir de la resolución (pp. 179, 180).*

Esto produce una excepción a esta regla similar a la retroactividad de la ley penal más favorable en los casos en que favorezca al reo, el cual se abordara en el siguiente capítulo.

Los órganos judiciales pueden ejercer el control de inconstitucionalidad de una ley dejándola de aplicar a un caso concreto por considerar que ésta esta en contra de la constitución política (art. 5 LOPJ).

## **CAPÍTULO II**

### **PRINCIPIO GENERAL DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY EN MATERIA PENAL Y SU EXCEPCIÓN**

Nuestra legislación adopta el principio general de irretroactividad de la norma, es decir que las leyes penales no tienen efecto retroactivo.

Esto nos induce a la interpretación de que, las leyes no pueden ser aplicadas a aquellos supuestos o hechos anteriores a la vigencia de la ley; pues carece de legalidad y fundamento que una nueva ley regule preceptos o conductas que son consideradas ilícitas y que estas tengan que ser aplicadas retroactivamente para penalizar tales circunstancias; o bien que la sanción conlleven al aumento de la pena o a circunstancias que agraven la situación jurídica del sujeto.

#### **2.1. Fundamentos al principio de irretroactividad, los puntos de vista doctrinales y sucesión de leyes penales**

La no retroactividad de la norma penal se encuentra fundamentada en el principio de legalidad y el de seguridad jurídica, esto significa que las leyes se encuentran encaminadas hacia el futuro como forma de prevenir la comisión de delitos y no sobre hechos anteriores.

Nuestro sistema jurídico prohíbe que la leyes tengan efectos retroactivo, excepto en materia penal en los casos en que favorezca al reo o de mejorar su situación jurídica del mismo, así lo expresa la constitución política en su artículo 38, el

código penal artículo 2 y la ley No. 745 ley de ejecución, beneficio y control jurisdiccional de la sanción penal artículo 73.

Para indagar y conocer algunas teorías, acerca del principio de irretroactividad, mencionaremos algunas definiciones que son adoptadas por otras legislaciones y que tratan de explicar éste principio.

La doctrina española señala según Cuello Calón (1980), que:

*La ley penal es aplicable a todos los delitos que se cometen al momento de su vigencia y se dirigen al porvenir y no al pasado, por tanto los hechos cometidos antes de su entrada en vigor no caen bajo sus preceptos. Se ha afirmado que no es posible violentar los derechos adquiridos por el delincuente a ser castigado por la ley que estaba vigente en el momento de la comisión del delito, el principio de irretroactividad no es más que la consecuencia del principio de legalidad.*

*También aclara que tal fundamento se debe a que si las leyes penales tuvieran efecto retroactivo, el Estado al promulgar leyes que penasen hechos antes inocentes haría ilusorio dicho principio y la garantía penal que representa, es por ello que esta doctrina adopta como principio fundamental que la ley penal no tenga efecto retroactivo (p. 231).*

Esta legislación española, afirma que el principio de legalidad presenta un contenido esencialmente garantizador propio de sus orígenes vinculados al nacimiento del Estado liberal.

*Si las leyes penales pretenden que los ciudadanos se abstengan de delinquir y para ello anuncian la imposición de una pena a quienes cometan determinadas conductas, no podrá atribuírseles responsabilidad si en el momento de su actuación la ley no la definía como delito (Muñoz; García, 1998, p. 150).*

Por su lado la legislación Argentina señala, según Mezger (2004) que:

*Para los efectos de validez del derecho penalse debe de considerar que la pena sea determinada según la ley que rige al tiempo del hecho. Si existe disparidad de leyes desde el tiempo de la acción cometida hasta el juicio, debe ser aplicada la ley más benigna. Pero si una ley ha sido dictada solamente para un tiempo determinado debe ser aplicada a los hechos punibles cometido durante su validez, aun en el caso de que esta haya perdido su vigor.*

*Esta misma señala que sobre las medidas de seguridad y corrección deberá decidirse según la ley que rige en el tiempo de la decisión. Lo que queda por destacar que las leyes penales no tienen fundamentalmente, efecto retroactivo. La pena se determinará según la ley que rige al tiempo del hecho. Pero en todo caso la ley penal que se considere más benigna tendrá efecto retroactivo(p. 47).*

El sistema jurídico Mexicano adopta la figura de no extractividad de la leyes penales o como se le conoce comúnmente irretroactividad de las leyes penales, lo que significa que se excluye la aplicabilidad de una ley, cuando el hecho ocurre antes o después de su vigencia con esto afirma el principio de no retroactividad y de no ultractividad, pero aun así se impone la retroactividad de la ley más favorable, por tratarse de un principio constitucional que se impone hasta a los legisladores del futuro y que no se podrá modificar por la ley ordinaria posterior, la no retroactividad como axioma constitucional se deduce de la regla unánimemente reconocida, de que los hombres deben ser juzgados y condenados por la ley anterior a su perpetración (Jiménez, 1999).

La legislación chilena al igual que las referidas anteriormente y la nuestra, explica que la ley penal dispone sólo para el futuro y no puede jamás tener efecto retroactivo, este precepto ya ha sido adoptado por la mayoría de los países.

Sin embargo, ésta legislación no sólo reconoce que la irretroactividad está fundamentada en el principio de legalidad sino también se sustenta con el principio de reserva de ley, el que solo puede regir eficazmente sobre tal base. *“La irretroactividad de la ley penal vale solo respecto del derecho penal sustantivo y las disposiciones del derecho procesal penal rigen, in actum”* (Cury, 1992, p. 208). Lo que quiere decir con esto, es que si una ley nueva entendiéndose al proceso penal, reconoce aquellas disposiciones que antes no estaban autorizadas puedan ser utilizadas en el mismo proceso a favor del imputado.

Es importante tener en cuenta los cambios que se producen en las leyes penales conforme estas evolucionan, surge la entera necesidad de sustituir una norma por otra y esto nos conlleva a la sucesión de leyes penales, el cual no es más que la extinción de preceptos penales que han dejado de considerarse ilícito, no precisamente por la evolución de las normas, sino mas bien porque la ley lo que trata de proteger son los bienes jurídicos más importantes y abandonar aquellas concepciones que se encuentran referidas a un contexto puramente moral.

La sucesión de las leyes penales nos ayudan a explicar el principio de irretroactividad debido a la creación de una nueva figura considerada delictiva y que se encuentra contenida expresamente en una ley, permite la extinción y derogación de otra haciéndola desaparecer en su totalidad, ejemplo de ello lo encontramos en nuestro código penal, cuando se castigaba en determinada época el delito del adulterio, amancebamiento y la sodomía. Estos preceptos fueron revocados por las leyes penales posteriores, ya que el tema de la fidelidad y el de las relaciones sexuales entre el mismo sexo, pasaron a ser temas de carácter moral, por lo que la ley penal lo que protege es la integridad de los bienes jurídicos más importantes.

Como ya hemos visto, la sucesión de las leyes penales surgen cuando una determinada conducta se regula por una nueva ley que no había sido tipificada antes o que a su vez se deja de considerar que tal conducta sea delictiva e ilícita, podría darse también lugar a que se modifique de algún modo los términos o



circunstancias que conlleven a que tal precepto describa otro tipo de hecho, que dé lugar a otra figura que sea considerada como delito.

*La exigencia de que el derecho penal exprese en cada momento histórico el orden de valores existentes en una sociedad determina que las normas evolucionen y sean sustituidas al compás de los cambios valorativos operados en el seno social. Tal sustitución de las normas vigentes por otras más adecuadas al contexto histórico se conoce como sucesión de leyes penales, pero no por ello significa la sustitución en el tiempo de una ley por otra, sino que se utiliza con un contenido material centrado precisamente en la existencia de una evolución de las concepciones dominantes sobre la necesidad de proteger unos u otros bienes jurídicos (Muñoz & García, 1998, p. 151).*

Jiménez de Asúa (1999), explica que:

*El ordenamiento jurídico no permanece inmutable en el tiempo: unas leyes se extinguen y otras nuevas nacen. Hay, pues sucesión de leyes penales cuando un hecho se regula por una nueva ley que describe un tipo penal que antes no existía; cuando hace desaparecer el tipo existente y cuando modifica la descripción o la penalidad de las figuras de delito. No dejaría de surgir problemas en torno, si plantea sucesión el hecho de que una ley de nacimiento a un tipo de delito, siendo anteriormente licito, a estas otras situaciones se le puede denominar correctamente de sucesión y para los fines de determinar ésta, es decisiva la fecha de promulgación y no la entrada en vigencia (p.96).*

Es necesario determinar ¿cuándo una ley es anterior o posterior a otra ley? Para responder a esta interrogante es preciso tener en cuenta el tiempo en que se promulgo la ley y su entrada en vigencia, *hasta que una ley no entre en vigencia no podrá producirse efectos jurídicos, pero una vez que se halle en vigor será preciso referirse a la fecha de la promulgación para determinar cuál de las leyes en duda de prioridad es anterior o posterior. Pero se produce el cuestionamiento de que si una ley derogada debe ser tomada en cuenta o no, para ello la aplicación de una ley no vigente puede tener lugar, cuando una ley en vigor se remite a una disposición abrogada; o bien cuando un hecho se ha ejecutado sujeto bajo una ley anterior, derogada por otra posterior*(Jiménez, 2005, p. 284).

## **2.2. Excepción al principio de irretroactividad**

La excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, es la retroactividad de la norma como tal, el cual solo tendrá lugar en materia penal cuando esta favorezca al reo y se aplicará la ley más benigna a favor de los condenados o procesados.

Esto emana de la necesidad de no dejar sin sanción aquellas conductas que constituyen delitos como tal y a su vez evitar que se cometan injusticia en la aplicación de las leyes y que tales hechos queden en impunidad, ejemplo de ello lo encontramos en los delitos más graves como son los crímenes de guerra.

Las legislaciones incluyendo la nuestra, se vieron en la necesidad de crear leyes de forma inmediata, para sancionar aquellos hechos que eran impunes e incluso no eran considerados ilícitos al momento de su comisión, aun rigiendo el principio de irretroactividad de la ley, se sancionó la comisión de dichos delitos aplicándoseles las nuevas leyes y castigando a los autores de estos crímenes,

aunque estos se cometieron con anterioridad a la entrada en vigencia de las leyes que castigaban estas conductas.

El principio de irretroactividad no desapareció de nuestro código penal, pero se acompañó de la regla opuesta de retroactividad.

La retroactividad de la norma surge bajo dos circunstancias:

1. Cuando la nueva ley disminuye la gravedad de la pena o bien cuando una conducta quede despenalizada.
2. Cuando se aplica una ley que fue derogada por otra, pero que esta se encontraba aún vigente al momento de la comisión del delito (tiempo del delito) a esto también se le conoce como ultractividad.

*La ley penal no puede ser aplicada a hechos anteriores a su promulgación. Así, la creación de una nueva figura delictiva por la ley penal, expresa un desvalor sobre los hechos que se definen, pero no puede recaer sobre conductas cometidas con anterioridad, tal desvalor se expresara legalmente y permite también explicar la excepción al principio esto es, la retroactividad de la ley más favorable, así también como solucionar algunos casos dudosos que se plantean en la aplicación concreta de dicho principio (Muñoz & García, 1998, p. 151).*

Nuestra legislación regula la ultractividad de la ley penal, el cual permite que la norma sea aplicable para resolver casos concretos que estén más allá de su período de vigencia, para ello la ley tuvo que haber estado vigente al momento de la comisión del hecho, siempre y cuando sea la más favorable o benigna para el reo.

### **2.3. Retroactividad de las leyes penales.**

Las leyes penales solo podrán ser aplicadas de forma retroactiva en los casos en que beneficie al reo, la retroactividad dará lugar cuando una nueva ley entre en vigencia y esta sea aplicada a aquellos hechos que se cometieron con anterioridad a su entrada en vigor, pero debe entenderse que tal situación solo tendrá lugar en aquellos casos en que la nueva ley favorezca al reo.

Anteriormente citamos al jurista Cuello Calón (1980) el cual explica que: *La ley será aplicable a los hechos cometidos durante su vigencia ya que no es posible violar el derecho adquirido por el delincuente a ser castigado por la ley que estaba vigente en el momento de la comisión del delito, por lo que resulta más que lógico que la ley penal no tenga efecto retroactivo(p.225).*

La retroactividad de la norma nos induce a cuestionar sobre lo siguiente: ¿Cuándo una norma penal es aplicable? ¿Cuando una ley se considera favorable? ¿Cuándo procede la retroactividad? O bien ¿Qué sucede cuando una ley no puede ser aplicada retroactivamente? Para responder a estas interrogantes es necesario explicar el sentido de la retroactividad de la norma penal.

Es claro que las leyes penales no tienen efecto retroactivo y no podrán ser aplicadas con anterioridad a su entrada en vigencia, los delitos y las penas se adecuan conforme el tiempo en que nacen o se extinguen las leyes.

Las leyes están dirigidas a la creación de nuevos preceptos legales, al sancionamiento de determinadas conductas, a la modificación de leyes existentes, a imponer nuevas circunstancias atenuantes o agravantes.

### 2.3.1. Significado, función garantista y su fundamento.

La palabra retroactividad ha tenido diversos significados, algunos juristas señalan que *“la retroactividad de una ley significa aplicarla a supuestos anteriores a la misma, es decir con efectos hacia atrás”*(Luzón, 1987, p.180).

El diccionario enciclopédico de derecho usual, según Cabanellas de Torres (2008) define retroactividad como:

*Efecto, eficacia de un hecho o disposición presente sobre el pasado. /por autoridad de Derecho o hecho, extenderse una ley a hechos anteriores a su promulgación, (v. retroactividad de la ley.)/ se habla de retroactividad legal cuando una ley, reglamento u otra disposición obligatoria y general, dictada por autoridad de Derecho o de hecho, ha de extender su eficacia sobre hechos ya consumado, esto es, anteriores en el tiempo de la fecha de su sanción y promulgación. De conformidad con el art. 2º del código civil español – en el texto reformado en parte en 1974, las leyes no tendrán efecto retroactivo, si en ella no se dispusiere lo contrario. Mas expreso y terminante es el art. 3º del código civil argentino; el cual establece: “las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos”. Por lo tanto, puede establecerse<sup>4</sup>, indudablemente, que la norma legal es la irretroactividad (v). De la ley; y de aquí. Adquirida una situación en virtud de un derecho establecido, no caben modificaciones de aquella en razón de leyes posteriores a la fecha en que el hecho y el Derecho tuvieron su existencia. Empero, la retroactividad de la ley se ha impuesto en algunos Estados por regímenes de hecho, desconocedores en absolutos de la legalidad y del derecho (p. 244).*

A su vez esta permite la aplicación de una norma cuando se trate de disposiciones favorables para el reo, evita que las leyes sean creadas en sentido perjudicial, sino por el contrario que se aplique aquellas disposiciones que resulten ser más beneficiosa para el reo, es importante aclarar que las normas penales no pueden

aplicarse de forma distorsionada, de manera que se altere el espíritu de la norma, es decir que no se podrá aplicar una nueva ley y retomar a su vez otras disposiciones que ya fueron derogadas.

Una ley puede contener disposiciones que resulten ser menos favorables para el procesado o condenado, por lo que el razonamiento lógico atiende a los criterios de la autoridad judicial quien tendrá que emitir su resolución basada en la ley que conlleve a un mejor resultado positivo o favorable para el procesado o condenado.

La función garantista de la retroactividad de las normas, consiste en respetar las garantías mínimas de los procesados, aplicar lo que se considera justo no solo a los hechos posteriores a la entrada en vigencia de la ley, sino también a aquellos hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, en igualdad de condiciones.

Es decir que tratándose de un mismo delito, con diferencia del tiempo de su comisión, pero cuya condena resultare ser menos gravosas la de la nueva ley. Ambos casos deberán ser tratados iguales si resultare que dicha ley fuere más beneficiosa, en dicho caso se aplicará la ley que entro en vigor de forma retroactiva al hecho ocurrido con anterioridad a su entrada en vigencia.

Cuarezma & Houed (2000) explican que:

*EL principio de legalidad nos lleva a la función de garantía de la ley penal, con arreglo a la cual se garantiza la protección del ciudadano contra el ejercicio y la extensión arbitrarios del poder penal estatal. Los presupuestos de la punibilidad y las consecuencias penales deben haber sido establecidas en la ley con anterioridad a la comisión del hecho. Esta debe de presentar un mínimo de determinación respectos de sus tipos penales y consecuencias jurídicas. Las características de los tipos deben describirse en forma tan concreta que su sentido y su significado puedan determinarse mediante la interpretación. También podemos deducir de esta función de garantía la prohibición de la retroactividad de las leyes agravantes o perjudiciales para el imputado; y la imposibilidad de crear tipos penales*

*sobre la base del derecho consuetudinario o de la analogía, sin que se pueda tampoco agravar o ampliar los ya existentes en perjuicio del interesado (p. 237).*

Nuestro ordenamiento jurídico fundamenta la retroactividad de las leyes, en el art. 38 Cn, art. 2, 3 y 10 in fine, 568 inc 2 y 3 CP vigente y el artículo 425 CPP, dichos artículos definen que las leyes penales podrán aplicarse retroactivamente si favorecen al reo.

