

# LA RETROACTIVIDAD FAVORABLE EN DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

## THE FAVORABLE RETROACTIVITY IN ADMINISTRATIVE LAW PENALTIES

Víctor Sebastián Baca Oneto\*  
Universidad de Piura

*An issue that has always caused controversy, both in the theory and in the practice, is the application of the law over time, which becomes more complex in terms of its non-retroactivity or retroactivity.*

*In the present article, the author develops the retroactivity of the most favorable rule principle. First, the author describes the concept and fundamentals of retroactivity. Then, he reports its normative support and its delimitation. Finally, the author exposes the most discussed and controversial assumptions on its application and non-application, making parallels with its regulation in Spain.*

**KEY WORDS:** *Principle of Legality; favorable retroactivity; non-retroactivity; lex praevia; Administrative Law Penalties.*

*Un tema que siempre ha causado controversia, tanto en la teoría como en la práctica, es la aplicación de la norma jurídica en el tiempo, la cual se complejiza en cuanto a su irretroactividad o retroactividad.*

*En el presente artículo, el autor desarrolla el principio de la retroactividad de la norma más favorable. En primer lugar, describe el concepto y fundamentos de la retroactividad. A continuación, informa sobre su sustento normativo y su delimitación. Finalmente, expone los supuestos discutidos sobre su aplicación e inaplicación, haciendo un paralelismo con su regulación en España.*

**PALABRAS CLAVE:** *Principio de Legalidad; retroactividad favorable; irretroactividad; lex praevia; Derecho Administrativo Sancionador.*

\* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid. Profesor de Derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (UDEP). Director de la Maestría en Derecho Administrativo y Regulación de Mercado en la UDEP. Miembro de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOP). Abogado de la Oficina de Lima del Estudio Garrigues. Contacto: victor.baca@udep.pe.

## I. EL CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA RETROACTIVIDAD FAVORABLE

El principio de legalidad generalmente se enuncia a través de una frase, que no por ser repetida una y otra vez pierde actualidad, como gran límite a los abusos por parte del Estado: nadie puede ser sancionado por una conducta que al momento de realizarla no esté prevista como infracción en una norma con rango de ley.

De este sencillo pero profundo enunciado se desprenden cuatro consecuencias, que constituyen los cuatro corolarios del principio de legalidad: (i) la legalidad formal o reserva de ley, en virtud de la cual sólo por normas con rango de ley puede limitarse la libertad y propiedad de los ciudadanos, y establecer una conducta como infractora; (ii) la legalidad material o tipicidad, estrechamente vinculada con la prohibición de analogía *in malam partem* e interpretación extensiva en materia sancionadora, que exige una tipificación clara y precisa para poder imponer un castigo; (iii) la irretroactividad, según la cual sólo pueden castigarse como infractoras conductas que al momento de realizarse ya estuvieran previstas como infractoras; y, (iv) *non bis in idem*, en virtud del cual sólo cabe sancionar una vez la conducta infractora, lo que a su vez tiene reflejo en la vertiente procesal de este principio.

Como puede verse, a través de su tercer corolario —también conocido como exigencia de *lex praevia*— el principio de legalidad exige la irretroactividad de las normas sancionadoras. Así se ha venido enten-

diendo desde siempre, y el fundamento de esto se encuentra en la seguridad jurídica, e incluso en la dignidad de los infractores, que sólo pueden ser castigados por aquellas conductas que podían conocer que constituían una infracción, pues de otro modo no existiría conciencia de antijuridicidad y menos aún culpabilidad<sup>1</sup>.

Sin embargo, junto al principio de irretroactividad suele reconocerse también el principio de retroactividad favorable en materia sancionadora, en virtud del cual corresponde aplicar al momento de sancionar una conducta, no la norma que estuvo vigente cuando esta se cometió, sino la que hubiera sido más favorable entre ese momento y aquel en el cual se impone el castigo, o incluso después, si cambia durante su ejecución<sup>2</sup>.

De lo contrario, si al momento de sancionar se aplica la norma desfavorable ya derogada, podría darse el caso de que el mismo día se impongan dos sanciones diferentes por una conducta idéntica, en función del momento en que hubiera sido cometida. Por tanto, el principio de irretroactividad en materia sancionadora en realidad únicamente proscribe la retroactividad de las normas desfavorables, al tiempo que avalaría la retroactividad de las favorables.

El principio de retroactividad favorable en muchas ocasiones se presenta —incluso a nivel legislativo— casi como si fuera la otra cara de la moneda del primero, lo que no necesariamente es cierto<sup>3</sup>. Se trata, evidentemente, de un importante principio del Derecho sancionador, pero su fundamento no

<sup>1</sup> Como es sabido, la excepción a este principio fue planteada en los juicios de Núremberg, contra los acusados de crímenes de lesa humanidad durante la segunda guerra mundial, aunque en este caso la gravedad de las conductas realizadas impedía considerar que, más allá de lo que dijera la normativa interna en particular, estas pudieran ser lícitas. Sin embargo, más allá de este caso, la vigencia e incluso la expresa consagración constitucional de este principio es casi una constante, pues, en palabras del artículo 14 de la Constitución francesa de 1793, "*la loi qui punirait des délits commis avant qu'elle existât, serait une tyrannie; le effect rétroactif donné à la loi serait un crime*".

<sup>2</sup> Como puede apreciarse de la redacción de esta definición, se entienden incluidas dentro del ámbito de aplicación del principio de retroactividad las llamadas normas "intermedias", aquellas que hubieran estado vigentes en algún momento, entre el momento de comisión de la infracción y el momento de la imposición de la sanción. Sin embargo, en el caso de las llamadas normas temporales dicho principio no se aplica, porque éstas nacen para castigar todas las conductas infractoras que se cometan durante su vigencia, sin importar si son castigadas más adelante o no. En estas últimas no se justificaría la aplicación retroactiva, pues sigue manteniéndose la necesidad social de reestablecer la vigencia de las expectativas defraudadas en estos casos. GARCÍA CAVERO, Percy. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Lima: Grijley. 2006. p. 174.

<sup>3</sup> Al respecto, son claras las palabras de Francisco López Menudo, para quien "la retroactividad *in bonum* no es simplemente «la otra cara» de la irretroactividad *in peius*, sino una figura distinta, con una *ratio* diferente. En efecto, la irretroactividad *in malam partem* es una institución universal en el tiempo y en el espacio, una conquista de la especie humana que surge de la mera razón, basada en la justicia y en la seguridad jurídica; su hipotética ausencia en la [Constitución Española] no hubiera mermado su plena validez y vigencia. En cambio, la retroactividad *in bonam partem* es una institución distinta; no ha sido históricamente de orden constitucional, sino legislativo, y se fundamenta en consideraciones *humanitatis causa*, si bien algunos la basan en la justicia". LÓPEZ MENUDO, Francisco. "Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras". En: LOZANO CUTANDA, Blanca (Directora). "Diccionario de Sanciones administrativas". Madrid: Iustel. 2010. p. 727. Este carácter contingente de la retroactividad favorable ha sido defendido esencialmente en el Derecho italiano, donde buena parte de la doctrina y la jurisprudencia no contemplan su aplicación, más allá de que en tiempos más recientes se haya defendido su incorporación como exigencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sobre el tema, véase: PROVENZANO, Paolo. "La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative". En: Rivista Italiana di Diritto pubblico comunitario 5. 2012. pp. 877 y siguientes.

es —ni puede ser— el mismo del principio de irretroactividad, pues en realidad implica una sanción menor a la que correspondería aplicarle al infractor cuando realizó la conducta prohibida. En este sentido, el fundamento de este principio se ha buscado en otras figuras, como la proporcionalidad, la igualdad<sup>4</sup> o la piedad, anclándolo finalmente en la disminución del disvalor social de la conducta<sup>5</sup>, de modo que no tendría sentido seguir imponiendo el mismo castigo a una conducta que es percibida como menos grave que cuando se cometió<sup>6</sup>.

Es más, mientras que la aplicación del principio de irretroactividad en el ámbito administrativo sancionador se desprende directamente de la Constitución, pues el artículo 2.24 emplea el término “infracción punible” y no “delito” al reconocer el principio de *nulla poena sine lex praevia*<sup>7</sup>; la retroactividad favorable ha sido establecida en el artículo 103 de dicha norma de modo expreso sólo para el ámbito penal<sup>8</sup> (artículo 103 de la Constitución Política del Perú). En virtud de esta diferencia,

se ha sostenido que la aplicación de este último principio en el ámbito administrativo tendría únicamente un carácter legal y no constitucional.

Así, por ejemplo, el Tribunal Fiscal peruano ha negado su aplicación en el ámbito tributario, al establecer la primacía del Código Tributario, que tiene una regulación distinta<sup>9</sup>. Es más, se ha sostenido que la aplicación del principio de retroactividad favorable habría sido expresa y conscientemente excluida del texto constitucional, al eliminarse la referencia a la retroactividad en materia tributaria —más aún en temas administrativos sancionadores en general—<sup>10</sup>, por lo que se aplicaría únicamente en tanto tiene una base legal expresa.

En el caso español, la jurisprudencia reconoció la vigencia y origen constitucional de este principio, pese a no haber sido reconocido siquiera para el ámbito penal, a partir de una interpretación *a sensu contrario* del artículo 9.3 de la Constitución española, el cual prohíbe la aplicación retroactiva

<sup>4</sup> La igualdad como fundamento de la aplicación del principio de retroactividad favorable ha sido especialmente puesta de manifiesto por NIETO, Alejandro. “Derecho administrativo sancionador”. Tercera edición. Madrid: Tecnos. 2002. p. 239.

<sup>5</sup> Jesús-María Silva Sánchez justifica la aplicación de este principio en la prohibición del exceso, que entiende anclada en el texto constitucional. En este sentido, aplicar la sanción mayor sería excesivo, porque ya no cumple ninguna función de prevención, ni general ni especial. Por tanto, la pena ya impuesta deviene en innecesaria y, por tanto, en inadmisibles, mientras que no tendría sentido ya imponer la pena más grave cuando existe otra más leve. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación penal socioeconómica y retroactividad: el caso de las leyes en blanco”. En: Estudios penales y criminológicos 16. 1992-1993. p. 428. Por su parte, Percy García Caveró, al buscar un fundamento que explique la regulación positiva del principio de retroactividad favorable, pone de manifiesto las dificultades que encuentran quienes parten de una perspectiva preventivo-general del Derecho Penal para justificar su aplicación, más aun en el caso de las normas intermediadas, pues “queda claro que no es una razón derivada de la motivación la que permite recurrir a la norma producida por el delito sigue siendo una perturbación social que requiere ser reestabilizada en la forma legalmente prescrita. Por lo tanto, si con posterioridad a la realización del delito la gravedad de la defraudación producida se reduce por cambios de valoración social, lo que habrá que hacer es aplicar la ley penal posterior más favorable”. GARCÍA CAVERO, Percy. Óp. cit. pp. 166 y siguientes.

