



LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

-Fundamentos, alcances y límites de vigencia-

TESIS PARA OPTAR AL GRADO
DE DOCTOR PRESENTADA POR

Christian Eduardo Bello Gordillo

bajo la dirección académica del
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel POLAINO NAVARRETE

Sevilla, 2017.

A muchos:

A mi madre, allá arriba pero aquí siempre presente.

A mi padre, con máximo orgullo y profunda admiración.

A mi hermano, por estar cada vez más unidos.

A mis mejores amigos, Lucho y Coco.

Y dejo para el final:

A mis hijos, lo máspreciado que tengo en esta vida.

A mi esposa, lo mejor que me pudo pasar y a quién corresponde todo esto.

<i>Abreviaturas</i>	11
<i>Introducción</i>	15

SECCIÓN PRIMERA
Cronología histórica y estado actual

CAPÍTULO I. El principio de legalidad como base del Derecho penal intertemporal	23
I. Cuestiones introductorias.....	25
II. Fundamentos históricos y bases filosóficas.....	28
III. Rol y garantías derivadas	38
A) <i>La prohibición de analogía</i>	46
B) <i>La prohibición de Derecho consuetudinario</i>	52
C) <i>La prohibición de leyes penales indeterminadas</i>	55
D) <i>La prohibición de retroactividad</i>	60
IV. Evolución en el ordenamiento español.....	61

A)	<i>La Constitución de Cádiz.....</i>	62
B)	<i>El Estatuto Real de 1834.....</i>	65
C)	<i>La Constitución de 1837.....</i>	66
D)	<i>La Constitución de 1845.....</i>	68
E)	<i>La Constitución de 1869.....</i>	69
F)	<i>La Constitución de 1876.....</i>	71
G)	<i>La Constitución de 1931.....</i>	73
H)	<i>La Constitución de 1978.....</i>	75
V.	Desarrollo y evolución en el contexto internacional.....	79
A)	<i>El sistema europeo de protección de los Derechos humanos.....</i>	82
B)	<i>El sistema americano de protección de los Derechos humanos.....</i>	84
C)	<i>El sistema africano y el Derecho internacional humanitarios.....</i>	86
D)	<i>El nuevo Derecho penal internacional.....</i>	87
CAPÍTULO II. La configuración actual del Derecho penal...		91
I.	Características.....	93
II.	Derecho penal simbólico.....	96
III.	Derecho penal de la seguridad.....	102
IV.	Derecho penal de las víctimas.....	116
V.	Derecho penal de menores	134

VI.	Derecho penal económico.....	139
VII.	Derecho penal internacional.....	158
VIII.	Balance y propuesta sobre <i>dónde</i> deber ir el Derecho penal....	168

SECCIÓN SEGUNDA Dinámica

CAPÍTULO III.	La problemática de la sucesión de leyes penales.....	183
I.	El carácter dinámico del ordenamiento jurídico.....	185
II.	Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo.....	193
	A) <i>Ciclo de vida de la ley penal</i>	193
	B) <i>Existencia</i>	194
	C) <i>Eficacia</i>	196
	D) <i>Extinción</i>	199
III.	Principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes penales.....	202
	A) <i>La irretroactividad como regla</i>	202
	B) <i>La retroactividad como excepción</i>	208
	1. <i>Clases de retroactividad</i>	209
	2. <i>Conceptualización en función a sus distintos grados</i>	212
	3. <i>Conceptualización en función de las</i>	

	<i>doctrinas iusprivativistas.....</i>	215
4.	<i>Conceptualización en función a su orientación temporal.....</i>	225
C)	<i>Toma de postura: búsqueda de un punto de conexión neutral.....</i>	226
D)	<i>La ultractividad como consecuencia derivada.....</i>	228