Otras leyes especiales que también regulan el principio de retroactividad de la norma penal y no menos importante, pero diferente al sistema penal común, es el sistema penal militar, el cual expresa que la ley no tiene efecto retroactivo excepto en materia penal cuando favorezca al reo, incluso establece que aunque la ley no lo disponga, las leyes penales militares posteriores tendrán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo aunque hubiese recaído sentencia firme y el penado estuviere cumpliendo condena, así lo establece el artículo 2 del código penal militar ley No. 566.

De la misma forma, establece el código de procedimiento penal militar, entre las atribuciones de los jueces de ejecución aplicar retroactivamente la ley penal sustantiva más favorables, así lo señala el artículo 369 del código de procedimiento penal militar de la ley No. 617.

### *2.3.2. Retroactividad de la ley penal más benigna o favorable y su determinación*

La retroactividad de la ley más favorable, permite hacer un cambio en la situación jurídica en que se encuentra un sujeto que cometió un delito o que ha delinquirido, pero tal cambio está dirigido a mejorar su condición legal de forma que parezca más justa a favor del mismo, es decir que la ley puede ser aplicada también ha aquellos hechos anteriores y tratando por igual los hechos que se cometieron con

posterioridad, por lo que permite que se realice un ajuste en las penas que han dejado de ser rigurosas y cuya sanción ha sido disminuida por una nueva ley.

Nuestro código penal ha adoptado la figura de la retroactividad, la cual permite que se aplique la nueva ley solamente en aquellos casos en que sea más beneficioso y su aplicación no se limita a aquellos casos en donde aun no se ha dictado sentencia, sino que también permite aplicarla a hechos anteriores, bajo el criterio de ser más benigna.

Para realizar una determinación de la ley más favorable, comenzaremos por analizar, cuando una ley posterior es o no es favorable o beneficiosa para el reo, esto atienden a determinadas circunstancias tales como: la eliminación o creación de penas o bien de figuras delictivas, o si existen modificaciones de la responsabilidad penal (cuando se modifican las circunstancias consideradas como agravantes y atenuante), sustitución de una pena por otra (en los casos en que un delito deje de considerarse como tal y pase a considerarse como falta), estos son algunos parámetros que debe de tomarse en cuenta para determinar si una ley coadyuva o no al mejoramiento de la situación jurídica del sujeto que está siendo procesado o que se encuentra cumpliendo condena.

Nuestro código penal regula la aplicación de la ley más benigna en su artículo 2 segundo párrafo, 3, 568 numeral 1, 2 y 3 de la ley No. 641.

Para determinar cuándo una ley es o no favorable debemos de tener en cuenta lo siguiente:

1. Cuando se despenaliza una determinada conducta es evidente que la ley que la deroga y que entra en vigencia será la más favorable para el reo. Como por ejemplo, el delito de adulterio, el duelo, así también como la pena de presidio, que eran regulados por el código penal de 1974 en los artículos 53, 166, 167, 168, 211 y que actualmente no se encuentra regulado de forma alguna por el código penal, ley No. 641 y por ende la desaparición de estos delitos mejoraron la situación jurídica de sujeto, sin perjuicio de lo estipulado por las reformas que se hicieron al código penal



de 1974 y las nuevas leyes penales. Es importante destacar que, si el hecho considerado como delito o falta por la ley anterior, desaparece por una nueva ley que no lo sanciona se deberá ordenar la libertad del reo o condenado (art. 3 CP, Ley No. 641).

2. Cuando se comparan penas de igual naturaleza, por la misma conducta, habrá que optar por la que sea menor en su extensión.
3. Cuando la ley posterior contengan un máximo igual de la pena que la anterior, será más favorable aquella que contenga el mínimo más reducido.
4. No está permitido realizar un desglose de normas de tal forma que se tome lo positivo de una ley anterior y de otra posterior, es decir tomar lo bueno de ambas leyes, en todo caso el juez es quien tendrá que decidir la aplicación de la ley más viable para el sujeto, sin alterar los preceptos legales de cada una de las leyes, tanto de la vigente como de la derogada.
5. Si la entrada en vigencia de una ley se produce antes del cumplimiento de la condena y resulta favorable al condenado, el juez o tribunal competente deberá modificar la sentencia y con ello la modificación de la pena y medida de seguridad.
6. En los casos en que exista duda sobre la aplicación de la ley más favorable, se oirá al reo, así lo dispone el artículo 3 in fine CP Ley No. 641.

Hemos explicado la retroactividad de las leyes penales y su aplicación cuando resulta ser más beneficiosa para el reo.

A su vez es importante señalar que nuestro sistema jurídico penal, otorga facultades, beneficios e incidentes de ejecución, el cual permiten que una persona

que ha sido condenada, cumpla con la pena impuesta bajo las circunstancias que la ley otorga.

Nuestro código penal clasifica las penas en principales y accesorias; teniendo como principal la pena de prisión y como accesorias la privación de otros derechos, los días multa, la multa, así lo estipula en el art. 47 del mismo.

No obstante, debemos abordar que las leyes penales van modificando las disposiciones legales en cuanto a los delitos, pero también modifican las penas según su gravedad.

Ejemplo de ello, se encuentra reflejado en la ley de código penal de 1974 la cual clasificaba las penas en principales y accesorias, teniendo como principales la pena de muerte, presidio y prisión, son penas accesorias las de inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, multa, interdicción civil, suspensión de los derechos del ciudadano, sujeción a la vigilancia de la autoridad y pérdida de los instrumentos con que se cometió el delito, (art. 53, 54 y 55 CP de 1974, derogado) distinto a lo que establece el código penal la ley No. 641, el cual regula únicamente la pena de prisión la privación de otros derecho, días multa, la multa.

Pero en la medida en que nuestro sistema penal evolucionó, se modificaron estos preceptos y se fueron derogando algunas figuras, tales como: la pena de muerte y de presidio, así también como la suspensión de los derechos del ciudadano y sujeción a la vigilancia de la autoridad, entre otras disposiciones que atentaban con los derechos y garantías de los sancionados por delitos y como es de denotar las nuevas leyes penales que reformaron estos preceptos dieron lugar a la retroactividad de las normas siempre que se considerara que la nueva ley fuera la más favorable.

Ya hemos explicado la naturaleza y el sentido lógico de la retroactividad, pero si una ley no puede ser aplicada retroactivamente, entonces ¿qué sentido tiene la retroactividad de la norma penal?, podrá aplicarse una ley que no es benigna ni favorece a los procesados ni condenados y que por lo contrario resulta ser más gravosa que la ley anterior.

Así lo expresan nuestras leyes penales, pero ¿Qué sucede cuándo una ley sea gravosa y por ende no pueda ser aplicada retroactivamente? deja un vacío jurídico muy difícil de resolver, pues esto tendrá como resultado desaparecer y extinguir la figura de la retroactividad, pues no tendría lógica ni sentido alguno aplicar una ley que agrava la situación jurídica del sujeto, tal y como lo es la Ley No. 745 “ Ley de ejecución beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal, la cual regula que se aplique retroactivamente en los casos en que beneficie al reo, pero esta ley contiene medidas gravosas lo cual impide que se aplique de forma retroactiva.

Nuestro sistema jurídico penal adoptó la necesidad de crear una ley con el fin de que ésta regulara todo lo referente a la ejecución de sentencia y de hacer efectiva la garantía de ejecución y jurisdicción, el objetivo que la ley debía de perseguir era de establecer los mecanismo y las bases para un control jurisdiccional, de las sanciones penales impuesta por los jueces de juicio, así también como la vigilancia en los centros penitenciarios, el seguimiento de las medidas de seguridad y establecer a su vez los seguimientos necesarios para dar tramites a los incidentes de ejecución, los beneficios y derechos otorgados para los sancionados.

Para ello se creó la ley No. 745 la cual fue aprobada el día primero de diciembre del año dos mil diez y publicada en La Gaceta Diario Oficial, el día veinticuatro de enero del siguiente año, a esta ley se le otorga el nombre de ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal.

Esta ley permite su aplicación de forma retroactiva para los casos en que beneficie al reo y es aquí donde surge el meollo del asunto, una ley que agrava la situación jurídica del sujeto no puede ser aplicada retroactivamente, es por ello que hablamos de la violación al principio de retroactividad con la aplicación de la ley No. 745, las violaciones que surgen de esta ley, se estudiarán y se abordarán con más precisión en el siguiente acápite, en donde analizaremos el contenido de esta ley y lo regulado por el código penal, así también como las diversas modificaciones establecidas por esta ley en cuanto a la aplicación de los beneficios otorgados por el código penal.

### 2.3.3. *Formas especiales en que surge la retroactividad de la ley penal: leyes intermedias, leyes temporales, leyes en blanco*

Se consideran leyes intermedias aquellas que entra en vigencia después de la comisión de un delito pero antes de la sentencia o en la etapa del juicio, esta queda derogada o sustituida por una ley posterior.

La doctrina critica la aplicación de las leyes intermedias y rechazan la eficacia que estas puedan tener, expresan que no es aplicable la ley intermedia más benigna, porque al dictar la ultima, más severa, que así vuelve al criterio de la más antigua, en este tipo de leyes, la doctrina expresa que el legislador se muestra persuadido de que es preciso aplicar mayores severidades, es claro que para algunas legislaciones una nueva ley que entra en vigencia al tiempo del juicio ha de estimarse la más justa (*Jiménez, 2005*).

Pero en este caso lo que se pretende aplicar es una ley que no es más severa que la anterior y que por su gravedad ésta no puede aplicarse de forma retroactiva, por más que el legislador pretenda aplicar una ley que considere justa y más benigna si la ley es más gravosa deberá aplicarse sólo a los hecho cometidos durante su vigencia.

Las leyes intermedias pueden presentarse en distintas situaciones, el primer supuesto puede darse cuando se trata de una o más leyes de las cuales se interponen entre aquella mediante cuyo imperio fue cometido el delito y la ultima que está en vigencia en el instante de celebrarse el juicio (*Jiménez, 2005*).

Han existido diversas teorías acerca de la aplicabilidad de una ley intermedia, algunos de los autores que han sido citados por Jiménez de Asúa (2005) afirman:

*...el sujeto que ha cometido una infracción bajo el imperio de una ley y sometido a enjuiciamiento durante la vigencia de una tercera, debe aprovechar la segunda intermedia, aunque esté derogada, si es en todo caso más favorable que las otras dos... la jurisprudencia ha resuelto este problema en sentido favorable, a la aplicación de la ley más benigna que se encuentre vigente en el momento intermedio entre la comisión y la celebración del juicio, por lo que las leyes penales tendrán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta (p.288).*

Por otro lado existen las denominadas leyes temporales, estas son consideradas excepcionales, puesto que la vida jurídica de este tipo de leyes solo dura por un determinado tiempo, bajo circunstancias especiales, estas se aplica a los hechos cometidos durante su vigencia aunque posteriormente esta queden derogadas(Vásquez, 2009).

El código penal vigente explica en el art. 2 párrafo tercero; que los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados conforme a ella, así mismo el art. 3 del mismo código, señala los efectos que se producen con la entrada en vigencia de una nueva ley; esto nos conlleva a concluir que si se trata de las leyes temporales estas serán aplicadas mientras gocen de vigencia.

Este tipo de ley, cuya característica se regula por tiempo determinado, ha sido criticada por la doctrina, ya que por su naturaleza acarrear ciertas confusiones y conflicto de leyes, ya que este tipo de leyes una vez que concluye el término de vigencia, por consiguiente, recobra imperio la legislación común, para la cual el hecho respectivo puede ser impune o estar sometido a una sanción más benigna.

El conflicto surge por la aplicación retroactiva de la ley temporal ya que esta no podría surgir efectos puesto que cuando las leyes temporales cesen de regir, el derecho común recupera simplemente su vigencia ya que el contenido de la ley antigua nunca fue derogada por la ley temporal (Cury, 1992).

No obstante nuestra legislación permite el efecto retroactivo de la norma, sin embargo tratándose de una ley que se regula por un periodo determinado esta se aplicará de forma retroactiva mientras dure su vigencia.

Por otro lado hay quienes sostienen que la ley temporal no se aplica a los hechos cometidos antes de su promulgación, pero en este tipo de leyes puede surgir un orden de ultractividad, es decir, *“a su aplicación a los hechos que se juzgan después de haber cancelado su vida prefijada y la eficacia de las sentencias firmes, luego de que la ley temporal o transitoria termine su vigencia”* (Jiménez, 2005, p. 287).

Otra forma especial en que surge la retroactividad de la ley es en las denominadas *leyes en blanco*, a estas se les conocen cuando un precepto legal remite a otro cuerpo normativo, o bien se definen como aquellas en las que cuya sanción se abordan en una norma distintas a las citadas, es decir que una parte del supuesto de hecho de la conducta prohibida, se encuentra en una norma distinta a la norma penal, o cuando su interpretación se encuentra contenida en otra ley penal.

Dicho en otras palabras, podemos decir que las leyes penales en blanco serán aquellas en la que una disposición de un cuerpo normativo remite a otra ley especial o de la materia.

Como ejemplo de leyes penales en blanco que se encuentran reguladas por nuestro código penal, podemos nombrar las siguientes: la usura, regulada en el artículo 263, dicha figura nos remite a las leyes que regulan la materia, como es el código civil que regula este delito pero que es sancionado por el código penal.

Así mismo los delitos cometidos por adolescentes como causa que exime de la responsabilidad penal, regulado por el código penal en el artículo 33 acerca de la minoría de edad, establece que los adolescente podrán responder por delitos que estos cometan, pero su sanción y la imputabilidad no están regulado por ésta ley, sino que nos remite a la ley de la materia, que será en todo caso el Código de la niñez y la adolescencia.

El artículo 63 del mismo código, establece las circunstancias de ejecución y remite como una forma de reglamentación a la legislación penitenciaria y a las leyes de la materia.

La observación que podemos hacer en este tipo de leyes, es que sería satisfactorio que el precepto de un hecho y su sanción se encontrara contenido en una misma norma, sin la necesidad de recurrir a otra norma, ya sea de igual o inferior rango, pero es claro que las leyes se clasifican de acuerdo a su materia y aunque un hecho sea sancionado por una ley, existe otra que la regula en una diversa categoría. Además que las leyes son cambiantes y estas van modificando sus contenidos, por lo que resulta imposible que una norma regule en todos sus aspectos los preceptos que corresponden y concluyen en otra materia.

Sería deseable que el contenido de todo precepto punitivo se encontrara en el mismo sin que fuese preciso acudir a otra norma incluso de jerarquía inferior para complementarlo. Es necesario acudir a una ley penal en blanco, en primer lugar cuando el legislador advierte que la materia sobre la cual versan las prohibiciones y mandatos puede experimentar cambios sucesivos, acelerados e impredecibles, a causa de que se encuentra referida a relaciones complejas y muy sensibles a las variaciones diversas e interdependientes (Cury, 1992).

Para evitar confusión en lo expresado recurriremos al siguiente ejemplo: la justicia penal del adolescente, nuestro código penal regula la minoría de edad, pero no

puede regular sobre los delitos, el proceso y la sanción para un menor de edad, para ello existe la ley de la materia que será en el presente caso el código de la niñez y la adolescencia. Otro ejemplo lo encontramos en los delitos contra la seguridad social y los derechos laborales, regulado por nuestro código penal, pero su contenido es especializado por su materia.

La doctrina clasifica las leyes penales en blanco en propias e impropias. El primer grupo pertenecen a aquellas en el que el complemento se halla contenido en otra ley, pero emanada de otra instancia legislativa y la segunda clasificación está referida a aquellas que están complementadas en una ley distinta, pero de igual o superior jerarquía. Las leyes penales en blanco impropias pueden ser, a su vez con reenvío interno que se da cuando el complemento se confía a otro artículo del mismo texto legal o bien externo que surge cuando la disposición complementaria se encuentra en otra ley formal (Cury, 1992).

También citamos lo expresado por Luzón Peña (1987), el cual explica que:

El supuesto de hecho de las leyes penales en blanco deben ser completados por otras leyes, por tanto rigen las reglas generales, que cualquier cambio de la norma extrapenal que limite el alcance del supuesto de hecho de la ley penal remitente dará lugar a una ley penal más favorable que debe aplicarse retroactivamente, sin distinguir si la modificación obedece a un cambio de valoración jurídica o a otras razones, tales como el cambio de circunstancias fácticas. La doctrina alemana adópta la idea de aplicar retroactivamente la ley penal en blanco o con elementos normativos más favorable por cambio de la norma complementadora si esa modificación se debe a un cambio de valoración jurídica, pero no si obedece a un cambio de circunstancias fácticas.

El problema que surge de las leyes penales en blanco de acuerdo al principio de legalidad es en cuanto a su constitucionalidad, la cuestión radica en decidir si esas normas satisfacen la exigencia de que las conductas delictivas deben encontrarse



descritas y las penas correspondientes establecidas en una ley penal previa, escrita y estricta constituyen una necesidad impuesta por la realidad legislativa, pues podría deducirse que es preciso consagrarlas aunque vulneren el principio de reserva, pero no que se adecuen a sus exigencias, es decir que la ley penal en blanco se remite al precepto complementario, el contenido de éste se incorpora al de aquélla, integrándose a su estructura y adquiriendo su mismo rango y calidad, por consiguiente el principio *nulla poena* permanece a salvo (Cury, 1992).

