

Christian Bello Gordillo

LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

FUNDAMENTOS, ALCANCES Y LÍMITES

PRÓLOGO DE
Miguel Polaino Navarrete



Dado que la sociedad cambia constantemente, las normas en la que ésta se funda tienen que reflejar estas vertiginosas transformaciones sociales. Empero, muchas veces, las nuevas valoraciones sociales van acompañadas de valoraciones políticas que, so pretexto de una necesidad de actualización de la política criminal, utilizan más bien al Derecho penal con el objetivo de introducir modificaciones normativas simbólicas que apacigüen –temporalmente– presiones de la comunidad y/o de los medios de comunicación. Estos cambios normativos, que afronta hoy más que nunca el Derecho penal y que desencadenan conflictos normativo-temporales cada vez más complejos de resolver, son, precisamente, la esencia y motivación que subyacen a esta importante contribución académica.

A partir de un análisis pormenorizado y del balance del estado de la cuestión, en el desarrollo se pone de relieve que los fundamentos que soportan a los principios de irretroactividad y retroactividad *favorable*, han estado disociados de sus reales ámbitos de aplicación y, sobre todo, concebidos en términos muy subjetivos; todo lo cual, ha venido propiciando –en muchos casos– una limitación de sus alcances prácticos al Derecho penal material, a pesar de que, en estricto sentido, no sólo en el momento de la conminación penal el Estado puede abusar de su potestad punitiva, también lo puede hacer durante el proceso penal y la ejecución de la pena.

Estas y otras cuestiones problemáticas, latentes y neurálgicas en el Derecho penal contemporáneo, y que trascienden el plano puramente teórico, son desarrolladas a profundidad con el objetivo de consensuar y delimitar las bases para una teoría de *aplicación de la ley penal en el tiempo*, desde un enfoque particular de su autor: la necesidad de una respuesta penal neutral y equilibrada, de la mano con una visión del Derecho penal como sistema integral.



LA LEY PENAL EN EL TIEMPO
Fundamentos, alcances y límites

CHRISTIAN BELLO GORDILLO

LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

Fundamentos, alcances y límites

PRÓLOGO DE
Miguel Polaino Navarrete

Barcelona
2020


BOSCH EDITOR

© OCTUBRE 2020 CHRISTIAN BELLO GORDILLO

© OCTUBRE 2020

JTB BOSCH
EDITOR

Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-122527-2-9

ISBN digital: 978-84-122527-3-6

D.L.: B 19520-2020

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

*«El tiempo no es en absoluto precioso, porque es una ilusión.
Lo que usted percibe como precioso no es el tiempo sino
el único punto que está afuera del tiempo: el Ahora».*

(Eckhart Tolle)

*A mi madre, siempre conmigo.
A mi padre, un ejemplo de vida.
A mi hermano, más cerca que nunca.*

Y de manera muy especial:

*A mis tres tesoros, Karim, Tiziana y Alessio,
lo más perfecto y bonito que me pudo pasar.*

Índice

Abreviaturas.....	15
Prólogo.....	19
Introducción.....	23

SECCIÓN PRIMERA

Cronología histórica y estado actual

CAPÍTULO I

El Principio de Legalidad como base del Derecho penal intertemporal	29
I. Cuestiones introductorias.....	29
II. Fundamentos históricos y bases filosóficas	31
III. Rol y garantías derivadas	40
A. La prohibición de analogía.....	47
B. La prohibición de derecho consuetudinario	52
C. La prohibición de leyes penales indeterminadas.....	54
D. La prohibición de retroactividad	57
IV. Evolución en el ordenamiento español.....	59
A. La Constitución de Cádiz	60
B. El Estatuto Real de 1834	62
C. La Constitución de 1837.....	63
D. La Constitución de 1845.....	65
E. La Constitución de 1869.....	66
F. La Constitución de 1876.....	67
G. La Constitución de 1931.....	69
H. La Constitución de 1978.....	71
V. Desarrollo y evolución en el contexto internacional	73

A.	El sistema europeo de protección de los derechos humanos..	76
B.	El sistema americano de protección de los derechos humanos.....	78
C.	El sistema africano y el Derecho internacional humanitario .	79
D.	El nuevo Derecho penal internacional	80