<sup>6</sup> En este sentido, el Tribunal Constitucional reconoce en su sentencia del 10 de diciembre de 2010, recaída en el Expediente 02348-2010-PHC, que “el principio de retroactividad benigna, por lo tanto, propugna la aplicación de una norma penal posterior a la comisión del hecho delictivo, a condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al actor. Ello, sin duda, constituye una excepción al principio de irretroactividad de la aplicación de la ley sustentada en razones político-criminales, en la medida en que el Estado no tiene interés (o no en la misma intensidad) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida) y, esencialmente, en virtud del principio de humanidad de las penas, el cual se fundamenta en la dignidad de la persona (artículo 1 de la Constitución)”.

<sup>7</sup> Constitución Política del Perú.

Artículo 2.24.- “Derechos de la persona.

Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como **infracción** punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” [el énfasis es nuestro].

<sup>8</sup> Constitución Política del Perú.

Artículo 103.- “Leyes especiales, retroactividad benigna, derogación de leyes.

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”.

<sup>9</sup> Véase: JIMÉNEZ ALEMÁN, José Alonzo y Manuel PATIÑO MUÑOZ. “Los Conflictos en la Aplicación de los Principios que Delimitan el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en el Marco del Procedimiento Contencioso Tributario: Caso Específico del Principio de Retroactividad Benigna”. En: <http://www.prometheo.cda.org.pe/articulo.php?id=36>. Consultado: 07 de julio de 2015.

<sup>10</sup> MENDOZA, Dante. “El principio de retroactividad benigna en el procedimiento administrativo sancionador”. En: <http://dantemendoza.blogspot.com/2013/08/el-principio-de-retroactividad-benigna.html>. Consultado: 07 de julio de 2015.

de las “disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos”<sup>11</sup>. Así, se interpretó esta norma no sólo como una habilitación para que una ley dispusiera la aplicación retroactiva de las normas favorables, sino como un reconocimiento implícito de dicha aplicación retroactiva, incluso si no estuviera prevista en una ley. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico no es posible trasladar automáticamente los argumentos españoles, en tanto la redacción de nuestra Constitución es diferente y prohíbe simplemente la aplicación retroactiva de todo tipo de normas, no sólo de las sancionadoras desfavorables, admitiendo la retroactividad como una excepción en materia penal cuando favorece al reo.

No obstante, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tiene rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, tiene una redacción similar a la española, por lo

que podría emplearse para llegar a similares conclusiones. Además, cierto es también que podría entenderse que es uno de los principios del *ius puniendi*, que se aplican tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo sancionador. Es decir, como tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador se impone una pena, las razones que justifican la aplicación retroactiva de la norma más favorable en el primero se darían también en el segundo<sup>12</sup>, de modo que el reconocimiento constitucional del primero podría ampliarse al segundo, en virtud de una aplicación analógica *in bonam partem*<sup>13</sup>, la cual en todo caso deviene en innecesaria al reconocerse dicho principio en el artículo 230.5 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento administrativo General [en adelante, LPAG]<sup>14</sup>.

Admitida la aplicación de la norma más favorable, debe indicarse que dicha aplicación se refiere a la

<sup>11</sup> Sentencia 8/1981, del 30 de marzo; sentencia 15/1981, del 7 de mayo; STS del 22 de febrero de 1988, Repertorio Jurídico Aranzadi [en adelante, RJA] 1378; 28 de mayo de 1990, RJA 3765; entre muchas otras. Sin embargo, la doctrina no siempre coincide con esta argumentación. Así, por ejemplo, Alejandro Nieto sostiene que se trata de un principio legal, no constitucional. NIETO, Alejandro. *Op. cit.* Loc. cit.

<sup>12</sup> El Tribunal Europeo de Derechos humanos reconoció hace unos años que la retroactividad favorable era un principio general del Derecho penal (parágrafo 106), implícitamente reconocido en el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (el cual sólo menciona expresamente que no se puede aplicar una pena más grave que la vigente al momento de cometerse la infracción). En palabras del citado Tribunal: “108. *Aux yeux de la Cour, il est cohérent avec le principe de la prééminence du droit, dont l'article 7 constitue un élément essentiel, de s'attendre à ce que le juge du fond applique à chaque acte punissable la peine que le législateur estime proportionnée. Infliger une peine plus forte pour la seule raison qu'elle était prévue au moment de la commission de l'infraction s'analyserait en une application au détriment de l'accusé des règles régissant la succession des lois pénales dans le temps. Cela équivaudrait en outre à ignorer tout changement législatif favorable à l'accusé intervenu avant le jugement et à continuer à infliger des peines que l'Etat, et la collectivité qu'il représente, considèrent désormais comme excessives. La Cour note que l'obligation d'appliquer, parmi plusieurs lois pénales, celle dont les dispositions sont les plus favorables à l'accusé s'analyse en une clarification des règles en matière de succession des lois pénales, ce qui satisfait à un autre élément essentiel de l'article 7, à savoir celui de la prévisibilité des sanctions. [...]* 109. *A la lumière de ce qui précède, la Cour estime qu'il s'impose de revenir sur la jurisprudence établie par la Commission dans l'affaire X c. Allemagne et de considérer que l'article 7 § 1 de la Convention ne garantit pas seulement le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, mais aussi, et implicitement, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce. Ce principe se traduit par la règle voulant que, si la loi pénale en vigueur au moment de la commission de l'infraction et les lois pénales postérieures adoptées avant le prononcé d'un jugement définitif sont différentes, le juge doit appliquer celle dont les dispositions sont les plus favorables au prévenu*”. La razón de la aplicación de la retroactividad favorable en materia penal—incluso a falta de norma que la declare— es la misma que en Derecho Administrativo sancionador, por lo que si aquella es considerada como un principio esencial del primero, ¿por qué no debería serlo también del segundo?

<sup>13</sup> Sobre aplicación analógica en *bonam partem*, véase: CANO CAMPOS, Tomás. “Analogía e interpretación extensiva”. En: LOZANO CUTANDA, Blanca (Directora). “Diccionario de Sanciones administrativas”. Madrid: Lustel. 2010. pp. 104 y siguientes; y, CANO CAMPOS, Tomás. “La analogía en Derecho administrativo sancionador”. En: Revista Española de Derecho administrativo 113. 2002. pp. 51 y siguientes. En el mismo sentido, véase GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Iñigo SANZ RUBIALES. “Derecho administrativo sancionador. Parte General”. Tercera edición. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi. 2013. pp. 178 y siguientes. La referencia a estos autores es especialmente interesante, porque entienden que el principio de retroactividad favorable sería aplicable por analogía *in bonam partem* al Derecho Administrativo sancionador, en tanto ha sido expresamente previsto en el Derecho penal (pp. 184 y 185). En consecuencia, podríamos concluir nosotros, si este principio se desprende de la Constitución para el Derecho penal, y se puede incluso aplicar por analogía en el Derecho Administrativo, ¿no sería porque el fundamento en ambos casos es el mismo y, por tanto, también el fundamento constitucional?

<sup>14</sup> Antes del reconocimiento de la retroactividad favorable por parte de la LPAG, Jorge Danós justificaba su aplicación en el Derecho Administrativo sancionador en virtud de la unidad del *ius puniendi* estatal, del cual aquella sería uno de sus principios. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “Notas sobre la potestad sancionadora de la Administración”. En: *Ius et veritas* 10. 1994. pp. 149 y siguientes. Por tanto, es preciso indicar que causa al menos perplejidad la posición asumida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de septiembre de 2014, recaída en la Casación 9153-2012, en la cual se aplica el control difuso para declarar inconstitucional la norma de la LPAG que reconoce la retroactividad benigna en materia sancionadora administrativa, alegando que ésta ha sido recogida por la Constitución únicamente respecto del ámbito penal. Esta sentencia, que establece un criterio que afortunadamente no se ha reiterado en otros casos, desconoce la unidad del *ius puniendi* estatal, así como el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la posición que la doctrina española defiende a partir de un texto muy similar.

norma en su integridad. Es decir, en caso existan dos normas que regulen la misma materia, no cabe aplicar lo más favorable de cada una de ellas a una imputación, porque de hacerlo se estaría en realidad creando una norma nueva al momento de la aplicación<sup>15</sup>.

Sin embargo, sobre este punto, en el Acuerdo Plenario 2-2006/CJ-116 se reconoció por mayoría la aplicación del principio de combinación de leyes. De acuerdo a los considerandos del acuerdo, “es congruente con la finalidad esencial de favorabilidad que se pueda reconocer –dentro de las leyes penales– los preceptos que más favorezcan al reo, pues si se autoriza a escoger entre dos leyes distintas –íntegramente– en el tiempo, resulta coherente y razonable entender que puedan combinarse, para buscar un tratamiento más favorable al reo”. Siempre según el voto en mayoría, este principio no implica crear una tercera ley, “sino que se está efectivizando un proceso de integración de normas más favorables al reo, que no colisiona con los contenidos del principio de legalidad”.

Evidentemente, este Acuerdo Plenario ha sido objeto de debate entre los penalistas peruanos, mostrándose algunos muy críticos con él<sup>16</sup>, apoyando más bien la posición minoritaria de la Corte Suprema según la cual el principio de combinación no se desprende del principio de retroactividad benigna, el cual se aplica en caso de conflicto entre leyes penales y no entre disposiciones de dichas leyes, y además implica la creación jurisprudencial de una tercera ley, distinta de la antigua y la nueva. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido diversas ocasiones para pronunciarse sobre este tema, evitándolo, pues se ha limitado a defender en casos concretos la aplicación del principio de unidad, el cual entiende compatible con el principio de favorabilidad<sup>17</sup>.

Al respecto, más allá de que pudiera ser posible alegar también en Derecho Administrativo la aplicación del principio de combinación, como se ha entendido en el Derecho Penal nacional, amparándose en la analogía *in bonam partem*, nos parece en realidad correcta la aplicación del principio de unidad<sup>18</sup>. No obstante, debe hacerse una aclaración, pues si en un único procedimiento sancionador se imputan diversas infracciones, y una norma posterior empeora el régimen de una de ellas pero mejora el de otra, nada impediría que para cada una de aquellas se utilice la norma que resulte más favorable, sin que esto afecte el citado principio de unidad. Finalmente, le corresponde al interesado determinar cuál es la norma más favorable, al menos en los casos en donde esto resulta dudoso (si, por ejemplo, una conducta que era sancionada con inhabilitación pasa a estar sancionada con una multa pecuniaria)<sup>19</sup>.

## II. LOS CAMBIOS NORMATIVOS QUE JUSTIFICAN LA RETROACTIVIDAD FAVORABLE

### A. La aplicación de la retroactividad favorable únicamente en el caso de las normas materiales y no a las procedimentales. El caso de la regulación de la prescripción

Aclarado el fundamento del principio de retroactividad favorable y su relación con el principio de unidad, es preciso establecer ante qué cambios normativos dicho principio será aplicable.