Para determinar la ley penal en blanco debemos tener en cuenta sus características esenciales, que son definidas de acuerdo al principio de legalidad y que han sido explicadas por:Cury (1992); así:

1. La ley penal tiene que describir inmediatamente la acción u omisión que bajo ciertos presupuestos puede llegar a ser sancionada con una pena, abandonando a la ley complementaria sólo la precisión de las condiciones en que ello ocurrirá.
2. Cuando la norma en blanco a una norma legislativa de inferior jerarquía, debe de determinar por sí misma la sanción aplicable. A aquella solo puede abandonar la precisión de las circunstancias bajo las cuales la conducta será castigada.
3. Las normas complementarias de la ley penal en blanco deben recibir una publicidad semejante a las de ésta, aun cuando se encuentren consagradas en un instrumento legislativo de jerarquía inferior que, en otras circunstancias, no estaría sometido a ese trámite. Es decir que la ley en blanco debe ser publicada en el Diario Oficial de circulación nacional, pues de esta manera el ciudadano podrá conocer cuáles serán las conductas prohibidas y permitidas.
4. El órgano al cual se confía la dictación del precepto complementario ha de tener una potestad extendida a todo el territorio sobre el que rige la ley nacional. Significa que la ley que se dicta en un determinado territorio será aplicable su sanción, siempre y cuando el territorio o la nación acepten al órgano competente encargado para dictar tales normas, solo

se permite que se dicten normas penales al poder legislativo el cual será reconocido por su nación.

5. El contenido de una norma complementaria integra el tipo de la ley en blanco, rige para ella la exigencia de determinación del hecho. Es decir, ella debe precisar, tanto como le sea posible, los contornos de lo que está prohibido, describiéndolo conjuntamente con la ley en blanco, de manera pormenorizada y debe someterse estrictamente a los límites que le han sido fijados por la norma en blanco en relación con la extensión de la prohibición o mandato y la naturaleza del bien jurídico protegido, especialmente cuando emana de una instancia legislativa de inferior jerarquía.

#### **2.4 Retroactividad de la ley penal en el tiempo de comisión del delito y su relevancia penal**

Para determinar la ley aplicable debe de tomarse en cuenta el momento exacto en que se ejecuta el delito, para ello el artículo 12 del código penal regula el tiempo y el lugar de realización del delito para determinar cuándo se considera cometido el hecho punible.

La aplicación de la ley penal vigente en el momento de la comisión se constituye como un principio fundamental, el cual es abordado y explicado por la doctrina y de acuerdo con el principio de legalidad, será aplicable la ley que se encuentre vigente durante la comisión del hecho.

No obstante es necesario destacar que en ésta se prohíbe la retroactividad de la ley, que de acuerdo con lo explicado solo alcanza a los hechos cometidos después de su entrada en vigor, este es un principio sobre el que existe el más completo acuerdo en las legislaciones modernas. Por este motivo, las distintas leyes penales establecen el requisito de una ley previa, como justificante de la

reacción penal, por tanto la ley previa tiene jerarquía constitucional, la cual permite la tipificación del hecho punible, así como la imposición de la pena, o medidas de seguridad y las consecuencias accesorias del delito (Bacigalupo, 1990).

Ya hemos visto y analizado que la opinión dominante de las diversas legislaciones que permiten la aplicabilidad de la ley a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, lo que da lugar a la retroactividad de la norma cuando esta beneficie al perjudicado por la ley anterior.

Cabe destacar que para conocer el momento en que se da la comisión del delito y para que éste pueda ser tipificado como delito es importante determinar el lugar y el tiempo del delito, *“La doctrina dominante entiende que éste se comete en el momento de ejecución de la acción, en el momento en que debía realizarse la acción omitida o en el del resultado no impedido”* (Bacigalupo, 1990, p. 69).

Para conocer el tiempo de ejecución del delito es indispensable determinar con precisión el momento en que se entiende por ejecutado el hecho delictivo, la doctrina reconoce lo que se denomina como delitos instantáneo, que son aquellos que surgen con el momento de realización del último acto de ejecución y no con el de la producción del resultado consumativo, cuando los delitos están compuestos por una pluralidad de actos vinculados en unidad jurídica, deberá aplicarse la ley más favorable, según las leyes que hayan estado vigentes durante la realización de la serie (Cury, 1992).

#### 2.4.1. *Determinación*

La determinación del hecho delictivo es indispensable, ya que de ello dependerá justamente cuál es la ley previa, cómo fijar entonces la irretroactividad y la retroactividad de la ley más favorable. Es necesario decidir cuál es el momento decisivo del delito y cuando se trata de hechos en que es posible hacer una separación entre la acción y el resultado (Bustos, 1984).

El problema que surge con la teoría del tiempo de comisión del delito es el momento de la acción y el del resultado, este problema nace con los delitos cuya realización se prolonga en el tiempo, es decir, cuando la acción se produce bajo el imperio de una ley y el resultado bajo el imperio de otra ley, esto produce un conflicto de leyes en cuanto a la aplicación de la ley previa, ante la presente situación es indiscutible la aplicación de la ley más favorable.

Cabe señalar que la teoría del resultado es la que define el momento del delito y no la teoría de la acción.

#### *2.4.2. Polémica doctrinal y sus diversas teorías*

La doctrina y la jurisprudencia definen tres criterios de determinación para el tiempo de comisión del delito estos son: la teorías de la acción, teoría del resultado y mixto (según el caso la acción o el resultado).

La teoría de la acción marca la manifestación de voluntad, pero es con el resultado que se produce el delito, con este criterio podemos ejemplificar que el momento del disparo o del envío de una carta injuriosa es el momento del delito de homicidio o injurias, aunque la muerte o el recibo de la carta no se produzca hasta mucho tiempo después, la teoría del resultado, para la que sólo la producción de éste marca el momento en que se comete el delito, con lo ejemplos anteriores no se habrá cometido un delito de homicidio o injurias hasta el momento de la muerte o del conocimiento de la carta por el destinatario, y la teoría mixta conocida también como unitaria sostiene que el momento de comisión del delito se prolonga desde el inicio de la acción hasta que se produzca el resultado (Luzón, 1987).

De acuerdo con el Derecho comparado se tiende a utilizar como determinante la acción, ya que es el momento inicial en que determina la oposición contra el derecho (contra norma prohibitiva) y da lugar a la tipicidad, punto de origen para el delito y todas sus consecuencias, para los casos de omisión se tendrá en cuenta el del acto que se estaba obligado a realizar y para el caso de tentativa el

momento será el principio de ejecución el que bastará con un solo acto realizado (Bustos, 1984).

No obstante es necesario analizar que para determinar el momento en que se produce el delito, el simple hecho de que se lleve a cabo el primer acto para cometer el hecho punible bastará con que la acción se produzca, aunque el resultado surja en un lapso de tiempo.

Es decir que en los ejemplos anteriores el hecho de que la persona emita un disparo aunque el resultado no sea el esperado y el objetivo no se haya alcanzado se produce una manifestación de voluntad, lo mismo sucede en el caso de la persona que quiere desprestigiar a otra, si la carta se envía pero no llega a su destinatario no lo libera de responsabilidad, ya que el solo hecho de que se produzca la acción surge con ello la conducta antijurídica.

Esta teoría puede ser criticada y analizada de otra manera, ya que para estar frente a la comisión de un delito como es el homicidio y el de injuria deberá de existir un resultado, ya que sin ello no se podrá determinar el delito como tal, para que el homicidio pueda ser catalogado como tal deberá de ser determinante la muerte del sujeto (resultado), de lo contrario pasará a ser delito de tentativa, lo mismo sucede con el delito de injuria, no se podrá hablar de este si no existiere conocimiento del destinatario, esta crítica ha sido la más acertada y la más utilizada en nuestro sistema.

*También pueden darse otros casos específicos, así, si en el tipo respectivo son necesarios varios actos para que se dé la conducta punible, el cual permite que cuando se den todos ellos se pueda hablar de acción y se entenderá que es el momento del delito, tal situación puede repercutir en la irretroactividad y retroactividad de la ley penal: si hay una sucesión de leyes y se da un acto conforme la ley previa (rigurosa) y otro que completa la acción bajo la ley posterior (más favorable), se aplicara la más favorable posterior; si el caso es al revés se aplica la ley previa (Bustos, 1984, p. 103).*

Por su lado Cuarezma & Houed (2000) reafirman lo que expresa la doctrina mayoritaria, con respecto a la teoría del resultado y la aplicación de la ley más favorable, al expresar que:

*Si la ley vigente en el momento del resultado es más beneficiosa, deberá aplicarse en todo caso aunque la acción hubiese tenido lugar bajo la vigencia de otra ley anterior. La vigencia de la ley más beneficiosa en el momento del juicio obliga a su aplicación.*

*Si la ley del momento del resultado (y por tanto posterior a la acción) resulta perjudicial, no podrá aplicarse porque en el momento de su actuación el autor no podía conocerla. Por tanto, en una sucesión de leyes penales, la ley más perjudicial solo se aplicara si tanto la acción como el resultado han tenido lugar bajo su vigencia, salvándose en todo caso la retroactividad de la ley posterior más favorable (p. 257).*

Es importante señalar que según la estructura del delito se deducen distintas consecuencias, para determinar el momento en que surge la acción o el resultado y que han sido abordadas por Bacigalupo (1990), al expresar que:

- *El autor mediato realiza la acción en el momento en que comienza la utilización del instrumento;*
- *El coautor y el cómplice, en el momento de hacer su primer aporte al hecho punible;*
- *En los delitos continuados, la acción se realiza desde el primero hasta el último hecho;*
- *En los delitos permanentes desde el momento en que se crea el resultado típico constitutivo del delito (p.70).*

Hemos abordado el momento de comisión del delito como forma de determinación de la ley y su aplicabilidad, para ello es importante conocer el momento en que se lleva a cabo la conducta delictiva y aplicar con ello la ley vigente, *“Los delitos en que no existen lapso de tiempo entre la acción y el resultado no ofrecen problemas acerca del momento en que se consideran cometidos, ya que se han realizado por completo bajo la vigencia de una sola de las leyes que se suceden”* (Cuarezma & Houed, 2000, p.256).

La exigencia de que la ley previa a la comisión del hecho tiene un fundamento penal, la ley penal quiere prevenir la comisión de delitos, imponiendo sanciones o penas por el incumplimiento de una ley, pero a su vez el principio de la ley previa es decir de irretroactividad de la ley penal, tiene un fundamento constitucional: la seguridad jurídica y por lo tanto la libertad requiere de conocer qué acciones están prohibidas y cuáles permitidas, esto solo es posible con respecto a las leyes vigentes en el momento de decidir la acción (Bacigalupo, 1990).

Nuestro código penal advierte que el hecho punible se considera realizado en el momento de la acción o de la omisión (por no realizar determinada conducta), pero también señala que para efectos de la prescripción en los delitos de resultado se considera cometido en el momento en que se produce el resultado (art. 12 CP). El momento de la acción es decisivo para la culpabilidad e imputabilidad del sujeto.

#### *2.4.2.1. La prescripción en materia penal*

La prescripción comienza a surgir efectos a partir del momento en que se produce el resultado.

Esto emana por el transcurso de cierto tiempo, ya sea de la acción derivada del delito o de la acción que surge de la condena. La doctrina señala dos especies de prescripción: prescripción de la acción pública, que en términos sencillos será la prescripción del delito y prescripción de la pena esta surge cuando se considera inútil la persecución del delito o la ejecución de la pena (Jiménez, 2005).

El código penal la ley No. 641 señala en su art 130inc. f, g. la forma en que se extingue la responsabilidad penal, entre ellos regula la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena.

Así mismo establece el cómputo de plazo y los términos que darán lugar a la prescripción de la acción penal (art. 131,132, 568 inc. 7 C.P y art. 73 y 74 CPP). También establece el término de la prescripción para la responsabilidad civil (art. 86 CPP) y para la prescripción de las penas y medidas de seguridad también señala el cómputo de tiempo (art. 133, 134, 135 C.P).

Bustos Ramírez (1984) expresa que:

*En los delitos permanentes el momento de la acción se mantienen el tiempo, en una sucesión de leyes una ley posterior también será ley del hecho y habrá que decidir entre dos leyes del momento del hecho (o más), aquí no se trata de efecto retroactivo propiamente ya que las dos son leyes del hecho, pero se aplicara el principio de favorabilidad, para el caso de la prescripción el momento del hecho sólo podrá ser aquel en que cesó el comportamiento ilícito (p.103).*

La prescripción puede ser considerada como ley formal y como ley sustantiva, esta forma de extinción de acciones y de penas se encuentra regulada por las leyes penales, especialmente por los códigos y por ello quedan sujetas a las normas generales: irretroactividad como principio y retroactividad de la ley más favorable como excepción (Jiménez, 1999).



Para fijar el cómputo de plazo de la prescripción del delito será necesario determinar el tiempo de producción del resultado para que comience a surgir efectos la prescripción del delito (siempre que se trate de un delito de resultado y que no se haya interrumpido su ejecución). De lo contrario podría haber prescrito el delito antes de que se produjera su resultado, sobre todo en aquellos delitos cuyo plazo de prescripción es breve como en el caso de las injurias (*Luzón, 1987*).

Hemos visto las distintas formas en que surge la prescripción tanto de la acción penal y de las penas, también abordamos el conflicto que se producen con la sucesión de leyes en el tiempo y su funcionamiento de acuerdo a la teoría de la acción y el resultado. No obstante hay que destacar y analizar las formas en que se extinguen la acción penal.

Nuestro código procesal penal, permite que se establezcan como excepción del proceso penal la extinción de la acción penal; y expresa cuáles serán las causas que darán lugar a la extinción, entre ellas establece: la prescripción, la cosa juzgada, la amnistía, entre otras (art. 69, 72 inc. 2, 3,10 CPP). Ya hemos estudiado y desarrollado la formas en que surge la prescripción, no obstante es necesario estudiar las dos últimas figuras como lo es la cosa juzgada y la amnistía, como forma de extinción de la acción penal y los efectos que surgen en cuanto a la retroactividad de la norma.

#### *2.4.2.2. La cosa juzgada*

La retroactividad de la ley puede dar lugar en aquellos casos en donde promulgada la nueva ley, sobreviene la sentencia aun revocable (sentencia no definitiva), por ser susceptible de apelación o de casación, deberá aplicarse la ley más favorable.

Jiménez de Asúa (1999) aborda lo siguiente:

Los problemas de la retroactividad surgen cuando nos encontramos ante un fallo firme. En menoscabo de la santidad de la cosa juzgada, los franceses proclaman la irretroactividad en esta situación. Así opinan Garrand, Laborde, etc. y para emendar la evidente injusticia se amparan en el indulto.

Los italianos, distinguen el caso de que una nueva ley suprima delitos o que den tan sólo modificaciones en su tipo o sanción, la cosa juzgada no es un obstáculo para que la ley tenga efecto retroactivo; la cosa juzgada puede remediar el conflicto mediante disposiciones transitorias.

Es por ello que se proclaman la retroactividad de la ley más favorable, aunque haya recaído sentencia firme y el reo este cumpliendo la condena.

La retroactividad de la ley puede dar lugar en los casos en donde una vez promulgada la nueva ley sobreviene la sentencia aun revocable (no definitiva) por ser susceptible de apelación o de casación, deberá ser aplicable la nueva ley más favorable, contrario a los caso de sentencia firme en donde el fallo asume el valor de cosa juzgada, es decir, se convierte en firme e irrevocable(Jiménez, 2005).

La ley más benigna siempre debe tener efecto retroactivo, aun cuando hubiere recaído sentencia firme, sin embargo algunos penalistas creen que todo debe inclinarse ante la autoridad de cosa juzgada y que en el caso de haber recaído sentencia definitiva, la ley más benigna no puede tener efecto retroactivo, pero tal opinión no es fundada, pues no se pone en duda la justicia de la sentencia pronunciada, esto sólo ocurriría cuando se trate de celebrar un nuevo juicio (Cuello, 1980).