CAPÍTULO II

	La configuración actual del Derecho penal.....	83
I.	Características	83
II.	Derecho penal simbólico	86
III.	Derecho penal de la seguridad.....	91
IV.	Derecho penal de las víctimas.....	102
V.	Derecho penal de menores	116
VI.	Derecho penal económico	120
VII.	Derecho penal internacional.....	135
VIII.	Balance y propuesta sobre dónde ubicar el Derecho penal	142

SECCIÓN SEGUNDA**Dinámica****CAPÍTULO III**

	La problemática de la sucesión de leyes penales.....	155
I.	El carácter dinámico del ordenamiento jurídico	155
II.	Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo	161
	A. Ciclo de vida de la ley penal	161
	B. Existencia	162
	C. Eficacia.....	164
	D. Extinción.....	166
III.	Principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes penales	169
	A. La irretroactividad de la ley penal (nueva o más gravosa).....	169
	B. La retroactividad penal favorable (en sucesión de leyes penales).....	174

SECCIÓN TERCERA

Fundamentos

CAPÍTULO IV

Irretroactividad de la ley penal (nueva o más gravosa).....	179
I. Generalidades.....	179
II. Fundamento jurídico-político.....	180
III. Fundamentos jurídico-penales.....	181
A. Principio de culpabilidad.....	181
B. Función de motivación de la norma penal.....	184
C. La prohibición de leyes penales ‘ <i>ad hoc</i> ’.....	191
IV. Fundamento axiológico: la seguridad jurídica.....	193
A. Seguridad jurídica como certeza.....	193
B. Seguridad jurídica como previsibilidad.....	196
C. Seguridad jurídica como límite objetivo al <i>ius puniendi</i> estatal.....	199
V. Otras fundamentaciones.....	202
VI. Toma de postura: la exigencia de neutralidad en la respuesta penal.....	202

CAPÍTULO V

Retroactividad de la ley penal más favorable.....	209
I. Retroactividad penal favorable (en sucesión de leyes penales)	209
A. Clases de retroactividad.....	209
B. Conceptualización en función de sus distintos grados.....	211
C. Conceptualización en función de las doctrinas iusprivatistas.....	214
D. Conceptualización en función a su orientación temporal.....	222
E. Toma de postura: búsqueda de un punto de conexión neutral.....	223
F. La ultractividad como consecuencia derivada.....	224
II. Fundamentos.....	227
III. Toma de postura.....	232

SECCIÓN CUARTA**Alcances y límites****CAPÍTULO VI**

Lineamientos para la determinación del alcance de la irretroactividad de la ley penal	245
I. Cuestión previa.....	245
II. La incidencia del modelo de Estado.....	246
III. La influencia de los fines de la pena	248
IV. La irrelevancia de la ubicación sistemática de la norma penal	251
V. El entendimiento del Derecho penal como sistema integral	257
VI. El <i>tempus commissi delicti</i> como principio orientador	259
A. ¿Desvalor de acción o desvalor de resultado?.....	263
B. Algunos supuestos complejos de determinación.....	265

CAPÍTULO VII

Límites de la irretroactividad de la ley penal	269
I. Capacidad de rendimiento material: ámbito indiscutido	269
A. Ley penal material.....	269
B. Medidas de seguridad.....	271
C. Leyes penales en blanco	273
II. Capacidad de rendimiento formal: ámbito discutido.....	275
A. Ley penal procesal.....	275
B. Ley penal de ejecución	288
III. Problemas complejos de sucesión normativa	293
A. Beneficios penitenciarios	293
B. Responsabilidad civil <i>ex delicto</i>	299
C. Derecho penal internacional y de los derechos humanos.....	303
D. Cambios jurisprudenciales.....	309
Conclusiones	319
Bibliografía	329

Abreviaturas

apto.	Apartado
art.	Artículo
arts.	Artículos
BGH	Tribunal Supremo alemán
BOC	Boletín Oficial de las Cortes
BOE	Boletín Oficial del Estado
BVerfG	Tribunal Constitucional alemán
CC	Código Civil español
CE	Constitución Española de 1978
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
cfr.	Confróntese
coord.	Coordinador
coords.	Coordinadores
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
cit.	Cita
CJM	Código de Justicia Militar español
CP	Código Penal español
DT	Disposición Transitoria
dir.	Director