SECCIÓN TERCERA **Fundamentos**

CAPÍTULO IV.	De la Irretroactividad de la ley penal más perjudicial.....	235
I.	Generalidades.....	237
II.	Fundamento jurídico-político.....	239
IV.	Fundamentos jurídicos-penales.....	240
	A) <i>Principio de culpabilidad</i>	240
	B) <i>Función de motivación de la norma penal.....</i>	243
	C) <i>La prohibición de leyes penales ad hoc.....</i>	253
V.	Fundamento axiológico: la seguridad jurídica.....	255
	A) <i>Seguridad jurídica como certeza.....</i>	255
	B) <i>Seguridad jurídica como previsibilidad.....</i>	259
	C) <i>Seguridad jurídica como límite objetivo al ius puniendi estatal.....</i>	263

VI.	Otras fundamentaciones.....	266
VII.	Toma de postura: la exigencia de neutralidad en la respuesta penal.....	267

CAPÍTULO V. De la Retroactividad de la ley penal más favorable..... 275

I.	Fundamentos.....	277
II.	Toma de postura.....	282

**SECCIÓN CUARTA
Alcances y límites**

CAPÍTULO VI. Lineamientos para la determinación del ámbito de aplicación de la Irretroactividad de la ley penal más perjudicial..... 297

I.	Cuestión previa.....	299
II.	La incidencia del modelo de Estado.....	300
III.	La influencia de los fines de la pena.....	303
IV.	La irrelevancia de la ubicación sistemática de la norma.....	307
V.	El entendimiento del Derecho penal como sistema integral.....	313
VI.	El <i>tempus comissi delicti</i> como principio orientador.....	316
	A) <i>¿Disvalor de acción o disvalor de resultado?</i>	320
	B) <i>Algunos supuestos complejos de determinación</i>	323

CAPÍTULO VII. Vigencia y ámbito de aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal más perjudicial.....	329
I. Capacidad de rendimiento I: ámbito indiscutido.....	331
A) <i>Ley penal material</i>	331
B) <i>Medidas de seguridad</i>	333
C) <i>Leyes penales en blanco</i>	336
II. Capacidad de rendimiento II: ámbito discutido.....	339
A) <i>Ley penal procesal</i>	339
B) <i>Ley penal de ejecución</i>	354
III. Problemas complejos de sucesión normativa.....	361
A) <i>Beneficios penitenciarios</i>	361
B) <i>Responsabilidad civil ex delicto</i>	368
C) <i>Derecho penal internacional y de los Derechos humanos</i>	373
D) <i>Cambios jurisprudenciales</i>	381
<i>Conclusiones</i>	391
<i>Bibliografía</i>	407

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
LOTC	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
Vid.	Videre (véase)
vs.	Versus
vg.	Verbigracia
vol.	Volume

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. Ésta cuestión –la determinar la ley aplicable en un determinado espacio temporal- es una de las mas 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 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, -entre otras metas- 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 vigencia* 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 del presente trabajo es que se debe procurar 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, en la Sección Primera, se revisará, 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 ir 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, *core* 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, postulo que 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 comissi 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 del contenido de determinadas leyes. El objetivo final es pues 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 *última 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 aún 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 ese *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.

¹ Uno de los penalistas 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.

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 angular⁶ sobre la base del cual se sustenta el Estado y su ejercicio de poder. Como señala Hurtado Pozo «*los órganos estatales deben someterse a la ley y la validez de sus actos depende de que tengan una base legal*».⁷

En efecto, sólo en la medida en que las normas que dicta el Estado a través del parlamento estén previstas anticipadamente por ley, adquirirán obligatoriedad y legitimidad. Es por ello, que la legalidad, antes que un principio exclusivo del Derecho penal, es un postulado básico del derecho positivo y una garantía destinada a todas las disciplinas del ordenamiento jurídico. En este sentido puede afirmarse que, como señala González Cussac, el principio de legalidad constituye la esencia misma del Estado de Derecho⁸.

En las próximas líneas, se ingresará a revisar los fundamentos históricos del principio, resaltando los hitos fundamentales del mismo a través del tiempo y sus bases filosóficas, para luego poder hacer un balance

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.

⁶ Así, Fierro 2003: 103.

⁷ Hurtado Pozo 2005: 139

⁸ González Cussac 2007: 233.

sobre su elasticidad y capacidad de rendimiento en la configuración actual del Derecho penal.