*Jiménez de Asúa (2005) también expresa que:*

*Cuando la nueva ley más benigna sobreviene después de dictada sentencia firme, se presenta la cosa juzgada, lo que hace suponer que la sentencia expresa la verdad pero la cosa juzgada no ocurriría si se considera que toda sentencia tiene un supuesto de hecho y otro de derecho, el primero subsiste no*

*obstante la modificación conforme a la nueva ley; en cuanto al segundo debe cambiar cuando cambia el derecho; y para resolver el problema creado por la ley penal más benigna, frente a la autoridad de la cosa juzgada, se han propuesto varios sistemas:*

1. Irretroactividad de la nueva ley frente a sentencias firmes. Cuando después de dictada sentencia ejecutoria se promulga una ley que reduce o suprime una pena deberá de proclamarse la retroactividad de las disposiciones más favorable al condenado “ se debe por consiguiente que si la ley nueva no aprovecha de pleno derecho a los condenados es deber del legislador aplicar, por una disposición transitoria, el beneficio de sus prescripciones” o “deber del jefe de Estado, por el ejercicio del derecho de gracia o decreto, hacer que se aprovechen de las supresiones o de las reducciones de las penas pronunciadas por la ley nueva, los individuos condenados antes de su promulgación”.
2. Laborde expresa que “Aun cuando la ley nueva suprimiera el carácter del delito al hecho que ha motivado la condena, esta supresión no beneficiará a los individuos condenados ejecutoriamente bajo el imperio de la ley antigua y si no han cumplido la pena, deberán cumplirla rigurosamente, aun cuando después de haber condenado este hecho se convirtiera en lícito. Esta situación tiene algo de chocante y por ello el poder social la evita proclamando una amnistía u otorgando indultos”.
3. Retroactividad en caso de supresión del tipo legal y respecto a la cosa juzgada en caso de la ley benigna modificativa. Los autores Italianos aceptan la retroactividad de la nueva ley que suprime un tipo de delito y respetan la autoridad de cosa juzgada en caso de que las leyes modificativas más benignas, pero cuando se suprime un género de pena o se disminuye ésta proponen que la equidad se imponga mediante disposiciones transitorias “cuando la ley sobreviniente no provea como delito el hecho, por el que se está cumpliendo condena cesan la ejecución de esta y sus efectos penales, a penas la ley ha entrado en vigor”, cuando la

ley posterior suprime un delito, “ si ha recaído sentencia firme cesaran la ejecución y los efectos penales”.

4. Retroactividad de la ley penal más favorable aun en caso de sentencia ejecutoriada. Se dotan de efecto retroactivo aunque se haya dictado ya sentencia firme, tanto a la nueva ley que suprime un tipo legal como a las leyes penales subsiguientes que modifican la anterior en sentido favorable al condenado, esto se encuentra en la “absoluta retroactividad de las leyes penales”, sin que le intimide la autoridad de la cosa juzgada, pues se entiende que ésta no se hiere, ya que al desaparecer la ley, desaparece el sustrato de la misma cosa juzgada.

La atenuación de la legislación penal debe de influir en las sentencias ejecutadas no sólo cuando la nueva ley declare impune un hecho que por la ley anterior era punible, sino también cuando no hace más que atenuar considerablemente la pena, ya sea en cuanto al grado o en cuanto a la medida. La nueva ley determinaría los casos en los cuales declara ser tenida en cuenta, las disposiciones precedentes no se aplicaran en las condenas impuestas por infracción de una ley penal temporal.

Las dificultades que surgen en este sentido, para dar retroactividad a la ley más benigna después de dictada sentencia firme y las soluciones se presentan cuando se tratan de conseguir un resultado equitativo por amnistía o indulto. La santidad de la cosa juzgada es un fetichismo, que por otra parte, podrá dejarse a salvo si se distingue el hecho y del derecho, al que no se debe de sacrificar la justicia. El derecho es forma y exige formalismo como éste, pero el derecho es principalmente función, por lo que resulta injusto si se permitiera seguir a los condenados en prisión cuyas penas había abreviado una ley posterior, hay que dar importancia a su valor funcional que la propia forma, por eso se concibe aplicar una nueva ley benigna después de dictada sentencia firme.

Existen excepciones a lo que conocemos a la cosa juzgada, tal excepción surge cuando invocamos la acción de revisión de las sentencias firmes, con el objetivo de que el reo se beneficie, esto se encuentra regulado en nuestro código procesal penal (art. 337 ss.) que establece las condiciones y circunstancias que darán lugar a la revisión de sentencias.

Cuando nos referimos a la acción de revisión hablamos del principio pro reo (a favor del reo), ya que esta solo dará lugar cuando existan causas que dieron lugar a dudas sobre la veracidad de la sentencia condenatoria emitida por la autoridad judicial, o bien cuando se observa que hubo quebrantamientos de normas del proceso penal al momento en que se dictó sentencia firme, esto nos conlleva a la aplicación de la ley penal más benigna, aunque recaiga en el dilema de ser cosa juzgada.

Entendemos que la cosa juzgada impide que los juicios recobren su valor una vez que la autoridad judicial emite un fallo sobre determinada causa, es decir que no se podrá juzgar dos veces por la misma causa, por lo que al invocar la acción de revisión puede afectar o modificar la certeza y la naturaleza misma de la cosa juzgada, sin embargo la acción de revisión no consiste en un medio de impugnación de la sentencia, sino más bien como un procedimiento especial que consiste en subsanar errores cometidos por la autoridad judicial y que son visibles en la sentencia firme.

Decimos que la acción de revisión tiene como fundamento el principio in dubio pro reo, es porque deberá atenderse de que todo análisis e interpretación de las causas que dan origen a la revisión de sentencias firmes, deberán utilizarse como medio a favor de los condenados, para ello la constitución política establece que la acción de revisión se aplicara en beneficio para el reo (art. 34 inc. 3 in fine CPP).

#### 2.4.2.3. *La Amnistía*

Hemos abordado los efectos que produce la cosa juzgada y las circunstancias que puede surgir la retroactividad de la ley. Ahora bien analizaremos los efectos que produce el otorgamiento de amnistía.

La amnistía es una de las formas en que se puede extinguir la acción penal y que pone fin a la condena, esta solo puede emanar del poder legislativo ya que de ello depende la extinción del delito y todas sus consecuencias, se le conoce comúnmente como el perdón del delito.

La retroactividad de la norma consiste en aplicar una ley a hechos anteriores a su entrada en vigencia, siempre que ésta resulte ser beneficiosa o benigna para el procesado o el condenado, hemos abordado que también que se puede aplicar una ley ultractivamente cuando se aplica la ley que se encuentra derogada pero que se encontraba vigente al momento de la comisión del delito.

Una ley es considerada beneficiosa cuando reduce o disminuye la condena, cuando establece circunstancias eximentes o atenuante, cuando cambia el tipo penal o bien cuando desaparece el tipo penal. Cuando la conducta delictiva queda despenalizada se tiene que ordenar la liberación de inmediata de aquellos que fueron inculcados por determinada disposición penal y que ha dejado de considerarse como delito, pues de lo contrario se estaría violentando todas las garantías y principios consagrados en la constitución y demás leyes.

El problema surge cuando se cometen situaciones de injusticia principalmente cuando desaparece el delito que se sanciona y la amnistía ha sido aplicada como posible solución a dicha injusticia que tendrá lugar cuando una nueva ley o disposición penal elimina la conducta típica por la cual se condenó.

Cuando hablamos de la despenalización de una conducta que era considerada como delito por determinada ley, de la cual resulta que ha dejado de tener

vigencia ya sea porque otra la derogue, se tomará en cuenta que la ley que está investida de vigencia y que despenaliza la conducta considerada ilícita, se entenderá que esta podrá ser aplicada retroactivamente, de aquí surge el fundamento y la naturaleza de la amnistía.

Esta figura se encuentra regulada en el art. 3, 130 inc d, CP como forma de extinción de la responsabilidad penal y desaparecen las penas principales y accesorias.

#### *2.4.3. Conflictos de las leyes penales en la comisión del delito y la situación jurídica del sujeto*

Lo que se pretende estudiar en este acápite es el momento de la ejecución de la acción para determinar la ley aplicable al momento de la comisión del delito que será la ley vigente. Para determinar la ley más favorable deberá de tenerse en cuenta la ley vigente en el momento de la comisión del delito.

La problemática que surge en la comisión de delito es cuando se enfrentan dos o más conductas delictivas, atendiendo a que en un lapso de tiempo puede resultar la comisión de actos considerando delictivos, pero debe entenderse que el momento decisivo de la comisión del delito será el del último acto ejecutado, sin perjuicio de que el sujeto sea procesado por otros cargos en un mismo proceso siempre y cuando la pena no excedan de los treinta años de prisión que la ley permite.

Así Luzón Peña (1987) señala que:

El tiempo del delito es todo el lapso que transcurre desde el primero hasta el último acto y no sólo este último, por lo cual una ley que apareciera antes del último acto pero después de los primeros, sería una ley retroactiva respecto de todo el tiempo de comisión del delito. – El tiempo de los primeros actos –anteriores a la misma.

La opinión opuesta mantiene que el momento de comisión del delito es el momento decisivo del último acto ejecutado o mantenido, que es el que convierte en delictiva el conjunto de la conducta (cuando los actos anteriores por sí solos, no son delictivos) que al menos es el momento en que los actos anteriores (ya delictivos por sí) cobran su relevancia para un nuevo hecho delictivo o para producir una cualificación. La nueva ley anterior al último y decisivo acto es la que realmente rige al hecho, sin que ello suponga a aplicarse retroactivamente a los actos anteriores, ya que estos todavía no suponía el momento de realización del delito o de la cualificación, que sólo se produce con el último acto.

Cuando una nueva ley entra en vigencia y deja de incriminar una conducta tipificada como delito por la ley que es derogada, la ley más favorable será entonces la vigente, por lo tanto, se aplicará la nueva ley, esto quiere decir que al desaparecer el tipo delictivo sancionado con anterioridad a su entrada en vigencia, permite el cambio de situación jurídica del sujeto y de conformidad con el principio de legalidad y la garantía criminal que se comprende como *nullum crimen, nulla poena sine lege*, conlleva a absolver al sujeto condenado por un delito que se considera inexistente (art. 3 CP).

Ejemplo de esto lo encontramos en el código penal de 1974 que regulaba el delito de asesinato atroz, ya hemos explicado que si desaparece el tipo penal de una ley, el juez deberá ordenar la liberación inmediata del condenado, pero para evitar recaer en situaciones injustas o de impunidad, se prevee que ésta deberá equipararse a otra norma de la misma naturaleza, pero bajo preceptos distintos.

Así pues el art. 567 inc. 8, 9 de código penal vigente (Ley No.641) establece que los delitos de asesinato atroz e infanticidio contenidos en los arts. 135 y 136 del código penal de 1974 que se deroga, se les continuará el proceso por el delito de asesinato contemplado en el artículo 140 del código vigente y para los condenados por el mismo delito se les revisará la sanción.



En el caso de los acusados o sentenciados por el delito de infanticidio,deberán ser juzgados por el delito de homicidio agravado, por la circunstancia contemplada en el artículo 36 numeral 2 del Código Penal vigentey en los casos de condena por este delito, ésta deberá ser revisada, entre otros que también fueron tipificados como delitos por el código penal de 1974 y que se ajustaron a la normativa de la ley No. 641.

## CAPÍTULO III

### RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES EN NICARAGUA.

La ley penal deja de tener vigencia cuando la ley posterior comporta un trato a favor del reo, el Estado al publicar la nueva ley más suave reconoce implícitamente que la ley anterior más severa, ha dejado de ser *justa* (Cuarezma & Houed, 2000).

Nuestro sistema jurídico adopta la figura de retroactividad de la ley penal como excepción al principio general de irretroactividad de la norma, cuando este sea beneficiosa para el reo, cuando aplicamos la ley favorable, estamos reconociendo el derecho que tiene el reo como ciudadano y por ende prohíbe la aplicación de la ley perjudicial para el que está siendo juzgado, o bien para el que se encuentra cumpliendo condena.

Las leyes penales no tiene efecto retroactivo, excepto cuando favorezca al reo, si con posterioridad a la comisión de un delito entrara en vigencia una nueva ley se aplicará la ley más favorable, ya sea que el sujeto este siendo procesado o que se encuentre cumpliendo condena. Este principio se encuentra expresado en el art. 38 Cn y art. 2, 3, 568 inc 1, 2,3 C.P.

No obstante, no podemos dejar de mencionar que el principio de legalidad y de retroactividad de la ley más favorable se encontraregulado por algunos instrumentos internacionales tales comola Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, Convención Americana de Derechos Humanos de la

Organización de Estados Americanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Escobar, 2003).

Estos instrumentos fueron ratificados por Nicaragua y son adoptados por nuestra constitución política y el código penal, cualquier omisión a lo dispuesto en ellas, constituyen violación al principio de legalidad y de retroactividad de la ley más benigna.

La Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, adopta en el artículo 9 el principio de legalidad y de retroactividad de la ley, así mismo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas regula en el artículo 15 inc. 1 la aplicación de la ley que beneficie al reo, ambos instrumentos internacionales regulan que la ley que imponga una pena más leve el delincuente se beneficiara de ello.

Este principio ha sido considerado como un derecho fundamental que garantiza a los ciudadanos que la imposición de las penas no violente los derechos adquiridos por los ciudadanos y cualquier omisión a estos principios será considerado como una violación a los derechos humanos, es decir que la retroactividad de las leyes más favorable es considerada como un derecho y se encuentra consagrado en algunas constituciones como la nuestra con el fin de brindar seguridad jurídica bajo el amparo del principio de legalidad.

Así lo demuestra el artículo 38 de nuestra constitución y artículo 2 del código penal la cual garantiza el derecho de aplicar retroactivamente la ley penal cuando favorezca al reo.

El principio de legalidad y de irretroactividad de la ley prohíbe la imposición de penas que no estén plenamente establecidos por la norma al momento de la comisión del delito, así mismo expresan que la norma aplicable será la que goce de vigencia, a su vez ésta no podrá aplicarse a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor y nadie podrá ser sometido a juicio ni condenado por actos que no fueren delictivos al momento de su comisión y que no estén consagrado en la ley previa.

Así lo expresa la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11 inc 2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas en el artículo 15 inc. 1, 2. También se encuentra regulado por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre Artículo XXV.

Por su lado nuestra constitución política regula en su artículo 34 inc 11, el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley.

Estos instrumentos internacionales han permitido que las diversas legislaciones que reconocen y ratifican dichos instrumentos se vean obligados a realizar un análisis de las leyes, teniendo en cuenta los principios y los derechos de los ciudadanos, respetando el principio de legalidad y de irretroactividad, garantizando siempre el derecho de la aplicación retroactiva cuando beneficie al reo.

#### **4.1. Aplicación de la ley penal**

Indiscutiblemente la ley aplicable será la que goce de vigencia al momento de la comisión del delito. No obstante, la retroactividad dará lugar cuando la ley entre en vigencia y ésta sea aplicada a aquellos hechos que se cometieron con anterioridad a su entrada en vigor siempre y cuando ésta mejore la condición jurídica del reo.

En aquellos casos en donde exista duda sobre la aplicación de la ley penal más favorable al reo, la ley exige que se mande a oír al mismo y en caso de que esto no sea suficiente para aplicar la norma o bien, cuando carezca de seguridad y persista dudas en la ley, ésta se determinará conforme al principio *in dubio pro reo* (en caso de duda a favor del reo), art. 3 in fine CP vigente.

El principio *in dubio pro reo* fue considerado desde su origen y en sentido estricto un principio del derecho procesal penal prueba de cuestiones fácticas y no un principio de interpretación de las normas penales sustantivas, es decir que si tras una actividad probatoria suficiente el juez no llega a una convicción clara y precisa sino que subsiste una duda sobre los hechos y circunstancias fácticas del sujeto que son bases del delito o de la peligrosidad criminal, debe dar como no probado ese supuesto, o bien, probada con la hipótesis fáctica más favorable (Luzón, 1987, p.173).

Este principio que procede a favorecer al reo presenta algunas manifestaciones: a) *cuando existan varias interpretaciones debe adoptarse la interpretación más favorable al reo. b) en caso de duda se interpretará la ley en el sentido más favorable al reo. c) las leyes penales se aplican retroactivamente cuando favorezcan al reo. d) en caso de duda es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente. e) en materia penal se prohíbe la interpretación extensiva y el juez debe atenerse estrictamente a la letra de la ley. f) el auto de prisión se dictara cuando se hubiere establecido el cuerpo del delito y hubiere indicios racionales o presunciones graves de la culpabilidad del procesado (Escobar, 2003, p.40).*

La legislación española no regula expresamente en la ley este principio, sin embargo establece que:

*Cualquier duda de la verdad del caso producido o de sus datos opera a favor del acusado y que éste solo puede ser acusado si el tribunal carece de toda duda sobre la veracidad del caso producido. De ello se sigue que el acusado no ha de probar su inocencia sino que es el Estado quien ha de probar su culpabilidad (Hassemer, 1984, p. 209).*

La ley de código penal del primero de abril de 1974 (código derogado) regulaba en su artículo 13 el principio de *in dubio pro reo* al prohibir la interpretación extensiva

de la ley, el Juez debe atenerse, estrictamente a la letra de la ley. En los casos de duda se interpretará la ley en el sentido más favorable al reo.

Así mismo el artículo 14 del código derogado, permitía que las leyes penales tuvieran efecto retroactivo, en cuanto favorezcan al reo, aun cuando al publicarse haya recaído sentencia firme y se halle aquél cumpliendo su condena.

Es importante destacar que este principio, es acogido por el derecho procesal penal como forma de valoración de pruebas, pero surge la necesidad de que este principio imperara como regla de interpretación del derecho y las leyes penales, así se puede apreciar en el art. 2 CPP, el cual regula el principio de presunción de inocencia como interpretación del derecho penal y procesal, proclamando que en los casos en que exista duda razonable sobre la culpabilidad del acusado, al dictarse sentencia o veredicto, procederá su absolución.