Al respecto, generalmente se reconoce que los principios de irretroactividad y de retroactividad favorable únicamente podrán alegarse en el caso de normas materiales, no para los supuestos de cambios en normas procesales, respecto de las cuales se aplica el criterio de *tempus regit actum*, que, de acuerdo a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, implica la aplicación de la norma vigente cuando se realiza el acto procesal<sup>20</sup>. Por tanto, al tratarse de normas procedimentales

<sup>15</sup> Esta es la línea seguida, por ejemplo, por la jurisprudencia constitucional española en las sentencias 21/1993, del 18 de enero, y 75/2002, del 8 de abril, entre muchas otras. Además, cabe citar también el Auto 471/1984, del 24 de julio, en el cual el Tribunal español afirmó que “la aplicación de la ley penal nueva, cuando es más favorable para el reo, ha de aplicarse en bloque, no fragmentariamente, por cuanto si se procediera a seleccionar de la normativa precedente y de la que la modifica lo más beneficioso de una y otra, se estaría usurpando tareas legislativas que no corresponden a los Tribunales, como sería la creación de una tercera norma, artificiosa e indebidamente elaborada a partir de lo entresacado de la antigua y la nueva”.

<sup>16</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. “Derecho penal. Parte General”. Cuarta edición. Lima: Idemsa. 2013. pp. 137 y siguientes.

<sup>17</sup> En este sentido, por ejemplo, la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2008, recaída en el Expediente 01955-2008-PHC.

<sup>18</sup> En Derecho Administrativo, la aplicación del principio de unidad es defendida sin reservas. Al respecto, véase: LÓPEZ MENUDO, Francisco. Óp. cit. p. 724.

<sup>19</sup> REBOLLO Puig, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía y Antonio María BUENO ARMIJO. “Derecho administrativo sancionador”. Valladolid: Lex Nova. 2010. pp. 207 y 208.

<sup>20</sup> Así lo define expresamente la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2009, recaída en el Expediente 05786-2007-PHC. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que a nivel conceptual se distingue entre la regla de la eficacia inmediata de la norma procedimental y la regla *tempus regit actum*. Así, mientras que en virtud de la primera el procedimiento, en la fase en que se encuentre, se rige por la nueva ley procesal, la segunda implica que cada fase procesal se rija íntegramente por la ley vigente cuando se inició (LÓPEZ MENUDO, Francisco. Óp. cit. Loc. cit.).

se aplicaría la regla *tempus regit actum*, por la cual éstas se aplican inmediatamente, salvo que una disposición expresa de la norma establezca lo contrario (como sucedió, por ejemplo, con la LPAG)<sup>21</sup>.

Así, por ejemplo, nuestro Tribunal Constitucional ha indicado en la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2003, recaída en el Expediente 2196-2002-HC, lo siguiente: “Tratándose de normas de derecho penal material, rige para ellas el principio *tempus delicti commissi*, que establece que la ley aplicable es aquella vigente al momento de cometerse el delito, lo que es acorde con el artículo 2 de la Constitución, literal d) del numeral 24, que prescribe que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se instituye así un razonable tratamiento de la libertad y de la autonomía personal, fijando límites de aplicación a las normas punitivas [...]. En el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, cuyo enunciado es que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal, mas no que a través de ella se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior”<sup>22</sup>.

Sin embargo, más allá de esta aparente claridad, la aplicación de nuevas normas a los procedimien-

tos en marcha puede ser puesta en entredicho en nuestro país a partir de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Como hemos visto, una aplicación del principio de *tempus regit actum* implicaría que la nueva norma se aplica también en estos casos, como lo han indicado expresamente algunas sentencias del Tribunal Supremo Español. Sin embargo, el Tribunal Constitucional peruano ha interpretado que el artículo 139.3 de la Constitución, según el cual “ninguna persona puede ser [...] sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos”, implica que las normas aplicables durante el procedimiento deben ser las vigentes cuando éste se inició. Así lo ha establecido en más de una ocasión respecto de las normas aplicables a las solicitudes de beneficios penitenciarios, las cuales ha entendido que no son normas materiales, sino procedimentales.

En este caso, sostiene el Tribunal Constitucional que: “El problema de la ley aplicable en el tiempo [...] ha de resolverse bajo los alcances del principio *tempus regis actum* [sic], pero morigerado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley, proclamado en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, que vela por que la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento, como la de solicitar un be-

<sup>21</sup> Esta diferencia entre normas materiales y normas procedimentales a efectos de la aplicación del principio de retroactividad favorable ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 30 de enero de 2004, recaída en el Expediente 1593-2003-HC. Según esta sentencia, citando doctrina alemana sobre la materia, “a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal material, la doctrina coincide en que en el derecho procesal penal la regla es distinta. El ámbito de vigencia temporal de la ley penal se precisa a través de la prohibición de la retroactividad. La penalidad tiene que estar expresamente determinada, antes que el hecho sea cometido. La retroactividad de la ley penal hace referencia a la penalidad, a los fundamentos de la penalidad. La prohibición de la retroactividad tiene que ver con todos los presupuestos materiales de la pena, pero no con las normas procesales”.

<sup>22</sup> Esta diferencia explica, por ejemplo, que en el caso de las normas que modifican el régimen de la caducidad del procedimiento los cambios normativos se apliquen inmediatamente, incluso si fueran desfavorables al administrado. En este sentido, véase: REBOLLO Puig, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía y Antonio María BUENO ARMIJO. Óp. cit. p. 814; en donde se sostiene que “[p]or último y como [supuesto] excepcional de ampliación del plazo de caducidad, debe señalarse que la jurisprudencia ha admitido que una modificación normativa que amplía el plazo de caducidad resulta aplicable a un procedimiento sancionador en trámite”. Citan los autores mencionados la sentencia del Tribunal Supremo Español del 16 de mayo de 2007 (RJA 8353), en la cual se considera aplicable un plazo de caducidad de 1 año establecido por la Ley 46/99, en lugar del plazo de 6 meses establecido en la Ley 30/92, modificada por la Ley 4/99, pues la primera “afectó al procedimiento administrativo que nos ocupa, que estaba en trámite a la sazón”. Es decir, cuando el procedimiento se inició, se aplicaba el plazo de seis meses, pero durante su tramitación éste se amplió a un año, siendo aplicable este último, lo que evidentemente iría en contra del principio de irretroactividad de ser éste aplicable. Existen otras sentencias de las cuales se puede extraer una conclusión similar. Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo Español del 5 de junio de 2007 (RJA 4827), se resolvió un caso interesante. De acuerdo a la norma anterior a la Ley 30/92, el plazo de un procedimiento sancionador era de un año. Sin embargo, este plazo se habría reducido a seis meses en virtud de la Ley 30/92, según la cual “en todo caso, cuando las citadas normas hayan establecido un plazo máximo de duración del procedimiento superior a los seis meses, se entenderá que el plazo máximo para resolver y notificar la resolución será precisamente de seis meses”. En consecuencia, de aplicarse este nuevo plazo, el procedimiento iniciado el 23 de julio de 1999 habría caducado el 23 de enero de 2000, fecha a la cual todavía no se había notificado la resolución sancionadora. Sin embargo, de acuerdo al Tribunal Supremo, debe aplicarse la ley 48/1999, del 13 de diciembre, que estableció que en la materia en cuestión el plazo máximo de duración del procedimiento sancionador era de un año, y que entró en vigor el 4 de enero del año 2000 (es decir, durante la tramitación del procedimiento). Entre otras razones, justifica el Tribunal su decisión en que dicha norma no prevé un régimen transitorio en relación a los expedientes en tramitación —por lo que sería inmediatamente aplicable—, y una norma procedimental no puede considerarse como limitadora o restrictiva de derechos.

neficio penitenciario, no debe aplicarse [...]. Al respecto, este Colegiado considera que el momento que ha de marcar la legislación aplicable para resolver un determinado acto procedimental, como el que atañe a los beneficios penitenciarios, está representado por la fecha en la cual se inicia el procedimiento destinado a obtener el beneficio penitenciario, esto es, el momento de la presentación de la solicitud para acogerse a éste<sup>23</sup>.

Es decir, en nuestro país el principio de *tempus regit actum* no significaría realmente que se aplica la norma vigente cuando se realiza el acto procesal<sup>24</sup>, sino que a todo el procedimiento se le aplica la norma vigente cuando se inició. Por tanto, si bien las sentencias del Tribunal Constitucional peruano no se refieren expresamente a la aplicación de nuevos plazos de caducidad a los procedimientos en marcha –a diferencia de las sentencias españolas previamente citadas–, cabría interpretar que en éstos deberían seguir siendo aplicables las normas vigentes cuando se inició el procedimiento, de modo que la reducción o ampliación de los plazos de caducidad por una norma posterior no tendría consecuencias sobre ellos. No obstante, cabe indicar que esto se debe a lo dispuesto por el artículo 139.3 de la Constitución y no a una supuesta aplicación del principio de irretroactividad o de retroactividad favorable, de modo que no sería aplicable la norma más conveniente, sino la que estuviera vigente cuando el procedimiento se inició (sea la que sea)<sup>25</sup>.

No obstante, lo que la doctrina e –incluso– alguna jurisprudencia se ha planteado es si realmente existe alguna justificación para establecer una diferencia respecto de la aplicación de los principios de irretroactividad y de retroactividad favorable entre las normas procesales y las normas materiales.

En nuestro país se ha defendido la superación de esta distinción, en tanto la LPAG no distingue entre unas y otras, sino que de modo general se refiere a las “disposiciones sancionadoras”<sup>26</sup>. Más allá de que sea difícil incluir en la noción de “disposición sancionadora” a la norma procesal, este argumento es en todo caso una llamada de alerta, que debe llevar a plantearse si la distinción señalada tiene sentido, tomando en cuenta que las normas procedimentales son garantía tanto de la Administración como de los administrados, en cuanto a la aplicación de las normas sustantivas conforme a Derecho<sup>27</sup>. Al respecto, cabe preguntarse si no es más sencillo aplicar, como generalmente se indica en nuestro país, la norma procedimental de modo ultra-activo a todos los procedimientos que se hubieran iniciado durante su vigencia –así se hizo con la LPAG–, admitiendo la aplicación retroactiva de aquellas normas que resultaran más beneficiosas<sup>28</sup>.

En este sentido, resulta muy interesante uno de los casos en los cuales se ha admitido en Derecho español la aplicación retroactiva de normas procedi-

<sup>23</sup> Sentencia de fecha 10 de diciembre de 2003, recaída en el Expediente 2196-2002-HC, ya citada. Este mismo criterio fue reiterado en la sentencia de fecha 2 de junio de 2009, recaída en el Expediente 02279-PHC y en la sentencia de fecha 30 de enero de 2007, recaída en el Expediente 1593-2003-HC (en la cual, por otro lado, se admite que, de acuerdo al artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución penal, sería aplicable retroactivamente una nueva ley más beneficiosa, pese a que la solicitud de beneficios se presentó durante la vigencia de otra anterior, en virtud de la expresa previsión normativa).