II. Fundamentos históricos y bases filosóficas

El derecho no sólo se deriva de la filosofía y de la necesidad originaria de unirnos como sociedad, sino también de aquellos sucesos históricos inherentes a la naturaleza humana, que crean rupturas en el tiempo y sorprenden a la estructura preestablecida de los pueblos⁹. En tal sentido, aunque no es propósito de la presente investigación zanjar la discusión aún no cerrada en la dogmática penal, respecto a los orígenes concretos del principio de legalidad penal¹⁰, no por ello, se dejará de revisar las raíces del mismo que son materia de consenso; para así comprender, a partir de sus bases históricas, sus alcances reales en el Derecho penal contemporáneo. Además, abordar un estudio histórico político del tema, responde a la necesidad ineludible de ubicarse en ese proceso cultural, pues no debe olvidarse que el Derecho penal cumple un papel estabilizador y garante de la organización política, para resguarda la convivencia pacífica bajo determinada ideología¹¹.

Rastreando sus más remotas raíces, aunque para García-Pablos de Molina dicha retrospectiva carezca de sentido¹², puede hallarse el antecedente en la *Carta a los romanos* de San Pablo: «*donde no hay ley, tampoco hay transgresión*»¹³ o en la opinión –aislada– de Cicerón, quien se

⁹ Rodríguez Moreno: 35.

¹⁰ Para más detalle sobre el estado actual de la discusión sobre los orígenes del principio de legalidad penal, *vid.* Ruiz Robledo 2003: 39-53.

¹¹ Maier 1996: 260.

¹² García-Pablos de Molina 2009: 427.

¹³ En este sentido, *vid.*, Hruschka 2012: 93.

adelantó a reivindicar y defender la idea de que no pueden vincularse consecuencias negativas o adversas a una conducta del pasado, la cual no se hallaba prohibida al momento de realizarla¹⁴, aunque más adelante, durante su mandato como pretor urbano dio fuerza retroactiva a su edicto relativo a testamentos hechos anteriormente, rompiendo así el precedente de leyes anteriores, según el cual la ley sólo se aplicaba a los hechos posteriores a su entrada en vigor¹⁵. Quizá, esa marcada bipolaridad, lleva a Jimenez de Asúa a afirmar, recogiendo a Schottländer, que pese a su vestidura latina, el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege* no tiene realmente un origen romano¹⁶, lo cual no parece desacertado; puesto que, esta garantía, resultaba incompatible con el carácter totalitario del imperio.

La consideración originaria del principio de legalidad en lo que a textos históricos se refiere, se remonta al año 393 con la Constitución de Teodosio I; sin embargo, será la Constitución de Teodosio II y Valentiniano III del año 449, la que con el nombre de *regla teodosiana* constituye la base fundamental de una de las exigencias derivadas del principio de legalidad: *lex praevia*¹⁷. Años después (533), esta corriente fue recogida en el Digesto de Justiniano, estableciendo la prohibición de establecer más penas que las impuestas especialmente para cada delito por una ley u otro derecho. Y, mucho más adelante, en el siglo XIII, concretamente en 1215, con la *Magna Charta Libertatum* del Rey Juan sin Tierra¹⁸, cuando los varones ingleses se rebelaron contra los excesos de la monarquía, refugiándose en la abadía de

¹⁴ Fernández 2015: 69.

¹⁵ López Menudo 1981: 10.

¹⁶ Jimenez de Asúa, 1992: 383.

¹⁷ López Menudo 1981: 11.

¹⁸ Ruiz Robledo 2003: 39.