ed.	Editorial
EM	Exposición de Motivos
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
Exp.	Expediente
FJ	Fundamento Jurídico
FFJJ	Fundamentos Jurídicos
GG	Constitución alemana
Ibid.	Ibidem (lo mismo)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOTCC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LORRPM	Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor
num.	Numeral
Nº	Número
Nºs	Números
ob.	Obra
ob. cit.	Obra citada
pág.	Página
págs.	Páginas
PG	Parte general
PE	Parte especial
pf.	Párrafo
pfs.	Párrafos
prof.	Profesor

pról.	Prólogo
PIDCP	Pacto internacional de Derechos civiles y políticos
RD	Real Decreto
RDA	República Democrática alemana
s.	Siguiente
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StGB	Código Penal alemán
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
t.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional español
TS	Tribunal Supremo español
<i>Vid.</i>	<i>Videtur</i> (véase)
vs.	<i>Versus</i>
vg.	Verbigracia
vol.	Volumen

Prólogo

La ley penal tiene, como toda obra humana, unos límites espaciales y temporales de vigencia que enmarcan su existencia normativa. No consiste, ciertamente, en Derecho natural ni pretende erigirse en disposición perdurable de manera perpetua en el tiempo. Y sólo podría ser de esa manera. De un lado, la ley penal no es, únicamente, un producto *formal* del parlamento, el producto normativo de las Cortes Generales en ejercicio de su potestad legislativa y según un determinado procedimiento, sino algo más que eso: la ley es, *materialmente*, el modo jurídico de creación, reconocimiento y garantía de la libertad de los ciudadanos. Y, de otro, la ley penal no puede tener una vigencia ilimitada en el tiempo precisamente porque no es un producto de la naturaleza sino un producto de la cultura y, en tanto tal, nace, se conforma, se adapta y soluciona un conflicto social determinado, en un contexto interpersonal concreto, en un particular momento histórico. Haciendo uso de la dualidad terminológica de Karl Binding (cuya opus magnum: *Die Normen und ihre Übertretung* tanto nos sigue enseñando al cabo de los años idos), la ley se convierte en *norma* en tanto media la relación personal en el contexto social.

La norma es un concepto fundamental del fenómeno jurídico: no es exclusiva del Derecho pero sí característica y definitoria de él. Todo Derecho es, pues, un conjunto ordenado, coherente y sistemático de normas jurídicas. Por su parte, la norma jurídica presenta una doble estructura: de un lado, un aspecto formal o externo (el «artículo», como señala Polaino-Orts, una suerte de cubículo o vehículo formal mediante el cual el legislador manifiesta su voluntad legisferante) y un aspecto material o de contenido (la expectativa social, que queda oficializada o consagrada en la norma u que se concibe como la condensación de los derechos fundamentales de la persona).

Desde ese punto de vista, la norma penal *institucionaliza* expectativas sociales, no cualesquiera sino en concreto las expectativas normativas que definen la esencia de la persona en Derecho, la relación interpersonal y la propia estructura social en que esas relaciones se desarrollan. Esto significa que la

norma penal garantiza derechos y, al mismo tiempo, posibilita derechos: esto es, es garantía del reconocimiento de derechos fundamentales y ofrece, a su vez, el sustento normativo para que esos derechos puedan ejercerse en un contexto de libertad y de seguridad.

Pero precisamente por eso la norma es instrumento de poder, y no sólo de poder punitivo (*ius puniendi*), sino de poder político de una magnitud incalculable. Precisamente por eso los gobernantes muchas veces han tendido, en sus derivas autoritaristas, a manejar a su antojo (del uso al abuso) la configuración, la interpretación y la aplicación de las leyes penales. Aun sin desconocer sugerentes antecedentes históricos (como, en nuestro ámbito hispano, la Magna Charta leonesa, otorgada por Don Alfonso, Rey de León y de Galicia, en las Cortes de León de 1188), la perfilación moderna del principio de legalidad en la obra de Feuerbach, a principios del siglo XIX, significó no sólo el establecimiento de un muro de contención en el ejercicio del poder absoluto del Estado sino la configuración de un fundamento democrático para el reconocimiento y la garantías de los derechos de la persona. Desde ese punto de vista, el principio de legalidad se configuró, como decía Mezger, en «un palladium de la libertad ciudadana», en el principio básico que, en nuestra cultura jurídica, proporciona un fundamento seguro a la administración de justicia. Por ello, en el moderno Estado social y democrático de Derecho el principio de legalidad es una garantía de seguridad jurídica, y también de implícito reconocimiento de libertad: en Derecho –y, por antonomasia, en el Derecho penal– está permitido todo aquello que no está prohibido por ley. O para decirlo con las palabras de Jiménez de Asúa: el principio de legalidad es «el termómetro que mide el calor de las convicciones liberales de un Estado».