El código procesal penal regula la presunción de inocencia y con ello el principio de in dubio pro reo, en los artículos 2, 178, 301, 316 inc 3, 337 inc 3.

Cuando deba de aplicarse retroactivamente una ley posterior más favorable deberá de invocarse la acción de revisión así lo establece el código procesal penal (art. 337 inc. 6). No obstante también se permite la acción de revisión cuando la ley que sirvió de base a la condenatoria hay sido declarada inconstitucional.

Una ley puede ser declarada inconstitucional cuando es contraria a lo que manda la constitución política a esto se le conoce como derogación por inconstitucionalidad, la cual ya ha sido estudiada y explicada anteriormente, sin embargo cuando hablamos de la inconstitucionalidad de una ley entendemos que esta violenta lo prescrito por nuestra constitución.

La retroactividad de la ley más favorable se encuentra fundamentada en el art. 38 de nuestra constitución política y cualquier violación a este precepto puede dar lugar a la inconstitucionalidad de ley, es decir que sí una ley es aplicada retroactivamente cuando perjudica al condenado deberá de dictarse la inconstitucionalidad de esta ley que lo perjudica.

Pero ni la constitución, ni el código penal protegen la retroactividad de la norma cuando perjudica al reo, solo establecen que la ley posterior que beneficia será aplicada retroactivamente, pero deja abierta la posibilidad de crear leyes que agraven la condición jurídica del sujeto con la excusa de que esta solo se aplique a los hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia, pero ¿Qué sucede cuando existe conflicto entre dos leyes?, regirá el principio de la ley más favorable.

Este conflicto de normas se puede observar con el código penal vigente y la ley 745 Ley de ejecución beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal, esta ley regula la ejecución de las sanciones penales y la tramitación de los incidentes al igual que el código penal vigente, pero ambas leyes presentan discrepancia en la etapa de ejecución de sentencia en cuanto a la tramitación de los beneficios tales como la suspensión de pena, libertad condicional y extinción de la pena por cumplimiento de la sanción.

De acuerdo con la doctrina la retroactividad de ley tendrá efectos cuando favorezca al reo, nuestra legislación adopta esta teoría y para los casos en que dos leyes estén en vigencia y ambas permitan que sean aplicadas retroactivamente, se utilizará la ley más conveniente y la ley que perjudica no podrá ser aplicada de forma retroactiva.

El código penal la ley 641 entró en vigencia en el año dos mil ocho y su aplicación fue más provechosa para el otorgamiento de los beneficios, permitiendo a su vez la retroactividad de la misma a los hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, posteriormente en el año dos mil once entró en vigencia la ley 745 Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal, ésta ley permite que sea aplicada de forma retroactiva cuando beneficie al reo sin embargo refuta lo establecido por el código penal vigente, la ley 641.

Ambas leyes se encuentran dotadas de vigencia y esto puede repercutir en confusión en cuanto a la ley aplicable, por lo que deberá resolverse según el principio in dubio pro reo, ya que si existe duda acerca de la aplicación de una ley

se tomará en cuenta la más favorable al reo, siendo en este caso lo dispuesto por el código penal vigente la ley 641.

Se puede asumir que el legislador lo que pretendió con la creación de la ley 745 fue subsanar los posibles errores cometidos en el código penal la ley 641 por considerar que éste código era condescendiente en cuanto al otorgamiento de los beneficios, sin embargo la ley 745 contiene disposiciones agravantes que vulneran la situación jurídica de los reos.

Para solucionar el problema de aplicación de la ley 745 y del código penal vigente y evitar las situaciones reprochables de una ley condescendiente y otra que perjudica, tendrá que considerarse la siguiente:

La ley penal que beneficia al reo siempre se aplica retroactivamente, por lo tanto deberá de prevalecer lo dispuesto por el código penal, por ser la más benevolente para el reo.

Deberá declararse la inconstitucionalidad del artículo 16 de la ley 745, por violentar el artículo 38 de la constitución política específicamente el principio de retroactividad de la ley que favorezca al reo, no puede aplicarse la ley 745 de forma retroactiva porque si ésta lo perjudica es inconstitucional su aplicación, esta ley agrava la situación jurídica del sujeto ya que impide la tramitación de los beneficios y por ser contrario a lo que establece nuestra constitución política y el código penal.



La sentencia que declara la inconstitucionalidad de un artículo si resulta ser favorable al reo podrá aplicarse retroactivamente, es decir que si el tribunal constitucional declara la inconstitucionalidad de la ley 745, la sentencia podrá tener efecto retroactivo y regirse según lo dispuesto en la ley 641 del código penal.

Para solucionar el problema de aplicación de una ley considerada menos drástica como es el código penal la Ley 641 y otra que perjudica podría idearse una posible reforma al artículo 16 de la Ley 745, de tal forma que los beneficios e incidentes de ejecución se otorguen bajo las siguientes condiciones:

1. Que la suspensión de ejecución de sentencia se conceda en aquellos casos en donde la pena impuesta o la suma de las impuesta en una misma sentenciano excedan de los cinco años de prisión, excluyendo el límite máximo del delito, así como lo dispone el código penal vigente.
2. Que el beneficio de libertad condicional proceda en los delitos cuya pena excedan de los cinco años de prisión y haber cumplido las dos terceras partes de la condena, para ello se tomara en cuenta el tiempo laborado, sin embargo para evitar caer en situaciones injustas deberá de tenerse en cuenta que el tiempo laborado se abonará a partir del sexto año de efectiva prisión para los delitos cuya pena impuesta sea mayor a los quince años.

Por ejemplo: se impone la pena de 20 años de prisión, aplicando las dos terceras parte de la condena serán 13 años y 3 meses para optar al beneficio, si se toma en cuenta el tiempo laborado se reducen a 7 años de prisión, asumiendo que el sujeto comienza a laborar desde el primer día en que ingresa al centro penitenciario hace un total de 14 años de efectiva prisión, eso significa que se habrá cumplido las dos terceras parte de la condena y puede optar al beneficio de libertad condicional.

Pero el hecho de que su permanencia en el centro penal haya durado siete años de prisión conlleva a una situación reprochable para la sociedad y para nuestro sistema penal, por lo tanto para evitar esta situación podría considerarse que la ley imponga como condición que el trabajo realizado se tome en cuenta a partir del sexto año de resguardar efectiva prisión, esto implicaría que el sujeto deberá cumplir cuatro años de efectiva prisión, más el reconocimiento por el trabajo realizado, de ésta forma los siete años que se consideran reprochables cambian y pasaran a ser nueve años de prisión mas cuatro de ellos laborados sumarian los trece años que la ley exige para el otorgamiento de libertad condicional. Esta sería una forma alterna para remediar ésta polémica y evitar a su vez absoluciones injustas.

3. La ley 745 a demás de regular las dos terceras partes para el beneficio de libertad condicional también regula las tres cuartas partes,pero no deja claro en qué casos se aplicará las tres cuartas partes, ésta podría tenerse en consideración únicamente en los delitos contra el orden internacional, lavado de dinero, terrorismo, tráfico de órganos.
4. El código penal y la ley 745 no otorgan la posibilidad de que el extranjero pueda optar al beneficio de libertad condicional, debería de considerarse la posibilidad de que en una posible reforma se otorgue el derecho a que los extranjeros que se encuentran cumpliendo condena en nuestro país puedan acceder a solicitar el beneficio de la libertad condicional.

Estas podrían considerarse como algunas medidas que permitirían la aplicación retroactividad de la ley solucionando las principales causas que dan origen la aplicación de una ley condescendiente y otra que perjudica o agrava la condición jurídica de los reos

Es importante recordar que la retroactividad de la ley está permitida por la constitución política siempre y cuando beneficie al reo (principio pro reo) y en caso de duda sobre la aplicación de la norma el juez deberá de resolver sobre aquella que considere que es la más justa y que no perjudicará los derechos y garantías de los reos.

Es menester desarrollar la excepción al principio in dubio pro reo que se explica con la teoría de la determinación alternativa, la cual consiste en aplicar una ley menos grave, es decir que cuando el acusado comete un delito que pueda confundirse con otro sin que se haya podido demostrar alguna de las dos posibilidades, se aplicará la ley que imponga la pena menos graves, ejemplo de ello puede presentarse al inculpado por el delito de hurto por encontrársele un bien ajeno pero este alega que lo adquirió de un desconocido, esta situación puede considerarse constitutivas de un delito de receptación, sin embargo no es posible comprobar tales supuestos (hurto o receptación), si se aplica el in dubio pro reo no se podría condenar por ninguno de los dos delitos, sin embargo está probado que se cometió uno de los dos delitos y en este caso para evitar absoluciones injustas podría condenarse según la norma que imponga la pena menos grave (Cuarezma & Houed, 2000).

El artículo 8 del código penal derogado (1974) regulaba de cierto modo la determinación alternativa al establecer que, en la tentativa si no llegare a determinarse el delito que se proponía ejecutar el culpable, se estimará que sus actos se dirigían a cometer el de menor gravedad.

Son pocas las legislaciones que adoptan la teoría de la determinación alternativa, porque esta es considerada una excepción al principio in dubio pro reo, al condenar injustamente y violentar la seguridad jurídica del proceso penal, por considerar que no se pudo probar ningunos de los hechos punibles considerados como delito (Cuarezma & Houed).

Pero lo que se pretende solucionar con la determinación alternativa es evitar absoluciones injustas y fundamentar la razón de la sentencia condenatoria, a demás que esta teoría es utilizada como última instancia después de haber agotado todas las vías y los medios admitidos por el proceso penal, teniendo como fin último recurrir a la determinación alternativa.No obstante la aplicación de esta teoría tiene sus condiciones y requisitos de tal forma que no quede impune la comisión de un hecho por más leve que sea.

Para ello deben de considerarse los siguientes parámetros: haber agotado todos los medios probatorios admitidos; tener la certeza de que el acusado solamente pudo haber actuado en una u otra forma; se admite la condena cuando es seguro que el delincuente ha cometido un hecho punible determinado, a través de las cuales una de las dos acciones puedan ser equiparadas de formas iguales; deberá aplicarse siempre la ley más favorable, mediante una consideración concreta, básicamente estas son las condiciones que han de tomarse en cuenta para hacer uso de la teoría de determinación alternativa y que han sido adoptados por la jurisprudencia y la doctrina alemana (Cuarezma & Houed, 2000).

## **4.2. Marco Normativo**

### 4.2.1. Constitución Política de la República de Nicaragua

El principio de legalidad y de retroactividad a favor del reo, se encuentran fundamentado por la norma suprema en su artículo 34 inc. 11 y artículo 38, nuestra constitución la cual permite que se aplique la ley retroactivamente en materia penal cuando se beneficie al reo.

### 4.2.2. *Leyes penales*

La retroactividad de la norma penal estipula dos reglas, la primera establece que no puede aplicarse retroactivamente al reo una ley que lo desfavorezca, se aplica la ley anterior derogada (ultractividad); y la segunda expresa que es aplicable la retroactividad de la ley posterior que lo favorezca y se desaplica anterior que lo perjudica (Escobar, 2003).

En este acápite se estudiarán y se analizarán las distintas leyes penales, en cuanto a los beneficios o incidentes que estas otorgan durante la etapa de

ejecución de sentencias y los efectos que producen el otorgamiento de tales beneficios como derechos y garantías para los privados de libertad.

Es importante hablar de la etapa de ejecución de sentencia porque es aquí en donde existen mayores conflictos entre las leyes y donde más se vulneran los derechos y garantías de los reos. También analizaremos la importancia de la retroactividad penal, sus alcances jurídicos y el cambio de situación jurídica del sujeto cuando se aplica la ley retroactiva.

Para determinar qué ley será la aplicable deberá de tomarse en cuenta la ley más beneficiosa y ésta será aplicada de forma retroactiva, por lo tanto para que la retroactividad surta efectos se tiene que realizar un análisis entre las leyes, con el fin de determinar si la ley anterior derogada o la ley posterior vigente es la más favorable para el reo.

Es importante destacar que el código penal (vigente) la ley No. 641, empezó a aplicarse y surtir efectos en el año dos mil ocho derogando el pasado código penal de 1974, para las personas que fueron juzgadas y condenadas conforme a este código se les continuara el cumplimiento de la pena de conformidad con este mismo.

Sin embargo la ley 641 del código penal vigente, contienen disposiciones que mejoran la situación jurídica de los reos que fueron condenados bajo la vigencia del pasado código penal de 1974, esto permitió la aplicación retroactiva del nuevo código penal, especialmente en la etapa de ejecución de sentencia en donde se otorgaron beneficios e incidentes de ejecución, aplicando el principio de retroactividad de la ley más favorable.

Cabe destacar que en materia penal existen algunas leyes cuya aplicación y régimen son de carácter especial y regulan las distintas formas en que se tramitaran los beneficios, ejemplo de ello es el código penal militar y la ley 745 Ley de ejecución beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal.

No obstante el código penal militar será estudiado por su forma de tramitar los beneficios e incidentes de ejecución y sus semejanzas con la ley común, este código permite que la ley tenga efecto retroactivo cuando favorezca al reo aunque la misma ley no lo disponga o hubiese recaído sentencia firme y el penado estuviere cumpliendo condena.

#### *4.2.2.1. Ley Penal de 1974*

El pasado código penal (derogado) regulaba la pena de presidio, prisión, inhabilitación absoluta, especial, entre otras figuras (art. 53) y los beneficios que ésta otorgaba consistían en: suspensión de ejecución o condena condicional y libertad condicional (art. 103 y 108).

La pena de presidio era impuesta por el periodo de tres a treinta años y la pena de prisión era aquella impuesta por el periodo de dos a doce años de prisión (art. 72). No obstante estas penas llevan consigo las penas accesorias de interdicción civil por el término de dos meses a cinco años después de cumplida la pena según el grado de corrección y la buena conducta.

Si después de derogado éste código se aplicara retroactivamente la nueva ley que será la ley No. 641, se podría modificar la pena de presidio por la pena de prisión y en el caso de la tramitación de los beneficios el código penal vigente (ley 641) modificó algunas condiciones para otorgar la aplicación de dichos beneficios.

Para otorgar el beneficio de suspensión o condena condicional éste código establecía que el juez podía dejar en suspenso la ejecución de la sentencia por un periodo de prueba de 2 a 5 años y solo se otorgaba cuando la pena impuesta no excedía de los tres años siempre y cuando fuera reo primario y que demostrara buen comportamiento (art. 103 CP 1974).

También regulaba el beneficio de libertad condicional el cual procedía para los condenados a la pena de prisión por más de 5 años, siempre que haya cumplido las dos terceras partes de su condena eso equivalen a los 3 años y 3 meses de efectiva prisión y al condenado a la pena de presidio por más de 9 años, que haya cumplido las tres cuartas partes de la pena, para la aplicación de este beneficio el reo debía de tener Buena conducta y sus antecedentes de todo orden, también se establecía periodo de prueba que comprendía el tiempo que faltare para la condena hasta una tercera parte más (art.108CP 1974).

Es importante señalar que ésta ley regulaba que el condenado por más de dos delitos o al reincidente por primera vez no se le podía conceder el beneficio de libertad condicional, sino cuando haya cumplido las cuatro quintas partes de la pena y después de la segunda reincidencia, el delincuente quedará privado del derecho de solicitar la libertad condicional (art. 111 CP 1974).

#### *4.2.2.2. Ley No. 641, Código Penal Vigente*

El código penal vigente regula el beneficio de suspensión de pena, libertad condicional y la extinción de la condena (art. 88,96 Ley 641) las penas que este código regula corresponde a la de prisión, privación de otros derechos, días multa y la multa (art. 47 Ley 641).

Para el beneficio de suspensión de pena el código penal establece que los jueces ejecutores podrán dejar en suspenso las penas privativas de libertad de hasta cinco años (art. 87 Ley 641).

El plazo de suspensión será por un periodo de prueba de dos a cinco años para las penas privativas de libertad de hasta cinco años y de tres meses a dos años para las penas leves, para ello deberá atenderse a las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.

La ley 641 a diferencia del código penal derogado de 1974, establece que para otorgar el beneficio de suspensión de pena el condenado tiene que ser reo primario es decir que haya delinuido por primera vez y no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o cuyos antecedentes sean de todo orden, así mismo expresa que la pena impuesta o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no puede ser superior a los cinco años de prisión y que haya garantizado las responsabilidades civiles (art. 88 Ley 641).

Este código también otorga el beneficio de libertad condicional para ello es necesario que las penas de prisión excedan los cinco años siempre y cuando el condenado haya cumplido las dos terceras partes de la condena, que tenga buena conducta y pronóstico individualizado de reinserción social emitido por las autoridades penitenciarias (art. 96 ley 641, CP vigente).

El código penal derogado regulaba la pena de presidio e imponía las tres cuartas partes para el cumplimiento de la pena de presidio, a diferencia del código penal vigente (ley 641) éste regula únicamente la pena de prisión y establece las dos terceras partes para el cumplimiento de la sanción

#### *4.2.2.3. Ley No. 566 Código Penal Militar*

Este código regula el principio de irretroactividad y como excepción permite que la ley tenga efecto retroactivo en materia penal, pero cuando favorezca al reo aunque la misma ley no lo disponga, aun cuando hubiese recaído sentencia firme y el penado estuviere cumpliendo condena (art. 3 CPM). También adopta como formas sustitutivas de ejecución de pena, la libertad condicional y la suspensión de ejecución de pena (art. 72 CPM).