<sup>24</sup> Así lo define expresamente la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2009, recaída en el Expediente 05786-2007-PHC.

<sup>25</sup> Es más, sobre el tema de la aplicación de los nuevos plazos de prescripción o de caducidad a un procedimiento en marcha, cabe citar lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 27 de agosto de 2003, recaída en el Expediente 1300-2002-HC, en la cual se indica que: “[n]uestro ordenamiento procesal penal no cuenta con una norma que regule la aplicación de normas en el tiempo, por ello es pertinente acudir a lo establecido en el Código Procesal Civil, el cual dispone, en su Primera Disposición Final, que las disposiciones de dicho cuerpo normativo se aplicarán supletoriamente a los demás ordenamientos procesales. Así, la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil establece que: «[l]as normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado» [...] De ello se desprende que en nuestro ordenamiento procesal penal son aplicables a los plazos iniciados las normas que se encuentren vigentes. Sin embargo, esta regla tiene carácter supletorio, por lo que no podrá regir en la aplicación de normas procesales que cuenten con su propia regla de aplicación temporal, ni tampoco si está vigente una norma que regula de manera general la aplicación temporal de las normas en el proceso penal”. Por tanto, respecto de las normas que regulan los plazos –como serían los establecidos para la caducidad, si estuviera regulada en nuestro país–, si estos eventualmente se modificaran una vez iniciado el procedimiento, seguirían siendo aplicables los primeros, sin importar cuáles son los más convenientes (al no aplicarse aquí el principio de retroactividad favorable).

<sup>26</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso y Javier JIMÉNEZ VIVAS. “Principios y garantías del Derecho administrativo sancionador”. En: *Gaceta Jurídica* 189. 2009. pp. 222 y 223.

<sup>27</sup> GALLARDO CASTILLO, María José. “Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y Práctica.” Madrid: Iustel. 2008. p. 147.

<sup>28</sup> En palabras de Francisco López Menudo, “creemos que debe postularse la tesis de que las normas adjetivas del ámbito sancionador deben seguir la suerte de las sustantivas o principales en cuanto a su tratamiento jurídico y, por consiguiente, deben reducir sus efectos en lo desfavorable y ampliarlos en lo beneficioso. Sencillamente, se trata de sortear prejuicios de orden dogmático y poner el punto de mira en el resultado que indica la consabida regla: *favorabilia sunt amplianda; odiosa sunt restringenda*”. LÓPEZ MENDUDO, Francisco. Óp. cit. p. 726.

mentales más favorables, referidas a los requisitos para que opere la suspensión de la ejecución de una sanción<sup>29</sup>. El interés de este caso radica en la reciente modificación realizada al régimen de ejecución coactiva de las sanciones impuestas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental [en adelante, OEFA]. Así, la regla general en nuestro país es la suspensión de la ejecución de las sanciones con la interposición de un recurso contencioso administrativo, sin necesidad de obtener una medida cautelar ni de otorgar contracautela. Mediante la Ley 30011, del 26 de abril de 2013, se estableció que la ejecución de las sanciones impuestas por el OEFA sólo se suspendería mediante una medida cautelar, debiendo garantizar el administrado el íntegro de la multa mediante una carta fianza.

Evidentemente, se entendió que esta norma era únicamente aplicable a aquellos procesos iniciados luego de su entrada en vigencia, de modo que las suspensiones anteriores se mantenían. A través de la Ley 30321, del 7 de mayo de 2015, se ha establecido que el requisito establecido en la Ley 30011 es aplicable a todos los procesos judiciales en trámite, sin importar cuándo se iniciaron. Así, mientras que en otros ordenamientos jurídicos se admite en casos similares la aplicación de la retroactividad favorable de estas normas, en nuestro país se pretende aplicar retroactivamente una norma desfavorable, entendiendo que el principio de irretroactividad no es aplicable porque se trata de una norma procedimental.

En cualquier caso, el supuesto más controvertido de aplicación o no de los principios materia del

presente trabajo, a partir del carácter material o procesal de la institución, es el de la prescripción de las infracciones. Al respecto, estamos de acuerdo con quienes sostienen que no se trata de una institución meramente procesal, sino que tiene un contenido material<sup>30</sup>, en tanto incide sobre la competencia de la Administración para imponer una sanción, lo que a su vez también justifica que sea apreciable de oficio<sup>31</sup>.

Además de haber sido destacado por la doctrina, el carácter material de las normas que regulan la prescripción también se desprende de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Así, éste ha destacado en repetidas ocasiones que el principio de irretroactividad y de retroactividad favorable se aplica al Derecho Penal material, no así a las normas procesales (como veremos a continuación).

Nuestro Código Penal regula a la prescripción como una de las causas de extinción de la acción penal, por la cual se extingue la posibilidad de sancionar, por lo que se trata de una categoría que incide directamente sobre los presupuestos de la pena, no únicamente sobre asuntos procesales. En este sentido, por ejemplo, en la sentencia de fecha 9 de agosto de 2008, el Tribunal Constitucional, luego de reconocer que la prohibición de retroactividad se aplica únicamente al Derecho Penal material, entendió que iría en contra de este principio aplicar una modificación en la norma que regulaba la prescripción de la acción para ciertos delitos a un supuesto en el cual la conducta había sido realizada durante la vigencia de la ley anterior<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Supremo español del 4 de febrero de 2002, RJA 1084.

<sup>30</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Iñigo SANZ RUBIALES. Óp. cit. pp. 639 y 640. En Derecho español, véase en este sentido la abundante jurisprudencia citada por: REBOLLO Puig, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía y Antonio María BUENO ARMIJO. Óp. cit. pp. 213 y 214. En Derecho peruano, véase: DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. "La prescripción de las infracciones, de la ejecución de las sanciones y la caducidad (perención) del procedimiento administrativo sancionador". En: "Derecho Administrativo en el Siglo XXI". Volumen I. Lima: Adrus. 2013. pp. 697 y 698. También en el Derecho peruano, es clara la posición de: MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento administrativo general". Novena Edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2011. p. 718; para quien: "Si la norma posterior contempla una sanción más benigna, **establece plazos inferiores de prescripción**, deroga el carácter ilícito de la conducta, si modifica los elementos del tipo de modo que no aplique a los hechos incurridos, [sic] será de aplicación al caso concreto la norma posterior de manera retroactiva" [el énfasis es nuestro]. Véase también: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. "La discusión sobre la naturaleza jurídica de la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal prevista en el nuevo Código Penal". En: *Dialogo con la jurisprudencia* 155. pp. 27 y siguientes. En contra: ZEGARRA VALDIVIA, Diego. "La figura de la prescripción en el ámbito administrativo sancionador y su regulación en la Ley número 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General". En: *Revista de Derecho Administrativo CDA* 9. 2010. pp. 213 y siguientes.

<sup>31</sup> CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael. "Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo". Madrid: McGraw Hill. 1999. pp. 443 y siguientes; DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo. "Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador". Segunda edición. Barcelona: Bosch. 2009. pp. 43 y siguientes. Por su claridad, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo Español del 5 de diciembre de 1988 (RJA 9320), según la cual "[L]a apreciación efectuada por la sentencia de instancia no se refiere a la prescripción adquisitiva o extintiva de acciones o derechos, lo que pudiere entrar en el poder dispositivo de las partes, según la doctrina civil, sino de una condición objetiva necesaria para que se ejerza el poder sancionador de la Administración obligatoria para ésta e irrenunciable para el infractor [...] el transcurso del plazo señalado por la ley sin que se imponga la sanción, determina la imposibilidad legal de efectuarlo y, si se ha hecho, se produce la nulidad radical de la sanción impuesta". En Perú, véase: MARAVÍ SUMAR, Milagros. "La alegación de la figura de la prescripción en los procedimientos sancionadores". En: *Revista Jurídica Thomson Reuters* 6. 2013. pp. 5 y siguientes.

<sup>32</sup> Sentencia de fecha 9 de agosto de 2008, recaída en el Expediente 10302-2006-PHC.



En realidad, esta conclusión se desprende de otras sentencias del Tribunal Constitucional. Así, de acuerdo a la sentencia de fecha 30 de enero de 2004, “la retroactividad de la ley penal hace referencia a la penalidad, a los fundamentos de la penalidad. La prohibición de la retroactividad tiene que ver con todos los presupuestos materiales de la pena, pero no con las normas procesales”<sup>33</sup>. Pues bien, la inclusión de la prescripción dentro de los presupuestos materiales de la pena es clara en nuestro país, dado que desde la perspectiva penal la prescripción “es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius punendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma”<sup>34</sup>.

## B. La retroactividad favorable y las normas sancionadoras en blanco

Como es conocido, una de las formas de tipificación que se admiten y se emplean generalmente en Derecho Administrativo es la tipificación mediante normas de remisión o normas sancionadoras en blanco. En estos casos, el “tipo” establecido en una norma es completado por otra diferente que le da contenido, al definir la conducta prohibida u obligatoria. En realidad, en estos casos lo que sucede es que estamos ante una forma de tipificación más compleja, en tanto el “tipo” es definido en ambas normas, por lo que cabría afirmar que “en términos generales puede afirmarse que ambos principios o garantías –la irretroacción en

lo desfavorable y la retroacción en lo beneficioso– juegan a plenitud cuando lo que se modifica no es la norma sancionadora en sí misma sino la que aporta el complemento que viene a rellenar el tipo en blanco por aquélla dibujado”<sup>35</sup>.

No obstante, debe tomarse en cuenta que el fundamento de la retroactividad favorable no es otro que la disminución del disvalor social de determinada conducta, por lo que únicamente cabría aplicar dicho principio cuando dicha reducción se haya producido realmente<sup>36</sup>. Esta aclaración es importante, porque en ocasiones los cambios que se realicen en la legislación “material” son simplemente actualizaciones de un monto o valor, sin que esto implique que la valoración de la conducta haya cambiado en lo más mínimo.

Así, por ejemplo, si una norma establece que será infracción administrativa ingresar de contrabando cigarrillos por un valor superior a los S/. 500.00, y al año siguiente se actualiza este monto a S/. 510.00 debido a la devaluación de la moneda o la inflación, no podría pretender liberarse de responsabilidad quien hubiera ingresado un monto de S/. 505.00 unos días antes de la reforma, porque en realidad el juicio sobre su conducta no ha variado. Sin embargo, si el monto a partir del cual existe una infracción cambia de S/. 500.00 a S/. 5,000.00, no estaríamos ante una simple actualización, sino ante un verdadero cambio de criterio, en virtud del cual las conductas previamente sancionadas se considerarían como irrelevantes a efectos punitivos, por lo que podría defenderse una aplicación retroactiva de la norma más reciente. Por tanto, es

<sup>33</sup> Sentencia de fecha 30 de enero de 2004, recaída en el Expediente 1593-2003-HC.