Pero aun así el riesgo de un empleo subrepticio y espurio de la ley penal no puede eliminarse fácilmente, ni siquiera en los Estados democráticos: el principio de legalidad es un principio estrictamente conectado al poder político, con el que mantiene una estrecha interconexión y una necesaria interdependencia, y no pocas veces existe la tendencia de que el aspecto político coloree con una tonalidad interesada el contenido de una ley penal.

Los problemas que presenta la configuración del llamado Derecho penal intertemporal son muchos y variados: desde la configuración, vicisitudes y aplicación del principio de legalidad como base de ese Derecho penal intertemporal a su inserción en el seno de la concepción actual de la disciplina penal, desde la problemática de la sucesión de leyes penales al de irretroactividad general de la nueva ley más gravosa, desde el reconocimiento a la retroactividad de la ley

penal más favorable a la determinación del alcance de la ultractividad y de los límites de la irretroactividad, en suma: un sinfín de problemas no sólo teóricos sino también prácticos que suscitan muchas dudas doctrinales y jurisprudenciales que no siempre se alcanza a resolver satisfactoriamente.

Una teoría general del Derecho penal intertemporal y no pocos problemas de aplicación y de interpretación normativa ofrece en esta obra mi estimado discípulo peruano Christian Eduardo Bello Gordillo, abogado penalista de bien reconocido prestigio que ha sabido conjugar admirablemente los aspectos teóricos del Derecho penal y la aplicación práctica de la disciplina. Para la realización del presente estudio, que fue su investigación doctoral para la colación del más alto grado académico en la Universidad de Sevilla en 2017, ya contaba Christian Bello con una firme preparación como jurista: sus estudios brillantes en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), su incipiente decantación—siendo aún estudiante universitario— por el Derecho penal y su obra inicial sobre *Principio de irretroactividad de la ley penal: fundamentos y alcances* (publicada en la «Serie Summa cum laude» de esa Universidad, en 2008) fueron un estupendo aval para su incorporación al programa de doctorado del Departamento de Derecho penal de la Universidad de Sevilla, programa que yo entonces coordinaba.

Varias veces coincidí, por aquel entonces, en Lima y, luego, en Sevilla con el Dr. Bello Gordillo. Desde el inicio pude ponderar en el joven investigador que era entonces, y que sigue siendo ahora, una recia personalidad científica y una seriedad académica que abunda en nuestro ámbito universitario. Joven respetuoso y comedido, de pocas palabras o, por mejor decir, de palabras exactas y justas, con una clarividencia argumentativa manifiesta, siempre observé en Christian Bello ideas muy claras sobre el Derecho penal y sobre la Universidad actual. Me expuso, de entrada, el tema sobre el que quería investigar, las obras que había leído y las que le quedaban por leer, cómo quería estructurar el trabajo y adonde quería llegar... Claro que luego, en el desarrollo de su estudio, introdujo modificaciones, revisiones y ampliaciones, pero no se puede decir, desde luego, que el joven Christian Bello careciera de plan académico ni—como se dice ahora— de cronograma de investigación.

Y esa misma clarividencia expositiva y resolutoria se pone de manifiesto en el trabajo de investigación doctoral que tuve el gusto de dirigir y que ahora ve la luz, méritos que ya resaltó un tribunal de prestigiosos especialistas conformado por los queridos y admirados colegas Juan Carlos Ferré Olivé, Carmen

Gómez Rivero, Miguel Olmedo Cardenete y Miguel Polaino-Orts, que valoró este trabajo y le confirió la máxima calificación académica.

Desde hace años el Dr. Bello Gordillo compatibiliza el ejercicio de la abogacía, la docencia universitaria y la investigación científica. En esa triple manifestación de su impronta jurídica ha sabido configurar una personalidad plena de jurista integral (*Volljurist*, como le llaman los alemanes). Todas esas dimensiones de su personalidad se han retroalimentado bilateral o multilateralmente, y tengo para mí que Christian Bello es tan buen abogado porque es tan buen teórico del Derecho penal y tan destacado como profesor porque conoce la práctica penal de cerca y en profundidad.