El beneficio de la libertad condicional según el código penal militar a diferencia de la ley común, este sólo podrá otorgarse para el condenado a la pena de prisión, que haya cumplido la mitad de la pena impuesta y para los sancionados que no hubieren cumplido la mayoría de edad este se les podrá conceder cuando



hubieren cumplido la tercera parte de la condena impuesta, para ello será necesario que la pena impuesta sea mayor de un año, haber cumplido la pena en la porción establecida para este beneficio, que haya observado buena conducta durante el cumplimiento de la pena, lo que se hará constar con aval o informe emitido por las autoridades del sistema penitenciario y/o unidad penitenciaria militar donde cumple su sanción y que haya satisfecho o garantizado las obligaciones civiles derivadas del delito (art. 73 - 77 CPM).

La libertad condicional conllevará un período de prueba que será igual al tiempo que le falta al condenado para cumplir en su totalidad la pena que se le impuso, durante este tiempo el beneficiado podrá asumir sus responsabilidades militares.

Distinto a lo que regula la ley común (código penal vigente ley 641) el cual establece que para optar a dicho beneficio será necesario que la pena impuesta sea mayor a los cinco años y haber cumplido las dos terceras partes de la condena.

Para el beneficio de suspensión de ejecución de pena el código penal militar establece que dará lugar cuando la pena impuesta sea de seis meses a un año de prisión siempre y cuando el condenado haya delinquido por primera vez, a tal efecto que no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, que haya satisfecho o garantizado las obligaciones civiles y que demuestre buena conducta (art. 78 CPM).

*4.2.2.4. Ley No. 617 Código de Procedimiento Penal Militar y Código Procesal Penal de la República de Nicaragua ley No. 406*

El código de procedimiento procesal penal militar regula las atribuciones de los jueces de ejecución y entre estas disponen, aplicar retroactivamente la ley penal sustantiva más favorable (art 369 inc. 3 CPPM)

Nuestro código procesal penal no regula la retroactividad de la ley como atribuciones de los jueces de ejecución, sin embargo regula la aplicación retroactiva de la ley posterior más favorable para ello deberá invocarse la acción de revisión (art. 337 inc 6 CPP).

**4.3. Retroactividad en materia de ejecución de sentencia en base a la ley 745 "ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal.**

Esta ley, permite que tenga efecto retroactivo cuando favorezca al condenado, sin embargo los beneficios que la ley ofrece podrán ser aplicados a los hechos anteriores a su entrada en vigencia solo si resultare que su aplicación sea la más favorable para él reo (art. 73 ley 745).

No obstante la ley regula la tramitación de los beneficios e incidentes de ejecución, de tal forma que los jueces ejecutores están aplicando retroactivamente lo dispuesto por esta ley sin embargo su aplicación es perjudicial para los reos por contener disposiciones que son agravantes y contrarios a lo que el código penal vigente establece (art. 16 ley 745).

Para el beneficio de extinción de pena la ley dispone que se tomara en cuenta el tiempo laborado y el tiempo de efectiva prisión es decir que un día de trabajo equivale a un día de privación de libertad (art. 16 inc. a y 41 de la ley 745).

Para el otorgamiento del beneficio de libertad condicional, sólo podrá concederse en los delitos graves y menos graves siempre que hayan cumplido las dos terceras partes de efectiva prisión y las tres cuartas partes de efectiva prisión en los delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas, entre otros delitos (artículo 16, inc. b, ley 745).

Es importante señalar que en los delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes la ley dispone que no dará lugar a ningún beneficio.

En los casos de tramitación para el incidente de suspensión de ejecución de pena la ley regula que éste se resolverá en base a los supuestos establecidos en el art. 87 del código penal bajo los términos y plazos establecidos por el art. 404 del código procesal penal, éste beneficio solo procederá en los delitos menos graves y en las faltas penales cuyo límite máximo a imponer conforme a la ley es hasta cinco años de prisión (art. 16 inc, c de la ley 745).

#### 4.3.1. Análisis y Efectos de la ley745 Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal.

La ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal, tiene como objeto regular el control jurisdiccional de la ejecución de las sanciones penales, así también como el procedimiento para la tramitación y regulación de los incidentes de ejecución de pena, respetando los mecanismos y principios básicos que son regulado por la constitución y los instrumentos internacionales, tales como: el principio de retroactividad de ley, principio de legalidad, principio de in dubio pro reo, entre otros principios que son las fundamentales para el derecho penal y que han sido estudiado anteriormente.

Pero lo que se pretende estudiar y analizar en este acápite es la regulación y aplicación de esta ley, así también como las omisiones y las faltas que contiene esta ley, comenzando por establecer que nuestro sistema jurídico no garantiza la seguridad, ni beneficios para los extranjeros más que para la adecuación de las penas impuestas en el extranjero, el cual podrán hacer uso todas las personas que se encuentren cumpliendo condena en nuestro país, incluyendo a los extranjeros, pero no existe un procedimiento claro para la ejecución de sentencia en el caso de los extranjeros (art. 38 de la Ley 745).

Esta ley regula que para el otorgamiento de determinados beneficios, se tomará en cuenta el tiempo laborado como abono para la sanción penal.

Para los casos en que se tramitan los beneficios e incidentes de ejecución la ley solicita la evacuación de las pruebas por cualquier medio lícito y que sean de interés en el proceso de ejecución y vigilancia penitenciaria (art. 13 Ley 745) por lo general las pruebas más utilizadas y comunes en la práctica son la constancia Judicial, para los casos en que se solicita la suspensión de la pena ya que uno de los requisitos para optar a dicho beneficio es que el reo sea primario o que haya delinquirido por primera vez, en dicha constancia se refleja la lista de antecedentes penales y las causas judiciales que se atendieron, esto indica si la persona tiene o no antecedentes penales.

También se hace necesaria la hoja de evaluación de conducta y el pronóstico individualizado emitido por las autoridades del centro penitenciario, en estas se refleja el tiempo de efectiva prisión, el tiempo laborado, los antecedentes, la conducta y el desarrollo del privado de libertad, si el sujeto está apto o no para reinsertarse a la sociedad, así también como el índice de peligrosidad del sujeto y la valoración psiquiátrica cuando sea necesaria, entre otros medios de pruebas, siendo estos los más comunes.

Es importante señalar que esta ley regula que la sanción impuesta no puede exceder el plazo de duración establecida, es decir que la privación de la libertad no puede exceder de pena impuesta cuando se trata de efectiva prisión, sin embargo los centros penitenciarios son los que más vulneran éste derecho, ya que se han presentado algunos casos de quejas, en donde aun existiendo orden de libertad a favor de un sujeto, las autoridades del sistema penitenciario niegan la liberación del privado de libertad y se hace necesaria la intervención del juez ejecutor que conoce de la causa y emitió la orden de libertad para exigir el cumplimiento de este precepto e interrumpir con la detención ilegítima (art. 14 Ley 745)

Por otro lado es importante expresar que nuestro sistema jurídico establece que la pena no podrá durar más de treinta años para ello se debe de considerar, que si la persona condenada se encuentra cumpliendo condena y se le impone una nueva, la suma de esta y el monto pendiente de la primera, no podrán exceder el límite constitucional de las penas que los treinta años (art. 37 Cn y art 15 in fine ley 745).

Hemos estudiados algunos de los derechos y garantías que la ley ofrece, pero lo que nos interesa estudiar en esta ley es la forma en que se tramitaran los beneficios e incidentes de ejecución y el desacuerdo que existe por parte de esta ley y el código penal, así también como las causas que prohíben que la ley no pueda ser aplicada de forma retroactiva por agravar la condición jurídica de los reo.

Los beneficios que esta ley regula son: extinción de pena, libertad condicional e incidente de suspensión de pena (art. 16 ley 745).

Para los casos de extinción de pena la ley requiere que para optar a este beneficio se tomara en cuenta el trabajo, para efectos de descuento y cumplimiento de la pena, se tendrá como un día de privación de libertad por un día trabajado, siempre y cuando la persona condenada se haya incorporado a alguna de las áreas artesanales, industriales, agropecuarias, de servicios, educativas entre otras, este

inciso es contradictorio con lo que expresa el artículo 17 de la misma ley, ya que en el inciso anterior reconoce el trabajo, los servicios y los estudios que se hayan realizado.

Por otro lado expresa que para los efectos de la extinción de pena únicamente se tomará en cuenta el tiempo laborado y en ningún caso se podrá sumar un derecho con un beneficio, o un beneficio con un derecho, es decir que no se puede sumar estudio más trabajo, aun cuando en el art. 16 primer párrafo de la ley 745 reconoce ambos (trabajo y estudio). Esta contradicción o roce de normas nos deja en indefensión, ya que por un lado la ley prevee que la suma de un derecho y un beneficio conlleva a la liberación inmediata del delincuente y por otro lado contradice lo preceptuado por la misma ley al establecer que no se podrá sumar un derecho como beneficio o un beneficio como un derecho (art. 16 y 17 ley 745).

La libertad condicional se concede en los delitos graves y menos graves siempre que se hayan cumplido las dos terceras parte de efectiva prisión y las tres cuartas partes de la pena en los delitos de: terrorismo, secuestro extorsivo, tráfico y extracción de órganos, entre otros delitos, exceptuando de ello el delito tipificado de tenencia, lavado de dinero, tráfico ilícito de armas, entre otros delitos regulados por el código penal.

Pero no especifica si a estos últimos delitos se les aplicara las dos terceras partes, o bien si se exceptúan de las tres cuartas partes que expresa dicho párrafo para optar a la libertad condicional, o si quedan fuera de los alcances de dicho beneficio (art. 16 inc b, ley 745).

Para el incidente de suspensión de ejecución de pena, la ley señala que el juez podrá resolver sobre la suspensión condicional de la pena, en los supuestos establecidos en el art. 87 del código penal, también expresa en el último párrafo, que este incidente procederá solamente en los delitos graves y en las faltas penales, considerando como delitos menos graves aquellos cuyo límites máximo a imponer es hasta cinco años de prisión.

Cabe señalar que en el art. 88 CP, establece como condición para optar a este incidente de ejecución, que la pena impuesta o la suma de las impuestas no sea superior a los cinco años de prisión, esto permite la posibilidad de optar a dicho incidente, aun en aquellos casos en que se traten de delitos que por su naturaleza son considerados como graves, siempre y cuando la pena impuesta no excedan los cinco años de prisión.

Este precepto es contradictorio con lo expuesto por la presente ley, al determinar que dicho beneficio solo procederá en los delitos menos graves y en las faltas penales, por lo que su aplicación deja en duda lo establecido por el código penal.

Es importante destacar que la ley 745 no deroga este precepto del código penal de forma expresa, sino que ha de asumirse la derogación tácita, así mismo la ley señala en el art. 75 in fine, que quedan derogadas todas las disposiciones que se le opongan.

De aquí surge la odiosa interpretación de aplicar lo dispuesto por el art. 16 y no lo expuesto por el código penal, además se deja a un lado el principio de in dubio pro reo, ya que al existir duda sobre la aplicación de una ley u otra, se entenderá que la ley aplicable será la más favorable (principio de retroactividad), es decir el código penal y no la ley 745.

La ley 745 señala en su artículo 19 que los incidentes de revisión para la aplicación de retroactividad de la ley, serán resueltos por los Tribunales de Apelación en cuanto a la modificación de la pena y cuando se trate de las causas por los delitos graves será la sala de lo penal de la Corte Suprema de Justicia quien resolverá sobre ello, no obstante para los efectos de la retroactividad de la ley se determinarán mediante la revisión de la sentencia, atendiendo a lo establecido por el art. 337 inc. 6 y 7 CPP.

Es importante señalar que la ley 745 regula el incidente de unificación de pena, que dará lugar cuando se hayan dictado varias sentencias de condena contra una misma persona o se deba juzgar por otra causa, siempre que estas no excedan el límite constitucional que serán los treinta años, la unificación de la sentencia deberá efectuarse por el último juez que impuso la última de ellas y deberá informarse al juez de ejecución, este precepto está fundamentado por el art. 408 CPP y en el art. 36 de la ley 745.

También regula el incidente de adecuación de las penas impuestas en el territorio Nacional así también como las impuestas en el extranjero y deberá atenderse al límite máximo constitucional de los treinta años (art. 37 y 38 de la ley 745).

Establece las distintas formas de extinguir la acción penal entre ellas se encuentra la otorgada por concesión de la Asamblea Nacional (numeral 6, inc. c), el indulto y la amnistía, entre otras circunstancias, anteriormente abordamos que el indulto y la amnistía son considerados como formas de extinción de la acción penal, por lo que decimos que si el tipo penal desaparece y la conducta que era tipificada como delito queda derogada, el delito y la pena pasan a ser inexistentes, es por ello que el estado otorga por medio de la Asamblea Nacional los indultos y amnistías (art. 41 de la ley 745).

La ley 745 también regula la conmutación de la pena de días multa. Establece que cuando no se haya satisfecho la sanción de días multa, se conmutara la misma por trabajo en beneficio de la comunidad, este precepto se encuentra fundamentado por el artículo 65 del código penal, esta es una forma de cumplimiento de la sanción, para ello el condenado deberá de aceptar la conmutación y quedara sujeto a dos horas de trabajo en beneficio de la comunidad por un día multa no satisfecho, si el condenado incumple o no acepta la conmutación, se impondrá la pena de privativa de libertad a razón de un día de prisión por cada ocho horas de trabajo en beneficio de la comunidad incumplidas (art. 47 y 48 de la ley 745).



Es menester destacar que esta ley regula que toda persona que esta privada de su libertad tiene derecho a la salud y revisión médica y obliga al Estado a través de las autoridades competentes y especializadas a dar asistencia necesaria a la población, sin embargo a pesar de lo dispuesto en este precepto su aplicabilidad es casi obsoleta, ya que mediante entrevista realizada a los privados de libertad expresaron que carecen de atención médica y que las condiciones para ser trasladado a un centro asistencial son criticas aun tratándose de enfermedades graves, esto sucede dado al descuido por parte de la autoridad penitenciaria y personal especializado que se encargan de la atención del reo, aunque la constitución política y la ley prevean todo lo necesario para evitar que exista vulnerabilidad al derecho de la salud para los privado de libertad, lo cierto es que existe violación a este derecho (art. 52 de la ley 745).

#### 4.3.2. Violación al principio de retroactividad

La retroactividad de la ley penal es permitida, cuando la nueva ley contiene disposiciones que son favorables para el reo, a tal efecto que la ley podrá ser aplicada retroactivamente a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia, esto es considerado como un principio y garantía para las personas que está siendo procesadas o que se encuentran cumpliendo condena.

El objetivo es mejorar la situación jurídica del sujeto que fue perjudicado por la ley anterior. No obstante el legislador prevee que la ley vigente recaiga en situaciones de injusticia, que agrave o pretenda castigar conductas que antes no se consideraban como ilícitas por la ley previa. Para evitar esta situación se adopto como principio general la irretroactividad de las normas, pero con excepción de aquellas que favorezca al reo.

De esta forma podemos afirmar que el Estado al publicar la nueva ley más benevolente reconoce que la ley anterior ha dejado de ser justa y por ello es

necesario la nueva ley corrija los mandatos que son violatorios para los ciudadanos, para ello la constitución política y las leyes penales han ordenado la irretroactividad de las leyes cuando estas perjudiquen y su aplicación cuando esta favorezcan.

Pero ya hemos estudiado todo lo referente a la retroactividad, cuando cabe y cuando no puede aplicarse (irretroactividad). Debemos recordar que la retroactividad surge cuando la ley disminuye la gravedad de la pena o se despenalice una conducta, o cuando se aplica la ley derogada pero que se encontraba vigente al momento de su comisión.

Pero el conflicto se presenta cuando la aplicación de una ley agrava la situación jurídica del sujeto, entonces, ¿qué sentido tiene la retroactividad de la norma? ¿Podrá aplicarse una ley que agrava la situación jurídica del sujeto? Nuestro sistema jurídico evoluciona constantemente y como es de denotar las leyes van cambiando de forma positiva, creando y sancionando conductas que se consideran repudiables, así también la despenalización de conductas cuya naturaleza no suelen ser importantes para el derecho así como el adulterio, entre otras, o bien que la tipificación de esta fueran degradantes para las personas.

Cuando una ley es gravosa no puede ser aplicada retroactivamente y desaparece la figura de la retroactividad, es por ello que hablamos de la violación al principio de retroactividad con la aplicación de la ley No. 745 "ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal". Esta ley establece el procedimiento para la tramitación y resolución de los incidentes de ejecución y los beneficios, que en su gran mayoría son contrarios a lo que establece el código penal y como resultado la ley no puede aplicarse retroactivamente a hechos anteriores a su entrada en vigencia.