<sup>34</sup> Sentencia de fecha 29 de abril de 2005, recaída en el Expediente 1805-2005-HC.

<sup>35</sup> LÓPEZ MENUDO, Francisco. Óp. cit. p. 724. También a favor de que se extienda la aplicación del principio de retroactividad cuando cambian las normas que complementan las normas sancionadoras en blanco, en tanto estas últimas forman parte integrante del tipo: GALLARDO CASTILLO, María José. Óp. cit. p. 146. En general, sobre este tema en Derecho penal puede verse el ya citado trabajo de SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Óp. cit. pp. 424 y siguientes.

<sup>36</sup> Al respecto, GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Iñigo SANZ RUBIALES. Óp. cit. p. 201, sostienen que “en Derecho Penal tradicionalmente para solucionar los casos descritos se acude a la motivación de la reforma normativa posterior. Si tal reforma se debe a razones fácticas, es decir, a la transformación de circunstancias de hecho, no se aplicaría la norma posterior, aun cuando pueda beneficiar al reo. Por el contrario, si el cambio legal es debido a un cambio en la valoración del hecho, entonces sí cabe la retroactividad”. Sin embargo, siempre según los autores citados, la dificultad al momento de determinar si una reforma se debe a razones fácticas o valorativas ha llevado a parte de la doctrina a sostener que el “el criterio rector debiese ser el de si subsiste la necesidad político legislativa de mantener la sanción prevista en el momento de comisión de los hechos; en tal caso no cabría la aplicación retroactiva favorable para el infractor, en la medida que no ha cambiado la valoración jurídica del hecho” (Ibidem). Como ejemplo de este problema suele citarse el caso del cambio en las cuantías, las cuales pueden producirse por cambios en la valoración de un hecho infractor o por la alteración de circunstancias fácticas a las que se aplica la norma, como en el supuesto de ajustes por la evolución de la inflación. En este segundo caso no tendría sentido aplicar retroactivamente la norma más favorable, porque en realidad no ha cambiado la valoración de la conducta que en su momento se realizó. Así, en el caso de que una curva cuyo límite de velocidad fuera de 100 Km/h y debido a un cambio de trazado se eleva a 120 Km/h, ¿tendría sentido aplicar la nueva norma retroactivamente a quien iba a 110 Km/h cuando estaba vigente la primera? Nos parece que no. Sin embargo, si cambia el límite de velocidad aplicable a dicha carretera, sin que ocurra ningún cambio fáctico, cabría entender que en realidad el legislador ha entendido que el primer límite no debía mantenerse, sino ser sustituido por el segundo, lo que nos lleva a un cambio en la valoración jurídica del hecho de ir a 110 Km/h en dicha carretera, razón por la cual cabría alegar una aplicación retroactiva. En otro ejemplo, que utiliza Jesús-María Silva Sánchez, si se elevan los límites máximos permisibles de vertidos a un río porque la situación del río ha variado sustancialmente, no tendría sentido aplicar retroactivamente a quien realizó un vertido estando vigente los primeros límites. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Óp. cit. p. 452.

claro que en este punto no es posible establecer reglas generales, sino que en todo caso será preciso hacer un análisis caso por caso.

Sin embargo, en algunas resoluciones del Tribunal de Contrataciones del Estado se ha ido en contra de este criterio, a partir de una lectura literal de lo establecido en el artículo 230.5 de la LPAG, que alude únicamente a la retroactividad favorable de las disposiciones sancionadoras<sup>37</sup>. En este sentido, interpreta el citado Tribunal que la norma sancionadora sería únicamente la que tipifica, no así la que regula materialmente la conducta, por lo que los cambios en esta última que favorezcan al administrado no deben ser aplicables retroactivamente.

Más allá de que pueda discutirse si realmente hubiera correspondido aplicar la retroactividad favorable en todos los casos en donde ha sido alegada, no compartimos el criterio empleado por el Tribunal de Contrataciones, pues la referencia legal a las “disposiciones sancionadoras” no debe entenderse limitada a la que tipifica una conducta como infractora, sino también a la que define la conducta en el caso de normas sancionadoras en blanco<sup>38</sup>.

### C. El cambio normativo y los cambios en los precedentes administrativos y jurisprudenciales

Como hemos visto, no corresponde aplicar de manera retroactiva una norma sancionadora que afecte a los administrados, sino aquellas que resulten más favorables. Sin embargo, ¿qué sucede si lo que cambia no es la norma, sino únicamente la interpretación que de la norma hace la Administración o el Poder Judicial? Respecto de la aplicación del principio de irretroactividad, este tema ha sido discutido en otros ordenamientos jurídicos, como en Alemania, a partir de las variaciones jurisprudenciales respecto del porcentaje de alcohol en la sangre a efectos de determinar si existe un delito contra la seguridad en el tráfico. En este caso, se entiende que no puede aplicarse el nuevo criterio, aunque se han buscado otros fundamentos alternativos a la aplicación del principio de irretroactividad, como la falta de antijuridicidad o de culpabilidad (fundamentos subjetivos).

Sin embargo, estos fundamentos son finalmente insuficientes, ya que en realidad la razón por la cual no se permite aplicar el nuevo criterio desfavorable es la seguridad jurídica<sup>39</sup>, que se expresa a través del principio de irretroactividad. En este sentido, la ley y la aplicación judicial del Derecho representan una unidad de la cual se deduce lo que está o no prohibido, por lo que “un cambio jurisprudencial agravatorio y posterior a la comisión del hecho, y que implica una alteración radical del criterio anteriormente mantenido de forma reiterada y constante, no es diferente, desde una valoración material, a la aplicación de una ley sancionadora desfavorable o restrictiva de derechos individuales”<sup>40</sup>.

La aplicación del principio de irretroactividad como límite para el cambio desfavorable de los criterios jurisprudenciales ha sido recientemente confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos humanos en la sentencia del 21 de octubre de 2013, recaída en el caso *Del Río Prada contra España*.

En este caso, el Código Penal español regulaba la posibilidad de obtener reducción en el periodo de condena, lo cual se calculaba sobre la pena máxima a cumplir, que podía ser menor que la pena impuesta. Así, por ejemplo, un terrorista o un violador múltiple, condenado a cientos de años, no podía cumplir más que un tope de 30 en prisión, por lo que los beneficios se calculaban sobre este último plazo, no sobre la condena. Para evitar que esto suceda, el Tribunal Supremo español cambió su interpretación de la norma a través de la llamada “Doctrina Parot”, para establecer que los beneficios se calcularían sobre cada una de las condenas impuestas de forma separada, no sobre la pena efectiva, lo que más adelante se introdujo expresamente a nivel normativo. El Tribunal de Estrasburgo entiende que se ha vulnerado el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en tanto se trata de un cambio desfavorable que no era previsible, aplicando una norma que en su enunciado se refiere a los efectos favorables o desfavorables de las “leyes” a un cambio jurisprudencial.

En consecuencia, quedaría claro que no es posible sancionar por una conducta que al momento de

<sup>37</sup> Así, por todas, véase la Resolución 01229-2014-TC/S4, que a su vez cita otras anteriores. En este caso se cuestionaba si la ampliación del plazo de 10 a 15 días para presentar la documentación necesaria para suscribir podía ser alegada por quienes habían perdido la buena pro debido a la presentación tardía y eran sujetos de un procedimiento sancionador.

<sup>38</sup> En palabras de Jesús-María Silva Sánchez, “como ya antes se ha puesto de manifiesto, «ley penal» no es solo el texto del precepto contenido en una ley penal sino también toda la normativa extrapenal que contribuye a dotar de un contenido prescriptivo específico al referido precepto”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Óp. cit. p. 451.

<sup>39</sup> RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. “El principio de irretroactividad de la Ley penal en la doctrina y la jurisprudencia”. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura 7. 1989. p. 165. Véase también: OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?”. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIV. 2003. pp. 366 y siguientes.

<sup>40</sup> RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. Óp. cit. Loc. cit.

realizarla no era considerada como infracción, pese a que luego se cambie el criterio, administrativo o jurisprudencial, de modo que sí quedaría incluido dentro del tipo. Esta conclusión se desprende de lo dispuesto por el artículo VI.2 del Título Preliminar de la LPAG, según el cual “Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados”. Como bien dice la norma, un cambio en la interpretación no puede aplicarse a situaciones anteriores (irretroactividad), salvo cuando se trate de una interpretación más favorable (retroactividad benigna).

Así, la LPAG no sólo proscribe la retroactividad desfavorable, sino que avalaría la retroactividad favorable de los cambios jurisprudenciales. Sin embargo, debe mencionarse que esta última posibilidad ha sido objeto de una importante limitación en el ámbito penal, pues mediante un precedente de observancia obligatoria se ha establecido que el cambio jurisprudencial no permite la modificación de una resolución firme, lo cual sólo es posible cuando existe un cambio legal<sup>41</sup>. A diferencia de los cambios legales, que inciden incluso sobre sentencias firmes, los cambios en el criterio jurisprudencial no tendrían el mismo efecto (aunque cabe entender que sí podrían ser alegados si la sentencia no es todavía firme).

En Derecho Administrativo, la limitación para la eficacia de los cambios de criterio viene establecida en el artículo VI.3 del Título Preliminar de la LPAG, según el cual “la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes”. Es decir, no puede pretender anularse un acto dictado en base al criterio anterior. Sin embargo, ¿significa esto que su eficacia no debe verse afectada? Es decir, no se cuestiona la validez del acto, sino únicamente sus efectos. Dado que en general se sostiene en Derecho Administrativo que los cambios legislativos no afectarán a las decisiones firmes, no tendría mayores consecuencias negar que los cambios de criterio administrativo o jurisprudencial tengan algún efecto sobre las sanciones firmes<sup>42</sup>.

Sin embargo, si se hace la distinción, como proponemos más adelante, entre sanciones que se prolongan en el tiempo –como las inhabilitaciones– y

las instantáneas –como las multas–, y se afirma que respecto de las primeras un cambio legislativo sí puede tener consecuencias durante su ejecución, cabe preguntarse si sucede lo mismo con un cambio jurisprudencial. Al respecto, en tanto no se trate simplemente de una sentencia o resolución aislada, sino de un verdadero precedente, que en el fondo tiene carácter normativo, entendemos que debe aplicarse la misma regla que para los cambios legislativos, no siendo aplicable aquí el precedente penal, en tanto constituiría un supuesto de aplicación analógica *in malam partem*, que cerraría una puerta que la norma administrativa deja abierta (o al menos entreabierta).

#### D. El supuesto de las normas en *vacatio legis*: ¿desde cuándo debe ser posible alegar el cambio normativo favorable?