El único riesgo de diversificar el talento jurídico en diversas dimensiones es que una se vaya sobreponiendo a las otras y acabe por fagocitarlas (es bien sabido que el ejercicio de la práctica *absorbe* a la teoría, aunque a mí, paradójicamente, me haya ocurrido, a lo largo de mi ya larga vida académica, lo contrario): lo óptimo sería alcanzar la *mesotes*, de que hablaba Aristóteles, un difícil pero sabio equilibrio, una refrescante simultaneidad de roles como jurista. Hace ya una década y media que Christian Bello imparte clases en su Universidad de origen y es, también, socio junto a Luis Felipe Cortez Febres y a Jorge Massa Carrillo de Albornoz de un prestigioso bufete de abogados en el Perú (CMB Abogados), especializados en Derecho penal y en Criminal Compliance. Sus compañeros de despacho, con buen criterio, seguramente porque también han sabido conjugar admirablemente la teoría y la práctica, le permitieron que potenciara su interés académico, universitario e investigador y, de ese modo, con ese refrendo, pudo afrontar su tesis doctoral sevillana con diligencia, preparación, acierto y eficacia. El resultado lo tiene el lector en sus manos y, a la vista de él, estoy seguro del acierto de que, al menos por esta vez y esperemos que alguna otra en su brillante porvenir, mi querido y admirado colega y amigo el Dr. Christian Bello Gordillo haya dejado *en suspenso*, siquiera sea momentáneamente, su rol de prestigioso abogado y haya potenciado, durante ese tiempo, el de brillante investigador: el de penalista que no sólo resuelve los problemas en la práctica sino también en la teoría, y que es capaz de ilustrarnos sobre ellos con trabajos de la calidad, la clarividencia y la sugerencia de éste que hoy, para alegría nuestra, ve la luz.

Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* Miguel Polaino Navarrete

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

Introducción

Un tema que en estos tiempos debería ser de capital importancia es el referido a la *Ley Penal en el Tiempo*. Empero, bajo la firme creencia de que todo está dicho y saturado sobre esta vieja materia, se piensa que no hay mucho más por decir; por lo que, como se puede constatar, no ha recibido en la literatura penal toda la atención que merece una materia tan rica como la que me mueve a emprender esta investigación.

Desde que nace hasta que muere una persona, un sin número de normas le son –potencialmente– aplicables. Dependerá de las decisiones que tome, en las distintas facetas y etapas de su corta o larga vida, para que unas u otras sean al fin de cuentas las elegidas. Esta cuestión –determinar la ley aplicable en un espacio temporal– es una de las más debatidas que se puede presentar en el mundo del Derecho en general y, más particularmente, en el Derecho penal, toda vez que, siendo éste un instrumento violento de control social formal, puede propiciar un ejercicio arbitrario del *ius puniendi*, como tantas veces ha ocurrido en la historia de la civilización.

Producto de este dinamismo, las leyes penales evolucionan y se adaptan a las exigencias político-criminales; penalizando conductas y despenalizándolas, o bien disminuyendo o incrementando el rigor en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Pero a su vez, dicha sucesión normativa desencadena conflictos temporales, al confluir dos o más normas penales que reclaman vigencia para regir un determinado hecho o situación jurídica. Este conflicto normativo no se presenta únicamente en el Derecho penal sustantivo. Acontece también en el proceso penal y en la ejecución de la pena. Todo dependerá del punto de conexión o de referencia temporal con el que se aprecie la confluencia de las normas.

Esta difícil tarea de seleccionar la norma aplicable en un caso concreto, para luego determinar los efectos que ésta desplegará, corresponde al estudio del Derecho penal intertemporal; más específicamente, a los principios que ordenan y esclarecen la correcta aplicación de la ley penal en el tiempo: irretroactividad, retroactividad y ultractividad.

Sin embargo, como no es infrecuente en el mundo de los juristas, esta materia está plagada de tópicos y prejuicios doctrinales, que a medida que endurecen con el paso del tiempo se vuelven prácticamente indestructibles. Así, la problemática que subyace a la aplicación de la ley penal en el tiempo está fuertemente impregnada de premisas inflexibles, como las del buen Derecho penal liberal, la necesaria neutralización de la víctima, la vigencia irrestricta de la retroactividad favorable, la aplicación inmediata de las normas procesales o de ejecución, la prevalencia o superioridad moral del Derecho penal internacional, la imposibilidad de conciliar los derechos de la víctima e imputado, entre otros.