La ley regula que tendrá efecto retroactivo cuando favorezca al reo (art. 73 de la ley 745) la tramitación de los beneficios e incidentes de ejecución que la presente ley otorga en su mayoría son de carácter gravoso y contrarios a lo que establece el código penal, por tanto una ley que agrava la situación jurídica del sujeto no

puede aplicarse retroactivamente, ya que para que esto sea posible la ley tiene que ser más benigna o favorable, de lo contrario aplicar esta ley de forma retroactiva constituiría una violación a este principio .

El sector más vulnerable en esta ley es en la tramitación de los beneficios, reconociendo la figura de la extinción de pena, la libertad condicional y la suspensión de ejecución de pena (art. 16 ley 745), mismas que son reguladas por el código penal vigente, la Ley No. 641 es aquí en donde se demuestra las violaciones al código penal y las circunstancias que agravan la situación jurídica del reo, por tanto esta ley no puede proceder de forma retroactiva para la aplicación de beneficios o incidentes de ejecución.

El código penal permite que se otorgue el incidente de suspensión de pena bajo ciertas condiciones, entre ellas, que la pena impuesta o la suma de las impuestas en una misma sentencia no sea superior a los cinco años de prisión, contrario a lo que establece la ley, que determina que este incidente procederá solamente en los delitos menos graves y en las faltas penales, cuyo límite máximo a imponer es hasta de cinco años y como es de denotar el código penal no hace esta distinción y permite que este beneficio pueda ser aplicado en cualquier tipo de delito, con la condición de que la pena impuesta no excedan de los cinco años de prisión (art. 88 CP).

Por lo tanto la ley al hacer esta separación perjudica a los condenados por delitos graves, cuya pena impuesta no exceden de los cinco años que el código penal establecía por ello decimos que esta situación agrava la condición jurídica del sujeto, ya que los condenados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, no deberían desolicitar la retroactividad de ésta puesto que el otorgamiento de este beneficio solo dará lugar en delitos menos graves y en las faltas penales, a su vez habrá que suponer que de acuerdo a la ley, que la comisión de delitos graves cuya pena no excedan de los cinco años, estarán sujetas al beneficio de libertad condicional.

Para optar a la libertad condicional, el código regula (art. 96 CP vigente) que dará lugar cuando excedan los cinco años de prisión, siempre y cuando hayan cumplido las dos terceras partes de la condena, por su lado la ley establece que este beneficio dará lugar en los delitos graves y menos graves, el código no alude a estos delitos.

De igual manera la ley excede el cumplimiento de la pena a las tres cuartas partes de efectiva prisión en los delitos de: terrorismo, secuestro extorsivo, tráfico, entre otros delitos, exceptuando los delitos tipificados de tenencia en el código penal, lavado de dinero, bienes o activos, robo agravado, entre otros, pero no determina si a estos delitos se les aplicará las tres cuartas partes de la pena de efectiva prisión; el código penal establece únicamente las dos terceras partes para los delitos que excedan de los cinco años de prisión, como es de denotar esta situación contradice lo estipulado por la ley y por tanto agrava la condición legal del sujeto.

La ley 745 regula que la suspensión de ejecución de pena y la libertad condicional se otorguen en los delitos menos graves, esta situación plantea inconsistencia y confusión, ya que la misma ley determina que son delitos menos graves aquellos cuyo límite máximo a imponer es hasta cinco años de prisión, por su lado el código penal regula que las penas menos graves serán las de prisión e inhabilitación especial de seis meses hasta cinco años (art. 49 inc b CP vigente).

Por lo que el beneficio de libertad condicional no puede aplicarse en delitos menos graves, para ello el mismo código establece que la libertad condicional dará lugar en los delitos que excedan de los cinco años de prisión.

Para el sujeto que recae bajo la vigencia de esta ley y es condenado a cinco años de prisión, el derecho de optar a un beneficio es poco probable, el juez puede extender el tiempo para optar a la aplicación del beneficio y resolver que la libertad condicional es aplicable en los delitos menos graves, negando de algún modo el incidente de suspensión de pena, frente a esta situación la solución sería, aplicar el principio de *in dubio pro reo* y en base a ello otorgar la suspensión de la pena. Esto no sería necesario, si se aplicara lo dispuesto por el código penal, cuya regulación es menos gravosa y determinante en cuanto a la aplicación de los beneficios.

Es importante señalar que la ley prohíbe el otorgamiento de los beneficios, cuando se trate de delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes, este precepto impide el derecho de optar a la suspensión de la pena en los delitos cuya sanción no exceden los cinco años de prisión, ejemplo de ello es el art. 170 del código penal, el cual regula el delito de estupro y lo sanciona con pena de dos a cuatro años de prisión, para los sancionados por este delito de conformidad con el código penal tienen derecho a optar a dicho beneficio, sin embargo después de la entrada en vigencia de la ley los jueces ejecutores comenzaron a aplicarla no solo a los hechos cometidos durante su vigencia sino también de forma retroactiva, fundamentando su actuar de conformidad con la ley y no con el código penal, negando de esta forma el derecho de optar al beneficio de suspensión de pena.

Cuando se trata de la extinción de pena, la ley reconoce el trabajo realizado en el centro penal, esto es considerado como un derecho que servirá de abono para el cumplimiento de la condena, no obstante la ley prohíbe que se sume un derecho con un beneficio y viceversa, es decir que los reos que se dedican al trabajo penal y a las actividades educativas, entre otras, se les tomará en cuenta únicamente el tiempo laborado para el cumplimiento de la sanción, sin posibilidad de que se les reconozca el estudio realizado.

**4.4. Diferencias y análisis comparativo de los incidentes de Ejecución: Suspensión de pena, libertad Condicional y extinción de pena, de conformidad con la ley penal 1974, ley No 641, ley No 566 y la ley 745 "Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal"**

Incidentes de ejecución y beneficios	Ley de Código Penal, 1974	Ley No. 641 Código Penal	Ley No. 566 Código Penal Militar	Ley No. 745 Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal
<b>Suspensión de ejecución de Pena</b>	-Periodo de prueba de 2 a 5 años.	-Periodo de prueba de 2 a 5 años	-No impone periodo de prueba.	De conformidad con el código penal, periodo de prueba igual.
	-Que la pena no excedan de los 3 años.	-Que la pena no sea superior a los 5 años.	-Pena impuesta de 6 meses a 1 año.	- límite máximo de la pena hasta 5 años.
	-Sin antecedentes.	-Sin antecedentes	-Sin Antecedentes	-Procede en las faltas penales y delitos menos graves.
	-Buen comportamiento.		-Buen comportamiento	
		-Haber garantizado responsabilidades civiles	-Haber garantizado responsabilidades civiles	-No cabe en el delito sexual cometido contra niños, niñas y adolescentes.
	-Que la Pena de prisión sea mayor a los 5 años y la pena de presidio por más de 9 años	-Que la Pena excedan a los 5 años de prisión	-Que la pena impuesta sea mayor a un año de prisión	

<b>Libertad condicional</b>	-Haber cumplido las dos terceras partes de la pena de prisión.	-Haber cumplido las dos terceras partes de la condena.	-Haber cumplido la mitad de la pena impuesta.	- Haber cumplido las dos terceras partes de la condena, cabe en los delitos graves y menos graves
	-Haber cumplido las tres cuartas partes de la pena, la pena de presidio.		-Haber cumplido la tercera parte de la condena impuesta para los que no hubieren cumplido la mayoría de edad	-Haber cumplido las tres cuartas partes de efectiva prisión en los delitos de: terrorismo, tráfico, entre otros delitos
	-Buena conducta	-Buena conducta y que exista un pronóstico individualizado.	-Buena conducta	-Se exceptúan los delitos tipificados de tenencia en el código penal, lavado de dinero, robo agravado, entre otros
	-Antecedentes de todo orden.			
	-Periodo de prueba por el tiempo que faltare para el cumplimiento de la condena.	-Periodo de prueba por el tiempo que faltare para el cumplimiento de la condena.	-Periodo de prueba por el tiempo que faltare para el cumplimiento de la condena.	
	-Se toma en cuenta el tiempo laborado	-Se toma en cuenta el tiempo laborado		
	-No cabe al condenado por más de dos delitos o al reincidente.		-Que haya garantizado las obligaciones civiles.	-No cabe en el delito sexual cometido contra niños, niñas y adolescentes.

<b>Extinción de pena</b>	-Se toma en cuenta el tiempo laborado.	-Se toma en cuenta el tiempo laborado.	-Este código no regulaba el beneficio de extinción de pena.	Se toma en cuenta el tiempo laborado
--------------------------	--	--	---	--------------------------------------

Fuente: Elaboración propia.

#### **4.5. Análisis de casos prácticos**

*Extinción de pena, aplicación retroactiva de la ley No. 745 Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal.*

Se impone la pena de tres años de prisión por el delito de robo con intimidación y la pena de cinco años de prisión por el delito de tráfico interno de estupefacientes por medio de sentencia condenatoria, las cuales fueron emitidas en el año dos mil siete, bajo la vigencia del código penal de 1974, se procede a realizar la unificación de las penas de conformidad con los artículo 28 y 408 del CPP. penas que unificadas suman los ocho años de prisión.

La resolución se emitió el día veintisiete de noviembre del año dos mil doce. La extinción de pena procedió a otorgarse de oficio por la autoridad judicial, no se hizo necesaria la intervención por parte de la defensa técnica ni del fiscal.

El fundamento en que se basa la autoridad judicial para actuar de oficio es conforme al art. 410 párrafo segundo CPP, el cual establece: “El cómputo será siempre reformable, aun de oficio, si se comprueba un error, o cuando nuevas circunstancias se tornen necesario”.

La autoridad judicial declara la extinción de la pena impuesta por los delitos de robo con intimidación y tráfico interno de estupefacientes, se otorga el beneficio de extinción de pena al condenado de conformidad con la ley No. 745 ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal, art. 6,16 inc. a, 17, 41 inc. 2. Se confirma el cómputo de cumplimiento de la sanción impuesta por el tiempo de efectiva prisión más el abono por trabajo realizado en el sistema penitenciario de conformidad con el art. 88 del código penal de 1974.



En éste caso se aplica retroactivamente la ley No. 745 Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal otorgándose el beneficio de extinción de pena, a pesar de encontrarse vigente el código penal.

*Suspensión de pena, aplicación retroactiva de la ley No. 745 Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal.*

En fecha veintiuno de septiembre del año dos mil seis se dictó sentencia condenatoria por el delito de tráfico interno de estupefacientes, en la modalidad de comercialización y se impone la pena de 5 años de presidio, de conformidad con el código penal de 1974, la pena se extinguía provisionalmente el día siete de abril del año dos mil once según sentencia.

Sin embargo el tiempo para el cumplimiento de la condena comenzó a contar a partir del año dos mil once fecha en que el condenado ingresa al sistema penal para hacer efectiva el cumplimiento de la pena, en este mismo año la defensa solicitó el beneficio de suspensión de pena de conformidad con la ley No. 641 código penal vigente y se fundamento en base al artículo 87, 88 y 89 del mismo.

No obstante la autoridad judicial resuelve no tramitar lo solicitado de conformidad a lo establecido en el art. 16 inc c in fine, de la ley No. 745 Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal, por establecer que la suspensión de ejecución de sentencia, procederá únicamente para los delitos menos graves cuyo límite máximo de pena a imponer conforme a la ley es hasta cinco años de prisión.

Se aplica retroactivamente la ley 745 por encontrarse vigente durante el cumplimiento de condena, sin embargo la situación legal del sujeto permanece bajo la pena impuesta de cinco años de presidio, según lo reflejado en la hoja de evaluación de conducta, por haber recaído bajo la vigencia del código penal de 1974 según la sentencia condenatoria emitida en el año dos mil seis.

En tal caso no se puede aplicar el código penal vigente por tratarse de la pena impuesta como lo es la de presidio, la ley No. 641 no regula este tipo de pena, por lo tanto este código podría aplicarse si se tratara de pena de prisión y no de presidio.

No obstante el código penal vigente establece que los delitos y las faltas cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de este código se juzgaran conforme al código penal de 1974 (art. 568 inc. 1), considerando que en el presente caso el hecho cometido sucedió en el año dos mil seis, en donde se juzgo y se condenó al sujeto bajo el imperio del pasado código penal de 1974.

Así mismo el código penal establece que la ley tenga efecto retroactivo después de su entrada en vigencia, cuando favorezcan al acusado o sentenciado (art. 568 inc. 2 C.P vigente) y permite que los jueces puedan proceder de oficio o a instancia de la parte, la rectificación de las sentencias que se hayan dictado antes de la entrada en vigencia del código, aplicando las disposiciones más favorables, para ello deberán considerarse los elementos atípicos y la pena que corresponderían al hecho.

Es decir que en el presente caso, la sentencia emitida bajo la vigencia del código penal de 1974 (código derogado) podrá modificarse y ajustarse a las disposiciones del nuevo código penal ley No. 641 de forma retroactiva, por ser esta la más favorable para el reo y en vista de que la pena impuesta fue la de presidio podrá proceder la modificación de esta pena por la de prisión; así mismo podrá solicitarse el beneficio de suspensión de pena de conformidad con el código penal vigente.

Sin embargo la autoridad judicial aplica retroactivamente la ley 745 y resuelve no tramitar el incidente de suspensión de pena de conformidad con el artículo 16 inc. C in fine de la ley 745 Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal, en donde establece que este incidente procederá únicamente en los delitos menos graves.

#### **4.6. Jurisprudencia**

Sentencia No. 1. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Managua siete de enero del año dos mil ocho. Las nueve de la mañana. Aplicación del Principio de in dubio pro reo.

Se interpone recurso de casación por quebrantamiento de las normas procesales y violación al principio de in dubio pro reo, por haberse dictado sentencia condenatoria por el delito de Tráfico Interno de Estupefacientes, Psicotrópicos y Otras Sustancias Controladas en la modalidad de comercialización, según el fallo que condena a la acusada por ser coautora del delito, se interpone dicho recurso de conformidad con los artículos 387 y 388 CPP.

El fallo vulnera el principio de inocencia, garantizado constitucionalmente y recogido en el artículo 2 del CPP, el cual expresa que cuando exista duda razonable sobre la culpabilidad del acusado, al dictarse sentencia o veredicto, procederá su absolución, es decir que el juez deberá valorar las pruebas antes de dictar sentencia condenatoria, sin embargo el juez procede a la absolución de una de una de las coautoras del hecho en virtud del principio in dubio pro reo porque no se pudo probar el hecho sobre el cual se acusaba.

No obstante, el juez declaró culpable a otra de las implicadas por la misma causa y el mismo hecho no probado que consistían en la posesión y comercialización de la sustancia, si el hecho de la posesión de la droga no quedó probada no puede declararse culpable a la acusada por ser coautora de un hecho no probado.

Así mismo, se omitió lo dispuesto por nuestro código procesal penal al observarse que en el proceso de investigación y allanamiento no se cumple con los trámites que la ley manda específicamente los artículos 217 y 220 CPP, por no cumplir con la hora que la ley manda, no obstante la construcción de culpabilidad de la acusada se fundamentó en la expresión de un infante el cual no puede ser ni

sujeto ni objeto de juzgamiento ni sometidos a procedimiento judicial alguno según el artículo 35 de la constitución política.

El juez estimo que la prueba era contradictoria y que efectivamente se quebrantaron las normas procesales tanto en la forma y en el fondo por no haber demostrado la posesión, la comercialización de la sustancia, la participación y responsabilidad de las acusadas, es por ello que se constituye el principio de in dubio pro reo, por lo que la autoridad absuelve a una de las acusadas, sin embargo a pesar de la duda razonable el juez condenó a una de las acusadas vulnerando el principio in dubio pro reo y la presunción de inocencia regulados en el artículo 2 CPP.

Por lo tanto, se declara con lugar el recurso de casación y se absuelve a la acusada por el delito de Tráfico Interno de Estupefacientes, Psicotrópicos y Otras Sustancias Controladas y se ordena la libertad inmediata.

La sentencia No. 24. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, ocho y cuarenta y cinco de la mañana del tres de agosto del año dos mil uno. Aplicación retroactiva de la ley penal cuando favorezca al reo.

El recurrente se queja de que existe aplicación retroactiva de la ley penal, aplicación que viola de manera flagrante lo estatuido por los artículo 38 Cn y 14 CP, la ley penal inicia con la promulgación y publicación y termina con la derogación, existe a su vez lo que se conoce como sucesión de leyes penales cuando el hecho se regula por una nueva ley que describe un tipo legal antes no definido o cuando deja de considerar una conducta como delictiva.

La ley solo puede disponer para el futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo, la retroactividad significa aplicar la norma a supuesto anteriores a ella, el principio general que rige y que tiene garantía constitucional es el de irretroactividad de la norma el cual encuentra su fundamento con el principio de legalidad, por lo que los ciudadanos no pueden ser sorprendidos a posteriori con una prohibición desconocida.

Por tanto, se reconoce que el principio que rige es el de irretroactividad, no obstante se aplicará la retroactividad de la ley cuando favorezca al reo (Lagos, 2008)

## CONCLUSIONES

La retroactividad de la ley más favorable es permitida por nuestra constitución política y debe ser considerada como un derecho y una garantía fundamental para los privados de libertad.

La ley 745 Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal no puede aplicarse retroactivamente las disposiciones agravantes que vulneran la situación jurídica de los reos, por ser contraria a lo que nuestra constitución política manda, sin embargo en la práctica judicial se aplica retroactivamente.