Uno de los temas más interesantes, y menos discutidos a nivel doctrinal, es el del momento a partir del cual es posible alegar la retroactividad favorable de una norma. Generalmente, siempre se ha entendido que esto es posible desde que la norma está vigente, caso en el cual no se genera ninguna controversia. Pero, ¿qué sucede si la infracción se comete durante la *vacatio legis* de una norma, que establece una sanción menor para la conducta infractora? O, ¿qué sucede si la conducta debe ser sancionada durante la *vacatio legis*? ¿Qué norma debe aplicar el órgano encargado de resolver?

En tanto los periodos de vacancia suelen ser muy cortos, este problema parece irreal, pues si la infracción se comete en este momento, normalmente la nueva norma ya estará vigente al momento de imponer el castigo, o al menos entrará en vigencia en algún momento, durante el procedimiento administrativo o, incluso, en el proceso judicial.

Sin embargo, en algunos supuestos el problema no es irrelevante, como ocurre, por ejemplo, en materia de contrataciones con el Estado en el Perú. Así, en el mes de julio de 2014 se publicó la Ley 30225, que aprobó la Nueva Ley de Contrataciones del Estado [en adelante, NLCE], la cual reducía la sanción mínima por presentación de información inexacta de tres años a tres meses. Esta norma debía entrar en vigencia a los treinta días de publicado su Reglamento, para lo cual el Poder Ejecutivo tenía un plazo de 180 días. Sin embargo, en el mes de julio de 2015, cuando se escriben estas líneas, acaba de pre-publicarse el Proyecto de Reglamento.

<sup>41</sup> Recurso de Nulidad 1920-2006-Piura, declarada precedente de observancia obligatoria mediante Acuerdo Plenario número 1-2007-ESV/22, del 16 de noviembre de 2007.

<sup>42</sup> Así, por ejemplo: TIRADO BARRERA, José Antonio. “El precedente administrativo y el cambio de criterio interpretativo en la Ley 27444”. En: “Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo”. Lima: Palestra Editores. 2010. p. 144.

En consecuencia, desde hace casi un año se sabe que el legislador ha considerado que la presentación de información inexacta no debe ser castigada con tanta dureza, pero la norma que así lo establece no ha entrado en vigencia. ¿Qué debe hacer, entonces, el Tribunal del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)? La jurisprudencia no es abundante sobre este punto, pero lo que ha hecho en algún caso es aplicar la norma vigente y no la ya promulgada y publicada, pero todavía no vigente.

Al respecto, existen opiniones doctrinales a favor de la posición del Tribunal, las cuales esencialmente se basan en que no tendría sentido alegar la aplicación de una norma que no está vigente y que, incluso, podría nunca llegar a estarlo<sup>43</sup>. Sin embargo, es cierto también que en otros ordenamientos jurídicos no sólo se ha sostenido la aplicación retroactiva más favorable de la norma vigente, sino también de la norma publicada, en aquellos casos en donde la vacancia se extendía por demasiado tiempo, como sucedió en Chile<sup>44</sup> y sostuvieron algunos Tribunales en España, al plantear una cuestión de constitucionalidad en el caso de la modificación de los delitos de tránsito<sup>45</sup>.

Es preciso reconocer que en los ordenamientos jurídicos de ambos países esta discusión podría tener cierta base en Derecho positivo, pues las normas hacían referencia a la norma publicada, no a la norma vigente, a efectos de establecer su apli-

cación retroactiva. No obstante, más allá de las diferencias puntuales entre dichos ordenamientos y el nuestro, considero que es cuando menos defendible la aplicación favorable de las normas publicadas, las cuales ya forman parte del ordenamiento jurídico (al punto que el plazo para presentar una acción de inconstitucionalidad no empieza a correr desde que la norma entra en vigencia, sino desde que la norma es publicada)<sup>46</sup>. En este sentido, “lo que importa es el fundamento de la retroactividad de la ley más favorable: si lo decisivo es la adecuación de las sentencias penales a las nuevas valoraciones sociales expresadas por el legislador, será suficiente con la publicación de la ley más favorable para que corresponda su aplicación”<sup>47</sup>.

Al respecto, debe tomarse en cuenta que el fundamento para un periodo de *vacatio legis* es doble: (i) permitir que los administrados conozcan la norma, para que adecúen su comportamiento a ella; y, (ii) darle un plazo al poder público para que implemente los mecanismos necesarios para ejecutar la ley. Sin embargo, cuando se cambia una norma sancionadora a favor del administrado, no tiene sentido darle un plazo para que adecúe su conducta ni tampoco tendría sentido suspender su aplicación para que el Estado implemente la norma, que debería favorecer a los administrados<sup>48</sup>. Así, por ejemplo, en el caso de la NLCE es evidente que se necesita un reglamento de desarrollo, pero este es innecesario para aplicar la nueva tipificación de la infracción mencionada, por lo que po-

<sup>43</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. “Introducción al Derecho penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho penal”. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces. 2012. pp. 902 y siguientes; BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. “La aplicación de la ley penal derogada”. En: Revista del Abogado 17. 1999. En: [http://www.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=cont\\_revista.html&idcat=32&id\\_cat=7&id\\_art=42&nseccion=%bfPor%20Qu%e9%20Asociarse%3f%20%3a%20Revista%20del%20Abogado%20%3a%20Revista%20N%ba%2017%20%3a%20TEMAS](http://www.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=cont_revista.html&idcat=32&id_cat=7&id_art=42&nseccion=%bfPor%20Qu%e9%20Asociarse%3f%20%3a%20Revista%20del%20Abogado%20%3a%20Revista%20N%ba%2017%20%3a%20TEMAS).

<sup>44</sup> Para el caso chileno, véase: <http://profesorjeanmatusvaria.blogspot.com/2012/11/nueva-ley-18216-ley-20603-y-aplicacion.html> (Consultado el 31 de junio de 2015). De acuerdo a Jean Pierre Mattus, autor del comentario citado, “no es del todo exacto que una ley cuya «vigencia» está diferida no sea parte del sistema normativo, pues la ley, como expresión de la voluntad soberana existe desde el acto promulgatorio y no desde su publicación, tal como lo reconoce la Constitución en sus artículos 72 y 75 y, empíricamente, se puede comprobar por la tramitación, numeración y registro del Decreto Promulgatorio en la Contraloría General de la República, con independencia de la fecha en que la propia ley señala comienzo a regir; y además es obligatoria al menos en todas sus partes cuya «vigencia» no está diferida (y no puede discutirse que las propias disposiciones de la ley que difieren su «vigencia» u «obligatoriedad» han de considerarse «vigentes» u «obligatorias»). Y en segundo lugar, dada la existencia de un cambio de valoración de la comunidad, expresado en la promulgación de la ley, sí es un exceso no darle aplicación a esa valoración, cuando exime de pena o la hace menos rigurosa, aún en los casos de leyes intermedias, pues la aplicación de esa nueva valoración ya no depende del acto a sancionar sino de la mayor o menor eficiencia de los organismos persecutores, lo que no puede ser imputado al ciudadano”.

<sup>45</sup> Se plantearon hasta doce cuestiones de inconstitucionalidad, las cuales fueron años después declaradas inadmisibles por el Tribunal Constitucional español, pero no porque desestimara el fondo, sino porque para el momento de la resolución ya estaba plenamente vigente la norma entonces cuestionada, por lo que cabía aplicarla en virtud del principio de retroactividad benigna. Por todas, puede verse la sentencia 6/2010, del 14 de abril.

<sup>46</sup> En este sentido, se ha sostenido que la *vacatio legis* no es tanto una condición de vigencia sino de eficacia, porque de lo contrario se daría el absurdo de fiscalizar una norma que no está en vigor; es decir, que no existe. DIEZ PICAZO, Luis María. “Vigencia”. En: “Enciclopedia Jurídica Básica”. Volumen IV. Madrid: Civitas. 1995; citado por: IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac. “Vacatio Legis versus Retroactividad de las leyes favorables. Especial referencia a los delitos fiscal, contable-tributario y contra la seguridad social”. En: Contabilidad y Tributación 264. 2005. p. 62.

<sup>47</sup> BACIGALUPO, Enrique. “Derecho penal. Parte General”. Lima: Ara Editores. 2004. p. 182.

<sup>48</sup> En este sentido, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. “Vacatio legis” y norma penal favorable. Una cierta incompatibilidad conceptual”. En: Actualidad Jurídica Aranzadi 604. 2003. En palabras de este autor, si se establece una *vacatio legis* de normas penales favorables, “en realidad no se ha tenido en cuenta que el fundamento de la «vacatio legis», de las normas transitorias, tiene que ver, ciertamente, con la seguridad jurídica, pero cuando se trata de normas penales,

dría ser aplicable de modo inmediato, sin perjuicio para la entidad o para los administrados.

Por tanto, en casos como éste, más aún si se admite que el principio de retroactividad favorable tiene un origen constitucional, lo más lógico sería aplicar la norma ya publicada, que forma parte del ordenamiento jurídico (aunque no está aún vigente). No obstante, en la medida que las sanciones que impone el OSCE en este caso son inhabilitaciones, y se admita la aplicación retroactiva en sede judicial de la norma más favorable una vez que ésta entre en vigencia o incluso su aplicación si la sanción ya es firme, la relevancia de la no aplicación de la norma en *vacatio* puede ser menor. Sin embargo, si se llegara a negar la retroactividad en sede judicial, las consecuencias pueden ser muy negativas para los sancionados.

### III. LOS SUPUESTOS DISCUTIDOS DE APLICACIÓN (E INAPLICACIÓN) DE LA RETROACTIVIDAD FAVORABLE

#### A. El cambio normativo durante la consumación de las infracciones permanentes y continuadas

A riesgo de simplificar un tema que es complejo<sup>49</sup>, es posible clasificar a las infracciones administra-

tivas en dos grandes grupos: aquellas en las cuales existe un “acto de consumación” y aquellas en las cuales existe un “periodo de consumación”. El ejemplo por excelencia de las primeras es el de las infracciones instantáneas, en las cuales la infracción –la acción que constituye la infracción, en realidad– se consuma en un solo momento. También podrían incluirse en este grupo a las infracciones de estado, donde la infracción se consuma al realizarse una actuación infractora, la cual crea una situación antijurídica que se prolonga en el tiempo, pero que es distinta de la conducta tipificada como infracción<sup>50</sup>.

Así, por ejemplo, si se tipifica como infracción la colocación de una barrera que obstruye la circulación en la vía pública sin autorización, la infracción se produce con la colocación de dicha barrera –y, por tanto, a partir de entonces se cuenta el plazo de prescripción–, aunque sus efectos se mantendrán todo el tiempo que el obstáculo permanezca.