El presente estudio tiene precisamente por objeto cuestionar estos y otros tópicos asociados a la dinámica de la sucesión de normas penales en el tiempo, pues en el contexto que vivimos hoy, diametralmente diferente a la época de la Ilustración, se hace impostergable actualizar los *fundamentos, alcances y límites* de la aplicación de ley penal en el tiempo. Para ello, se invita a evitar una férrea e irreflexiva resistencia al Derecho penal moderno, postulando a su vez la imposibilidad de construir un nuevo Derecho penal fuera de los derroteros del Derecho penal clásico.

En este orden de ideas, el planteamiento central radica en: i) alcanzar el grado máximo de neutralidad a la hora de seleccionar la ley aplicable ante una sucesión de normas penales en el tiempo, así como ii) buscar un punto de equilibrio –en aquellos ámbitos posibles– entre los derechos e intereses de los actores involucrados en el conflicto penal. De ambas premisas, dependerá la capacidad de rendimiento de los principios que ordenan la sucesión de leyes en el tiempo en la configuración actual del Derecho penal.

Para la consecución de tales fines, se revisará, en la Sección Primera, como punto de partida, la cronología histórica y estado actual de la cuestión del principio de legalidad penal: base del Derecho penal intertemporal, ya que ordena, controla y regula la potestad punitiva del Estado, reforzando la seguridad jurídica a la hora de tener que elegir una norma, entre muchas, potencialmente aplicable. Al final de ese recorrido, se expondrán los rasgos característicos del moderno Derecho penal, para por último hacer un balance y propuesta sobre hacia dónde debe ubicarse el mismo.

En la Sección Segunda, se abordará la problemática específica de la sucesión de leyes penales en el tiempo, los ciclos de vida de la ley, los principios

ordenadores de la eficacia temporal, finalizando con las clases, formas y conceptos que a lo largo del tiempo han pretendido explicar cuándo una norma es o puede ser retroactiva y cuándo no. Aquí, se pondrá de manifiesto que la irretroactividad de disposiciones desfavorables constituye siempre, en todos los casos, la regla a seguir, mientras que la ultractividad es una consecuencia derivada de la misma. Por último, se expondrá el estado de la cuestión en torno a la retroactividad favorable, adelantándose que la misma no se condice con el fundamento común de la irretroactividad *in peius*.

En la Sección Tercera de la presente contribución, se expondrá el estado actual de la discusión en la dogmática respecto de los fundamentos del principio de irretroactividad *in peius* y de retroactividad *in bonam partem*, planteando, en ambos casos, la necesidad de buscar un fundamento más *neutral*, que no esté dissociado de su ámbito de aplicación —el cual demanda una extensión a normas que van más allá del Derecho penal material—, pero tampoco al margen de la víctima como parte del problema penal. En esta línea, se debe alcanzar la máxima garantía de objetividad e imparcialidad posibles en el Derecho penal intertemporal, a fin de que no dependa de los vaivenes políticos. Para ello, la retroactividad *favorable* no debería quedar al margen de esta necesidad, más aún cuando se estima que los diferentes derechos entre la víctima y el imputado no son irreconciliables, antes bien susceptibles de armonización.

En la Sección Cuarta, última de la presente contribución, tras haber puesto en su sitio a los principios en juego (el de irretroactividad *in peius*, como límite a la facultad de penar del Estado, y el de retroactividad *in bonam partem*, como amplificación de dicha facultad), se ofrecerá no un método, sino lineamientos a tomar en consideración para dilucidar la correcta aplicación de la ley penal en el tiempo y la capacidad de rendimiento de la exigencia de *lex praevia*, más allá de la conducta punible y la pena. Para articular ese planteamiento, se explicará *por qué* el *tempus commissi delicti* es el único punto de conexión temporal, aplicable a cualquier norma jurídico-penal (material, procesal o ejecutiva) que ofrece una garantía real de objetividad y neutralidad en la respuesta penal. Cerrando esta sección, a partir de los fundamentos expuestos, se delimitará el ámbito de aplicación de la exigencia de *lex praevia* en aquellas zonas de claridad y aquellas más grises. Dentro de estas últimas, se encuentran las normas procesales, los beneficios penitenciarios, las normas de Derecho penal internacional, las normas que condicionan reparación civil y los cambios jurisprudenciales.