No obstante, el código penal la ley No. 641 vigente se contrapone a lo dispuesto por la Ley 745 Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal, especialmente en la tramitación de los beneficios e incidentes de ejecución (libertad condicional, suspensión de pena y extinción de la condena), el código penal establece disposiciones benevolentes para el otorgamiento de los beneficios. Sin embargo, los jueces ejecutores aplican retroactivamente la ley 745 por ser la ley más reciente en cuanto a su vigencia y no por ser la más benigna,dejando sin efectos lo regulado por el código penal la ley 641 a pesar de ser ésta la más benevolente.

No se puede ignora que ambas leyes están dotadas de vigencia y esto puede repercutir en confusión en cuanto a la ley aplicable, por lo que deberá resolverse según el principio pro reo (a favor del reo) es decir considerando la ley más favorable para él condenado que será sin duda lo dispuesto por el código penal.

Se puede asumir que lo que el legislador pretendió con la creación de la ley 745 fue subsanar los posibles errores cometidos en el código penal la ley 641 por considerar que éste código es condescendiente en cuanto al otorgamiento de los beneficios. Sin embargo, la ley 745 contiene disposiciones agravantes que vulneran la situación jurídica de los reos y para solucionar el problema de aplicación de ambas leyes tendrá que considerarse algunas alternativas tales como: la aplicación retroactiva del código penal (ley No. 641), por ser la más

beneficiosa para el reo, declararse la inconstitucionalidad del artículo 16 de la ley 745 por violentar el artículo 38 de la Constitución Política específicamente el principio de retroactividad de la ley, o bien podría idearse una posible reforma al artículo 16 de la ley 745, con el fin de mejorar la tramitación de los beneficios e incidentes de ejecución evitando recaer en situaciones reprochables de una ley condescendiente y otra que perjudica.

## RECOMENDACIONES

Para que la ley más favorable tenga efectos retroactivos, se recomienda subsanar los errores cometidos en la ley No. 745 “ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal” para ello es necesario lo siguiente:

Declarar la inconstitucionalidad del artículo 16 de la ley 745 por contener disposiciones agravantes que vulneran la situación jurídica de los reos y por ser contraria a la constitución política.

Que se aplique retroactivamente el código penal vigente la ley 641 cuando beneficie al reo.

Elaborar un proyecto de ley en el que se permita la tramitación del beneficio de suspensión de pena en aquellos casos en donde la condena no excedan de los cinco años de prisión ya sea en delitos graves o menos graves, excluyendo el límite máximo del delito.

Que la libertad condicional proceda en los delitos cuya pena excedan de los cinco años de prisión y haber cumplido las dos terceras partes de la condena, para ello se tomará en cuenta el tiempo laborado el cual comenzara abonarse a partir del sexto año de efectiva prisión para los delitos cuya pena impuesta sea mayor a los quince años.



## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Amuchategui Requena, G. (2000). Derecho Penal, colección de textos jurídicos universitarios. (2<sup>a</sup>.ed.). México: Oxford university press.
- Asamblea Nacional. *Constitución política de la república de Nicaragua*. (Publicada en la Gaceta No. 176 en fecha 16 de septiembre 2010).
- Bacigalupo, E. (1990). *Principios de derecho penal, parte general*. (2<sup>a</sup>.ed.). Madrid: akal iure S.A.
- Bacigalupo, E. (2009). *Teoría y práctica del derecho penal*. (T.I.). Madrid: Marcial Pons.
- Bustos Ramírez, J. (1984). *Manual de derecho penal español, parte general*. (1<sup>a</sup>. ed.). Barcelona: Ariel S.A.
- Cabanellas de Torres, G. (2008). *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. (T. VII). Heliasta.
- Cobo M. & Vives T.S. (1987). *Derecho penal, parte general*. (2<sup>a</sup>.ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cuarezma S. & Houed, M. (2000). *Derecho Penal, criminología y derecho procesal penal*. (1<sup>a</sup>.ed.). Managua: Hispamer UCA.
- Cuello Calón, E. (1980). *Derecho Penal, parte general*. (Vol.1, T.1). Barcelona: Bosch.
- Cury Úrzua, E. (1992). *Derecho penal, parte general*. (2<sup>a</sup>.ed.). Chile: Editorial Jurídica.
- Decreto 297; Ley de Código Penal. (Publicado en la Gaceta No. 96 del 03 de mayo 1974).
- Escobar Fornos, I. (2003). *Los Derechos Humanos y su defensa*. (1<sup>a</sup>.ed.). Managua: Hispamer.
- García Palacios, O. (2006). *Derecho Constitucional I*, facultad de ciencias jurídicas. Managua: UCA.
- Hassemer, W. (1984). *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch.

- Jescheck, H. (1981). *Tratado de derecho penal, parte general*. Barcelona: Bosch.
- Jiménez de Asúa, L. (2005). *Colección de curso jurídico temáticos hispanoamericano, introducción al derecho penal*. México: Iure Editores.
- Jiménez de Asúa, L. (1999). *Lecciones de derecho penal, biblioteca clásicos del derecho*. (Vol. 7). México: Oxford.
- Lagos G, P. (2008). *Diccionario jurisprudencial con índice de sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia 2000-200*. Managua: Nica-ediciones.
- Ley No. 260; *Ley Orgánica del Poder Judicial*. (Publicada en la Gaceta No. 137 en fecha 23 Julio 1998)
- Ley No. 406; *Código procesal penal de la república de Nicaragua*. (Publicada en las gacetas No. 243 y 244 en fecha 21 y 24 de diciembre 2001).
- Ley No. 566; *Código Penal Militar*. (Publicada en la Gaceta No. 04 del 05 de enero 2006).
- Ley No. 641; *Código penal de la república de Nicaragua*. (Publicado en la Gaceta No. 232 en fecha 03 de diciembre 2007).
- Ley No. 617; *Código de procedimiento militar de la república de Nicaragua* (publicada en la Gaceta No. 164 y 165 del 28 y 29 de agosto 2007).
- Ley No. 745; *Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal*. (Publicada en la Gaceta No. 16 del 26 de enero 2011).
- Luzón Peña, D. (1987). *Curso de derecho penal, parte general I*. (Vol. 1). Nicaragua: Hispamer.
- Mezger, E. (2004). *Derecho penal, parte general*. (T.1). Argentina: Valletta.
- Muñoz F. & García M. (1998). *Derecho Penal, parte general*. (3ª.ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sentencia No. 1. *Corte Suprema de Justicia, Sala de lo penal*. Managua, 7 de Enero del año dos mil ocho.
- Vásquez Mejía, K. (2009). *Derecho penal, parte general, coordinación de educación a distancia, facultad de ciencias jurídicas*. Managua: UCA.

Westlaw. (1996, Mayo). *Código Penal, incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores*, circular 2/1996, 22 de mayo-RCL\1997\1367.

Recuperado

el 10 Julio 2013, de <http://www.westlaw.es/wles/app/nwles/search/result?tid=universal>.

## **ANEXOS**

Sentencia No. 1. Aplicación del Principio de in dubio pro reo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL. Managua, siete de Enero del año dos mil ocho. Las nueve de la mañana.

### **VISTOS RESULTA:**

Mediante escrito de acusación presentado el cuatro de diciembre del año dos mil cuatro, en el Juzgado Sexto de Distrito Penal de Audiencia de Managua, la Fiscal Auxiliar Lic. Suhey Funez Narváez, solicitó apertura de juicio contra las imputadas Erica del Carmen Sequeira Calero, de veinte años de edad, Socorro Aráica Calero y/o Yadira del Socorro Rodríguez Calero de treinta años de edad, ambas con domicilio del Centro de Salud dos cuadras arriba, Barrio El Rigüero, Managua, por ser coautoras del delito de Tráfico Interno de Estupefacientes, Psicotrópicos y Otras Sustancias Controladas en perjuicio de la Salud Pública en Nicaragua. Habiendo resultado culpable sólo la acusada Erica del Carmen Sequeira, por el delito de Tráfico de 3.4 gramos de cocaína base crack, se le impuso la pena de cinco años de presidio, más una multa de un millón de córdobas, mediante sentencia del Juzgado Sexto de Distrito Penal de Juicio de Managua, dictada a las ocho de la mañana del veintinueve de Marzo del año dos mil cinco. Contra dicha resolución apeló el Lic. Ramón Amadeo Flores López, defensor de Erica del Carmen Sequeira Calero y por admitido el recurso se mando a oír al Ministerio Público como parte recurrida y los autos fueron remitidos a la Sala Penal Dos del Tribunal de Apelaciones Circunscripción Managua, donde se dictó la sentencia de las once y cinco minutos de la mañana del veintisiete de febrero del año dos mil seis, confirmando la de primera instancia. Contra la anterior resolución el defensor, Lic. Ramón Amadeo Flores López, interpuso recurso de casación en la forma y en el fondo contra la referida sentencia, fundado en los Artos. 387 y 388 CPP y una vez recibidos los autos en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se tuvieron por radicados con la intervención del Lic. Ramón Amadeo Flores como defensor de la acusada y del Lic. Lenín Rafael Castellón Silva en su calidad de

representante del Ministerio Público y cumplidos los trámites de ley, se está en el caso de resolver; y,

#### CONSIDERANDO:

Se invoca por el defensor Lic. Ramón Amadeo Flores López, como motivo del recurso interpuesto, el señalado en la causal 1ª del Arto. 387 CPP., ("Motivos de forma. El recurso de casación podrá interponerse con fundamento en los siguientes motivos por quebrantamiento de las formas esenciales: 1. Inobservancia de las normas procesales establecidas bajo pena de invalidez, inadmisibilidad o caducidad, si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento. No es necesario el reclamo previo de saneamiento cuando se trate de defectos absolutos o de los producidos después de clausurado el Juicio"), por cuanto con el fallo se vulnera el principio de inocencia, garantizado constitucionalmente y recogido en el Arto. 2 del CPP., que en su parte pertinente dice: "Cuando exista duda razonable sobre la culpabilidad del acusado, al dictarse sentencia o veredicto, procederá su absolucón". En tal sentido, el Juez para no vulnerar el principio de inocencia debe sólo valorar prueba de cargo indubitada para condenar; en cambio, el in dubio pro reo, o sea, en caso de duda a favor del reo se aplica únicamente en la sentencia cuando existan dudas acerca del hecho mismo. El fallo estima que se decretó judicialmente orden de allanamiento en el domicilio de la procesada Socorro Aráica Calero, que la Policía ingresó a la morada a las siete y cuarenta minutos de la noche, procediéndose al registro en busca de pruebas para demostrar el delito Tráfico Interno de Estupefacientes por parte de la acusada Socorro Aráica Calero; como resultado del registro se encontró cocaína en el domicilio allanado en posesión, de Socorro, manifestando la misma Socorro en presencia de los Policías que eso que andaba era de un hijo, a quien también se capturó; sobre este sujeto, de nombre Julio Aráica Calero, la Dirección de Investigaciones de Drogas tenía conocimiento de su actividad ilícita de expendio de drogas por parte de la ciudadanía, razón por la que se orientó a los policías Ángel Alfonso Ruiz Pérez y Luisa Emilia Obregón, un trabajo de allanamiento para verificar la denuncia; sin embargo, el hecho de la comercialización de la droga por parte de Julio Aráica no fue acusado ni fue de

prueba en el juicio; seguidamente, el fallo estimó que la posesión de la droga encontrada, por cuanto las pruebas vertidas en el juicio oral y público fueron contradictorias entre sí, no se podía acreditar a la acusada Socorro Aráica Calero, concluyendo el Juez que debía absolverla en virtud del principio in dubio pro reo. Para el juez no se pudo acreditar la posesión de la cocaína; pero, de este mismo hecho de poseer cocaína para su comercialización es del que se acusó también a Erica de ser coautora del mismo hecho; de lo que resulta, si el hecho de la posesión de la droga no quedó probada, no puede Erica ser coautora de un hecho no probado; pues, se les acusó a las dos del mismo hecho y por eso mismo de coautoras. Sin embargo, la también acusada Erica del Carmen Sequeira Calero, supuesta hija de la antes mencionada y absuelta, fue encontrada culpable, como sí de otro hecho independiente se tratara, por virtud de acreditarle la posesión de 3.4 gramos de cocaína, pero que tampoco tenía en su poder; pues, los 3.4 gramos de cocaína fueron encontrados en la mano empuñada de una niña que salía de la casa y que al abrirle la mano llevaba una bolsita plástica conteniendo dicha sustancia, manifestando la niña que otro niño se la había dado y al preguntarle al niño de quien era la sustancia, éste dijo era de Erica. Ahora bien, el acto de investigación o sea el allanamiento fue realizado después de las 07:40 p.m., en una hora no permitida o ilegal, Arto. 217 CPP., "la diligencia de allanamiento deberá practicarse entre las seis de la mañana y las seis de la tarde"; en consecuencia el allanamiento y los hallazgos en el registro no pueden estimarse como legalmente válidos; por otra parte, no se levantó acta con los detalles del registro como lo ordena el Arto. 220 CPP., que dice: Formalidades para el allanamiento. Una copia de la resolución judicial que autoriza el allanamiento y el secuestro será entregada a quien habite o posea el lugar donde se efectúe o, cuando esté ausente, a su encargado y a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad que se halle en el lugar. Se preferirá a los familiares del morador. La diligencia se practicará procurando afectar lo menos posible la intimidad de las personas. De la diligencia de allanamiento se levantará un acta, para hacer constar la observancia de las regulaciones legales. Cuando no se encuentre a nadie, ello se hará constar en el acta. Practicado el registro, en el acta se

consignará el resultado. “El acta será firmada por los concurrentes; no obstante, si alguien no la firma, así se hará constar”. En cambio, lo que aparece en el proceso (folio 42) es lo que se titula como denuncia de las 7 p. m., ante la Policía Nacional, de Ángel Alfonso Ruiz, policía que denuncia relatando hechos sucedidos posteriormente a la misma hora de la denuncia, como son los acaecidos después de las 7: 40 p.m., respecto al allanamiento, registro, incautación; y separadamente corren recibos de ocupación independientes de las circunstancias del registro; es decir, primero allanaron y después vino la denuncia; en este caso la legalidad de la investigación no fue garantizada por el Ministerio Público; también consta en el proceso que la orden de allanamiento en vez de entregarla al morador de la vivienda, contra quien iba dirigido el allanamiento, un miembro de la Policía se limitó a leerlo, vulnerando con lo antes dicho, es decir fuera de la hora y sin entregar la copia, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, que sólo puede allanarse de acuerdo a la ley, Arto. 26 Cn. Esencialmente se observa en el fallo, que la construcción de la culpabilidad de la acusada Erica del Carmen Sequeira se

fundamentó en la expresión de un niño como de siete años en el momento del allanamiento, que no puede ser objeto ni sujeto de proceso, ni sometido a procedimiento judicial alguno, Arto. 35 Cn., no obstante, interrogado por uno de los miembros de la Policía, respondió perjudicando a su supuesta madre procesada; habiendo el Juez estimado que la prueba era contradictoria en cuanto a la posesión de la droga y sin atribuir el fallo a la procesada evidencia o actividad encaminada a la comercialización de la droga; en consecuencia, falta la estimación de pruebas de cargo en el anterior sentido y ello constituye la violación del principio de inocencia y por otro lado, la duda sobre el hecho de la posesión de la cocaína por parte de las acusadas constituye el in dubio pro reo, principio del que hizo el Juez práctica aplicación en el fallo, donde quedó sentada la duda de la pertenencia de la droga y de la falta de comercialización por parte de las acusadas; tanto así, que absolvió a la acusada Socorro Aráica Calero; sin embargo a pesar de la duda no superada por el Juez se condenó a Erica del Carmen Aráica Romero, vulnerando el principio de inocencia, garantizado

constitucionalmente y recogido en el Arto. 2 del CPP., y como consecuencia de su vulneración y de la inobservancia de norma sustancial se debe declarar la absolución de la acusada y ordenar su libertad inmediata.

POR TANTO:

De conformidad con lo expuesto, disposiciones legales citadas y Artos. 386,387,388, 390, 397 y 398 CPP, los suscritos Magistrados de la Sala de lo Penal dela Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República deNicaragua, resuelven: I) Ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Lic. Ramón Amadeo Flores López, se casa la sentencia de la Sala Penal Número Dosdel Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Managua, dictada a las once y cinco minutos de la mañana del veintisiete de febrero del año dos mil seis; En consecuencia, se absuelve a la acusada Erica del Carmen Sequeira Calero del delito de Tráfico Interno de Estupefacientes, Psicotrópicos y Sustanciascontroladas y se ordena su libertad inmediata por este Supremo Tribunal. II) Cópiese, notifíquese, publíquese y con testimonio concertado vuelvan los autos al lugar de su origen. Esta sentencia esta escrita en dos hojas de papel bond con membrete de la Corte Suprema de Justicia y rubricadas por el Secretario de la Sala de lo Penal de este Supremo Tribunal. (F) A. CUADRA L. (F) NUBIA O. DEROBLETO (F) R. CHAVARRIA D. (F) RAFAEL SOL C. (F) ANTE MI: J. FLETES L. Srio.