Por otro lado, en el segundo grupo se incluirían a las infracciones permanentes y a las continuadas. En las primeras, llamadas en ocasiones “continuas”, la conducta del actor ocasiona una situación antijurídica que se mantiene en el tiempo por la voluntad de éste. Sin embargo, a diferencia del caso de las infracciones de estado, en este supues-

en particular, con el conocimiento de la norma y de la prohibición, como exigencia material derivada de los principios constitucionales de legalidad y culpabilidad. Por esta razón, debe distinguirse convenientemente, a la hora de establecer el momento de la entrada en vigor, entre las normas penales que amplían el ámbito de la ilicitud y aquellas que lo reducen. Ya una sentencia antigua de la Sala Primera del Tribunal Supremo –la de 18 de mayo de 1907– consideró que la «*vacatio legis*» afectaba sólo a normas imperativas o prohibitivas, esto es, a «las que contienen obligación y prohibición que no pueden eludirse», en ningún caso a las normas permisivas, respecto de las cuales debía reconocerse su vigencia por la mera publicación, esto es, desde que la ley establece el derecho o facultad, o, en nuestro caso, un mayor ámbito de libertad inmune a la amenaza de una pena [...] cuando se trata de normas que reducen la esfera de la ilicitud penal o el ámbito de lo punible, no sólo no hay razones constitucionales que impongan de modo necesario un período de «*vacatio*», sino que precisamente aconsejan su entrada en vigor al día siguiente de la publicación. Cuando una norma que despenaliza conductas ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado, pueden producirse situaciones de error de prohibición relevante cuando el sujeto confía erróneamente en que el comportamiento ya no es punible –en ocasiones este cálculo de costes se realiza verdaderamente–; y también pueden darse contradicciones insostenibles entre las nuevas valoraciones del legislador –ya exteriorizadas– y la sujeción de los tribunales a la ley antigua. Es cierto que quien realiza un comportamiento de modo contrario a la norma vigente en el momento de su realización se ha comportado de modo disvalioso –desvalor de acción–, pero, si queremos evitar una concepción meramente formal del injusto penal, debe tenerse en cuenta que el nuevo legislador ha optado por una reducción de la esfera de lo punible, bien porque no hay ya bien jurídico digno de protección penal –desincriminación– o porque la lesión del bien jurídico protegido no revista suficiente entidad –incriminación parcial o fragmentaria– [...] En realidad, cuando el artículo 9.3 de la Constitución Española dispone la prohibición de la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras desfavorables, y, en consecuencia, la retroactividad de las favorables, y que de modo expreso establece el 2.2 del Código Penal, contiene un mandato al legislador para que en este caso la ley nueva sea inmediatamente aplicable, no sólo a las situaciones de presente, sino incluso a las situaciones pasadas. Luego una «*vacatio legis*» como la que establece la Ley Orgánica 15/2003, que pospone hasta el 1 de octubre de 2004 la vigencia de normas penales favorables, es incompatible con la norma constitucional citada”. Por su parte, Isaac Ibáñez García mantiene un criterio similar, y afirma que “no puede sostenerse [...] que decidida –por la representación de la voluntad popular– y publicada la despenalización o reducción del ámbito de la ilicitud, por entenderse que la nueva ley contiene la pena estricta y absolutamente necesaria, que la entrada en vigor de la medida se difiera por el expediente de la *vacatio legis* cuya principal función es contribuir a la certeza normativa pero que, en ningún caso, debe perjudicar la aplicación de la ley penal más favorable”. IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac. Óp. cit. p. 65.

<sup>49</sup> Sobre la clasificación de las infracciones, véase: PALMA DEL TESO, Ángeles de. “Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción”. En: REDA 112. 2001. pp. 555 y siguientes.

<sup>50</sup> En ocasiones, se identifican las infracciones de estado con las infracciones instantáneas con efectos permanentes, aunque lo cierto es que no existe una perfecta equivalencia entre ambas categorías, ya que algunas infracciones de estado se producen en virtud de conductas que no son instantáneas, sino complejas o que requieren de un periodo consumativo.

to la infracción sigue consumándose mientras se mantenga la situación antijurídica, porque es esto —y no solamente su producción— lo que forma parte del tipo infractor. Por esta razón, en otro lugar hemos planteado que en las infracciones permanentes se mantiene a lo largo del tiempo la **conducta** infractora, mientras que en las infracciones de estado lo que se mantiene son únicamente los efectos de ésta<sup>51</sup>. Finalmente, en las infracciones continuadas existen distintas conductas infractoras, que vulneran el mismo o similar precepto, cada una de las cuales podría por sí misma ser considerada como una infracción independiente, pero que son tratadas como una única infracción, en tanto se comenten todas aprovechando idéntica ocasión o en ejecución de un plan preconcebido.

Como se ha explicado, la llamada retroactividad benigna implica la aplicación de una norma posterior al momento de consumación de la infracción, en tanto se considera que es desproporcionado imponer el castigo que correspondería, según la norma aplicable cuando la infracción se realizó, debido a que ha disminuido el disvalor social de la conducta. Sin embargo, ¿qué sucede cuando el cambio normativo se produce mientras la infracción se consuma? Es decir, ¿qué sucede si el cambio normativo se produce, en el caso de las infracciones permanentes, mientras la conducta infractora viene realizándose o, en el caso de las infracciones continuadas, durante el periodo en el cual se realizan las distintas conductas que constituyen la única infracción sancionable?.

Al respecto, en el Perú este tema fue abordado por el Pleno Jurisdiccional Penal Nacional de 1998, en el cual se indicó, respecto de los delitos continuados, que “en el caso de delitos continuados procede aplicar la ley vigente a la terminación del período de realización de la conducta criminal”.

Por su parte, en el caso de los delitos permanentes, la redacción es menos clara, pues se aprobó

por mayoría declarar que “la ley aplicable a los delitos permanentes es la vigente al inicio del periodo consumativo, y que, en consecuencia, concurren a la sanción de este tipo de hechos todas las leyes vigentes mientras dura el estado consumativo”. En dicha ocasión se presentaron dos posiciones: (i) una según la cual en los delitos permanentes se aplicaría la norma vigente cuando concluye el periodo consumativo, de modo que el principio de favorabilidad sólo operaría para las modificaciones normativas posteriores; y, (ii) otra, que finalmente obtuvo el apoyo mayoritario, según la cual sería aplicable la norma vigente al inicio del periodo consumativo, pues ésta es la que el agente tomó en cuenta al momento de decidir su conducta, aplicándose el principio de favorabilidad en caso hubiera un conflicto de leyes en el tiempo posterior a dicho momento.

Sin embargo, más adelante se ha pronunciado en repetidas ocasiones el Tribunal Constitucional sobre la norma aplicable en el caso de los delitos permanentes —criterio aplicable por extensión a las infracciones permanentes—, afirmando que es la norma vigente cuando cesa la consumación de la infracción<sup>52</sup>. Así, en el caso del delito de desaparición forzosa, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han sostenido que en este caso, al tratarse de un delito permanente, “pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal”<sup>53</sup>. Por tanto, éste sería el criterio vigente en nuestro país, y no el que fue enunciado en el año 1998 en el Pleno Jurisdiccional antes anotado<sup>54</sup>.

Por otro lado, a nivel conceptual existen también distintas posiciones sobre la materia, aunque en gran medida justificadas por la definición de infracción permanente utilizada, al confundirla con la infracción instantánea con efectos permanentes. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Nacional Española del

<sup>51</sup> BACA ONETO, Víctor Sebastián. “La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General (en especial, análisis de los supuestos de las infracciones permanentes y continuadas)”. En: Revista Derecho & Sociedad 37. 2011. p. 268.

<sup>52</sup> Sobre este tema, en Derecho peruano, puede verse el trabajo de RUBIO CORREA, Marcial. “Aplicación de la norma jurídica en el tiempo”. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2007. pp. 69 y siguientes. Este autor, citando al Tribunal Constitucional, afirma que si durante la realización de una conducta ésta se tipifica como infracción —pues previamente no lo estaba—, deberá aplicarse la nueva norma. Sin embargo, no es tan clara su conclusión cuando se refiere al caso de una conducta que hubiera estado tipificada desde que se empieza a realizar, si durante el periodo consumativo se agrava la sanción aplicable. En tal caso, pareciera que este autor entiende que debería ser aplicable la sanción más leve —no la vigente al final del periodo consumativo—, al afirmar que estaríamos ante un conflicto en la aplicación de dos leyes sancionadoras inmediatamente aplicables —no ante el conflicto de dos normas en el tiempo—, el cual debe solucionarse aplicando el artículo 139.11 de la Constitución, según el cual debe preferirse la norma penal más favorable en caso de duda o conflicto.

<sup>53</sup> Véase, entre otras, la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 18 de marzo de 2004, recaída en el Expediente 2488-2002-HC; y de fecha 20 de marzo de 2007, recaída en el Expediente 0442-2007-HC.

<sup>54</sup> En el caso de los delitos continuados no existe disparidad de criterios entre el pleno jurisdiccional de 1998 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues ésta última también está de acuerdo en que debe aplicarse la norma vigente cuando se realiza la última conducta delictiva.

16 de septiembre de 2008 (RJA 488), en la cual se considera como infracción permanente —a la que cabría aplicar la norma vigente mientras se consuma la infracción— el supuesto de instalación de una estación radioeléctrica sin autorización, en tanto la situación antijurídica se mantiene en el tiempo, cuando en realidad lo que se mantiene en el tiempo son las consecuencias de la infracción, no la conducta infractora (que es únicamente la instalación de la antena).

Por otro lado, a nivel doctrinal, López Menudo afirma que “La determinación del *tempus* resulta así decisiva para las infracciones **continuadas**, es decir, aquellas en la que la voluntad determinante del acto punible se perpetúa en el tiempo de tal modo que la infracción no se consuma en una sola acción sino que se descompone en diversas acciones temporalmente sucesivas. Igualmente decisiva es la determinación del *dies* para las infracciones permanentes, es decir aquellas en que la voluntad infractora se agota en un momento inicial, pero sus efectos persisten en el tiempo. En el primer caso, la infracción se entiende realizada desde el primero hasta el último acto y por tanto la normativa aplicable será la que esté vigente en todo este tracto temporal; en el caso de las infracciones permanentes, el *dies* relevante será el del momento inicial en el que se consumó la infracción”<sup>55</sup>.

Nada que objetar que en el caso de las infracciones en las cuales la voluntad infractora se agota en el momento inicial, pero sus efectos persisten en el tiempo, se deba aplicar la norma vigente en dicho momento inicial. Sin embargo, creemos que estas no son realmente las infracciones permanentes, sino las infracciones de estado. En el supuesto de las infracciones permanentes existe una voluntad infractora que se mantiene a lo largo del tiempo, pues el tipo infractor no se refiere únicamente a la creación de una situación antijurídica, sino a su mantenimiento a lo largo del tiempo. En este caso, mientras la situación antijurídica persista, también lo hace la voluntad infractora y, por tanto, la infracción sigue consumándose.