El punto de observación y de cotejo, si bien reposa esencialmente en el Derecho penal español, con mirada a la experiencia comparada, procura ser lo más abstracto posible respecto del contenido de determinadas leyes, pues el objetivo final es sentar las bases para una homogeneidad y aplicación universales de la ley penal en el tiempo.

SECCIÓN PRIMERA

Cronología histórica y estado actual

CAPÍTULO I

El Principio de Legalidad como base del Derecho penal intertemporal

I. Cuestiones introductorias

En estos tiempos, en que todo –absolutamente todo: personas, creencias, procesos, principios e, incluso, valores– se encuentra en período de prueba, es decir, sujeto a una evaluación permanente, y en los que prima la exaltación del momento antes que una estrategia articulada y sistémica en el quehacer legislativo, la vida de una ley es efímera. Es más, podría decirse, sin exagerarse, que nace condenada a morir. Y si de una ley penal se trata, podría incluso llegar a discutirse, en muchos casos, si realmente nació. Es tal la expansión del Derecho penal y la velocidad con la que ésta se produce que el principio de intervención mínima y su consideración como *ultima ratio* también han pasado a mejor vida.

Nos guste o no, ésta es la realidad, no podemos ser ajenos a ella. El *derecho estático*, marcó una época en la historia y murió con ella. El *derecho dinámico* rige, desde hace mucho, la actual configuración de la sociedad. De tal modo que la tarea de quienes, desde distintas posiciones, difundimos el Derecho penal, es concreta: analizar si los fundamentos y postulados que motivaron el nacimiento del llamado *Derecho penal liberal*, se mantienen –o mejor aun, deben mantenerse– en la actualidad. Negarse al cambio, aferrándose –por mera usanza– a la escuela antigua o aventarse por simple moda a las nuevas corrientes, no debe ser el camino. Decantarse, dentro de este nuevo contexto, por una u otra posición doctrinal, con las consecuencias prácticas derivadas, debe pasar por *despersonalizar* el problema que se enfrenta y buscar un real *equilibrio* ante las tensiones que se manifiestan.

Dentro de esa *check list*, se encuentra *–on the top–* la problemática relativa a la eficacia temporal de la ley penal: aplicación inmediata, retroactividad, irretroactividad y ultractividad son, entre otras, dimensiones temporales de la ley penal que, dentro de las nuevas exigencias de respuesta penal, son puestas a prueba.

Para adentrarnos al estudio de la ley penal en el tiempo y pretender resolver –tarea nada fácil y hasta, para muchos, muy atrevida¹– los distintos problemas que presenta –en el contexto actual– el fenómeno de la sucesión normativa en materia penal, se debe, necesariamente, retroceder al estudio de su base. Y ésta no es otra que el principio de legalidad², que si bien está presente en todo el ordenamiento jurídico, en el Derecho penal, más que en cualquier otro instrumento formal de control social, tiene una relevancia mayor: controlar el ejercicio (más intenso) del *ius puniendi* estatal, sujetando la actuación de los poderes públicos a la ley.

Del catálogo de principios jurídicos garantistas³, el de legalidad es, sin duda alguna, uno de los de mayor relevancia jurídica en la actualidad. Su vigencia y consideración como principio⁴ fundamental del Estado de Derecho se extiende a nivel internacional⁵. Y es que, en casi la totalidad de ordenamientos jurídicos basados en el sistema románico-germánico, en los que la ley es la principal fuente de derecho, el principio de legalidad constituye la piedra an-

1 Uno de los juristas españoles en poner de relieve las dificultades que trasuntan a esta materia en los 80 es López Menudo. En esta línea, *vid.* López Menudo: 1981: 4, quien señala que el principio de legalidad, junto con la *seguridad* en la vida social y el *respeto de la dignidad* de los medios de protección, son percepciones generales sobre la persona, que revisten el carácter de principios y condicionan la política criminal.

2 Sánchez-Ostiz 2012: 87.

3 Sánchez Martínez 2004: 78-82.

4 En este sentido, Ávila 2011: 163, señala que «los principios son normas inmediatamente finalistas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y de parcialidad, para cuya aplicación requieren una evaluación de la correlación entre el estado de las cosas que ha de promoverse y los efectos derivados de la conducta considerada como necesaria para su promoción».

5 Roxin 1997: 143.