Esta es la razón, por ejemplo, por la cual en las infracciones permanentes el plazo prescriptorio se empieza contar desde que **cesa** la conducta infractora, no desde que ésta se inicia. Por tanto, “toda vez que la acción efectuada se extiende dentro del ámbito de vigencia de la nueva Ley, por lo que el autor puede prever las consecuencias punitivas de su conducta”<sup>56</sup>, tiene sentido que se le castigue aplicando la ley que estuviera vigente cuando cesa su conducta infractora, incluso si es que resulta más desfavorable.

#### B. El cambio normativo durante el proceso contencioso administrativo

A diferencia de la aplicación de la norma más favorable si ésta es dictada durante la tramitación del procedimiento administrativo, que es aceptada sin mayores dudas ni cuestionamientos, si el cambio normativo se produce durante el proceso contencioso el tema no ha sido igualmente pacífico, aunque actualmente la doctrina y la jurisprudencia parecen decantarse por una posición favorable<sup>57</sup>.

En realidad, el argumento para poner en duda la aplicación de la norma más favorable dictada durante el proceso judicial no es otro que el carácter revisor del proceso contencioso-administrativo, pues se entiende que los jueces no podrían aplicar una norma que no pudo ser invocada —y menos aún aplicada— en el procedimiento administrativo. Así, la decisión administrativa solo podría ser enjuiciada a la luz de las normas vigentes cuando se dictó (lo que en realidad también debería impedir que se aplique la norma más favorable si el cambio se produce durante la tramitación del recurso administrativo). Por tanto, el Poder Judicial no podría aplicar la norma más reciente, porque implicaría anular una decisión que fue válida cuando se dictó.

Sin embargo, lo cierto es que el administrado acude al proceso contencioso administrativo con la finalidad de obtener satisfacción a sus pretensiones, que implican la aplicación de la sanción correspondiente a la infracción imputada, sea cual sea ésta<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> LÓPEZ MENUDO, Francisco. Óp. cit. p. 723. De manera similar, GALLARDO CASTILLO, María José. Óp. cit. pp. 150 y 151, quien también llama permanentes a las infracciones que en realidad son de estado o infracciones instantáneas con efectos permanentes, razón por la cual entiende que, al existir una única voluntad infractora inicial, debe aplicarse la norma vigente cuando ésta se produjo (o la más favorable, si fuera posterior).

<sup>56</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Iñigo SANZ RUBIALES. Óp. cit. p. 184. Agregan estos autores que la solución citada debería ser aplicada “siempre que los hechos llevados a cabo durante la vigencia de la nueva norma aisladamente considerados pueda decirse que integran los presupuestos de hecho de la infracción ahora más gravemente sancionada”.

<sup>57</sup> En este sentido, entre otros, GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. “Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable”. Granada: Editorial Comares. 2002. p. 45; GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Iñigo SANZ RUBIALES. Óp. cit. p. 184 y siguientes.; LÓPEZ MENUDO, Francisco. Óp. cit. p. 732; y REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía y Antonio María BUENO ARMILLO. Óp. cit. pp. 215 y siguientes.

<sup>58</sup> Así, en el libro coordinado por la Abogacía del Estado española (“Manual de Derecho administrativo sancionador”. Tomo I. Tercera edición. Cizur menor: Ministerio de Justicia y Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 144) expresamente se indica, incluso a modo de título de epígrafe, que “el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa no puede ser obstáculo a la aplicación de la retroactividad *in bonus*”.

Admitir que la discusión judicial debe circunscribirse a la adecuación de la resolución que impuso la sanción a las normas vigentes entonces es más bien propio del proceso revisor como proceso al acto, de carácter nomofiláctico, que de un verdadero proceso subjetivo. Además, si en la vía penal se admite que se aplique una norma más favorable que hubiera sido dictada durante la tramitación del recurso, e incluso en ejecución de la sentencia, ¿cómo no admitirlo cuando el cambio se produce en la vía contencioso administrativa?

Al respecto, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo Español de 14 de febrero de 2012 (RJA 3982), según la cual: “Esta Sala ha señalado en sentencias de 24 de enero de 2006 (RJA 4236), de 31 de enero de 2007 (RJA 2034) y 13 de febrero de 2008 (RJA 1362), que el principio de retroactividad de las normas administrativas sancionadoras obliga a aplicar retroactivamente dichas normas en todo aquello que pudiera ser más beneficioso para el presunto infractor, y «[...]tal aplicación debe llevarse a cabo en cualquier instancia administrativa o judicial donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora, ya que no tendría sentido confirmar judicialmente la legalidad de una resolución administrativa, según la normativa vigente cuando fue dictada, para que la Administración proceda a dictar seguidamente otra que aplique retroactivamente la nueva norma sancionadora más favorable, resolución esta última que podría ser objeto de un nuevo recurso judicial»<sup>59</sup>.

**C. El cambio normativo y la ejecución de sanciones impuestas por decisiones firmes. El caso de las sanciones cuyo cumplimiento se prolonga en el tiempo y el de las sanciones que deben ser cumplidas inmediatamente (como las multas)**

A diferencia de lo que ocurre en Derecho Penal, en donde se entiende que un cambio normativo

tiene incidencia sobre las sanciones impuestas, medidas, resoluciones firmes y en ejecución, en Derecho Administrativo sancionador generalmente se sostiene que la retroactividad favorable no opera sobre sanciones firmes. Entre otra, la principal razón empleada en Derecho español es más bien formal, pues se justifica dicha posición en que la Ley 30/1992 establece que este principio se aplica respecto del “presunto infractor”, mientras que el destinatario de un acto firme ya no es “presunto”, sino simplemente infractor<sup>60</sup>. Sin embargo, nuestra LPAG no dice nada parecido, por lo que la respuesta a dicha cuestión no se encuentra en el texto legal.

Al respecto, en caso la sanción ya hubiera sido ejecutada, no tiene sentido pretender que la nueva norma —o criterio administrativo o jurisprudencial— se aplique retroactivamente. En este caso, la situación o relación jurídica existente entre el administrado infractor y la Administración ya se ha agotado. Sin embargo, ¿qué sucede si la sanción es firme, pero todavía no se ha ejecutado o se encuentra en trance de ejecución? Declarado o no, el fundamento por el cual se limita la aplicación retroactiva de normas favorables en el caso de las decisiones firmes es para evitar situaciones de incumplimiento, de modo que se aliente la demora en la ejecución de la condena, a la espera de un cambio que eventualmente podría favorecer al infractor<sup>61</sup>.

Es imposible no compartir la preocupación señalada, pero la solución no está en negar sin más la aplicación de las normas favorables a las sanciones firmes, sino en distinguir los supuestos en los cuales la sanción debe ejecutarse a lo largo del tiempo (como una inhabilitación) o en un único acto (multa). En realidad, tanto en Derecho Penal como en Derecho Administrativo, la retroactividad favorable se aplicará únicamente mientras la situación jurídica —la condena— se mantenga vigente. La diferencia radica en que en Derecho Administrativo

<sup>59</sup> Incluso anterior es la sentencia del Tribunal Supremo español del 11 de mayo de 1987, RJA 4149, según la cual “El artículo 9.3 de la Constitución establece el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, por lo que, a *sensu contrario*, las normas sancionadoras posteriores son de aplicación siempre que resulten más favorables para el inculpado, que es en definitiva la doctrina que ha regido tradicionalmente en las cuestiones de intertemporalidad del derecho sancionador, no siendo óbice para la aplicación de la norma más beneficiosa que el procedimiento sancionador se encuentre en fase de impugnación jurisdiccional, posibilitando la efectividad inmediata de la nueva normativa, aconsejable en todo caso por razones de economía procesal, siempre que se haga sin menoscabo del derecho de defensa que asiste a las partes”.

<sup>60</sup> GALLARDO CASTILLO, María José. Óp. cit. pp. 144 y 145. Se aportan fundamentos distintos en: “Manual de Derecho administrativo sancionador” Óp. cit. p. 143, a partir de la inexistencia de un precepto similar al penal —que extiende la retroactividad a la ejecución de actos firmes—, frente a la expresa previsión de esta eficacia retroactiva en el caso de leyes inconstitucionales. En Perú, véase: MORÓN URBINA, Juan Carlos. Óp. cit. pp. 632 y 633, para quien sostener la aplicación retroactiva de normas más favorables a sanciones firmes “sería afectar al interés público protegido por el procedimiento sancionador administrativo, lo cual redundaría en auspiciar el incumplimiento de mandatos firmes en espera de amnistías, o exoneraciones, tratar desigualmente a los administrados que soportan las sanciones correctamente y aquellos que las prolongan en el tiempo”.

<sup>61</sup> NIETO, Alejandro. Óp. cit. Loc. cit.



las sanciones normalmente serán pecuniarias, en las cuales no tiene sentido aplicar este principio, a diferencia de lo que sucede en Derecho Penal, donde las condenas implican una privación de libertad que se mantiene en el tiempo.

Pero cuando las sanciones administrativas cumplan con esta condición, no debería existir ningún obstáculo para aplicar retroactivamente un cambio normativo, incluso si el acto es firme, reduciendo el periodo de sanción<sup>62</sup>. Dado que no existe una norma expresa que así lo establezca, nuevamente estaríamos ante un supuesto en el cual podría entenderse justificado acudir a una analogía *in bonam partem* del Derecho Penal.

Así, por ejemplo, si una conducta es sancionada con inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante cinco años, y al tercer año la norma se modifica y la pena se reduce a tres años o incluso se destipifica, el plazo de inhabilitación todavía vigente puede reducirse, pero esto no afecta a la terminación de la relación –estatutaria o laboral– que se produjo en virtud de la condena, porque esa fue instantánea y ya se cumplió (es decir, no tendría que ser repuesto). Lo mismo sucede con una multa, incluso si no ha sido pagada, pues en tal caso lo que existe no es la ejecución de la sanción, sino un incumplimiento por parte del administrado, que no puede ser premiado con una disminución de la pena. ¶

<sup>62</sup> Así, por ejemplo, el propio Alejandro Nieto, luego de defender que el principio de retroactividad no se aplica para las sanciones firmes, afirma que “no ofrece dudas la aplicación retroactiva favorable de otras sanciones de cumplimiento indefinido, como, por ejemplo, la pérdida de capacidad para realizar determinadas actividades (retirada de licencia) o suspensión temporal o indefinida de su ejercicio (cierre de establecimiento)”. NIETO, Alejandro. Óp. cit. p. 240. Reconocen la diferencia entre las sanciones pecuniarias y las que tengan otra naturaleza, GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Iñigo SANZ RUBIALES. Óp. cit. pp. 190 y 192. Por su parte, LÓPEZ MENUDO, Francisco. Óp. cit. pp. 731 y siguientes, defiende la “carta de naturaleza” del principio de retroactividad *in bonus* en el Derecho Administrativo, lo que lo llevaría a ser aplicable en todos los casos en los cuales la sanción estuviera ejecutándose, al igual que sucede en Derecho Penal.