Pontigny, escribiendo sesenta y tres artículos, siendo el 39 el más representativo:

*«Ningún hombre libre será tomado o aprisionado, o despojado o proscrito, o destruido de cualquier manera, ni pasaremos sobre él, ni enviaremos por él, salvo por el juicio legal de sus pares o por la ley de su país.»*¹⁹

Sin desconocer esta larga evolución del principio a lo largo de la edad media, lo cierto es que la desmedida crueldad y desigualdad de la aplicación del Derecho penal que primó durante esa fase, como el conocido caso *Calas* o la ejecución de *Damiens*, no permiten ubicar en dicho período su origen universal. Es más bien en la historia de la moderna civilización, con los pensadores del siglo de las Luces²⁰, que se sientan las bases del Estado liberal de Derecho. Efectivamente, la consideración doctrinal inicial de la legalidad como principio fundamental del Derecho penal se remonta al siglo XVIII, en pleno auge de la Ilustración²¹, con el pensamiento de Beccaria²², adherente de la teoría del contrato social, para quien:

¹⁹ Cárdenas Rioseco, 2009: 3.

²⁰ Los pensadores de la Ilustración sostenían que el conocimiento humano podía combatir la ignorancia, la superstición y la tiranía para construir un mundo mejor. La Ilustración tuvo una gran influencia en aspectos científicos, económicos, políticos y sociales de la época. Este tipo de pensamiento se expandió en la burguesía y en una parte de la aristocracia, a través de nuevos medios de publicación y difusión, así como reuniones, realizadas en casa de gente adinerada o de aristócratas, en las que participaban intelectuales y políticos a fin de exponer y debatir acerca de ciencia, filosofía, política o literatura. A pesar de que la mujer en estos campos no ocupaba un lugar decisivo en la sociedad, algunas de ellas se involucraron en este movimiento. <https://es.wikipedia.org>.

²¹ Por todos, Castillo Alva 2004a: 27.

²² La vocación humanista de Beccaria, así como la fuerza de sus ideas, queda graficada en las siguientes líneas reproducidas en Llobet Rodríguez 2015: 101 «Muy pocos han examinado y combatido la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos

«(...) sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad.»²³

Conforme a la doctrina del contrato social²⁴, la organización política se basa en la división de poderes, en la que la ley es de competencia exclusiva de los representantes del pueblo²⁵. Así, sólo por mandato de la ley, una conducta podía ser calificada como delito. De esta manera, se proscribió -la práctica usual hasta ese entonces- que el castigo sea impuesto en función de la voluntad del juez o sobre la base del derecho consuetudinario. Evidentemente, se trata de una conquista de orden político²⁶.

criminales, parte de la legislación tan principal y tan descuidada en casi toda Europa. Poquísimos, subiendo a los principios generales, combatieron los errores acumulados de muchos siglos, sujetando a lo menos con aquella fuerza que tienen las verdades conocidas el demasiado libre ejercicio del poder mal dirigido, que tantos ejemplos de fría atrocidad nos presenta autorizados y repetidos. Y aun los gemidos de los infelices sacrificados a la cruel ignorancia y a la sensible indolencia, los bárbaros tormentos con pródiga e inútil severidad y los horrores de una prisión, aumentados por el más cruel verdugo de los miserables que es la incertidumbre de la suerte, debieran mover a esa clase de magistrados que guía las opiniones de los entendimientos humanos».

²³ Beccaria 1982: 29-31.

²⁴ Sobre el particular, Pérez Luño, citado por González Tapia 2002: 180-181, señala que: «la teoría del contrato o pacto social supone que «los sujetos contratantes sabrán a qué atenerse, les será posible calcular las consecuencias de sus actos y prever los beneficios de sus derechos, ahora tutelados».

²⁵ Mir Puig 1998: 76.

²⁶ De Vicente Martínez 2004; 20-22; Mir Puig 1998: 75-76; Suárez-Mira Rodríguez 2005: 101.

Como señala Jimenez de Asúa²⁷, la filosofía del siglo XVIII fue decisiva no sólo para que surgiese la máxima como derecho individual en Francia, sino para darle universalidad que antes no tuvo. La doctrina de Montesquieu sobre la división de poderes, y sobre todo las concepciones filosóficas de Rousseau, de las que fue tomado el principio, influyeron en Beccaria, cuya obra *De los delitos y las penas*²⁸ condensó el pensamiento ilustrado de la época: la necesidad de poner límites al terror penal imperante, específicamente, a través de a) la necesidad de una ley previa, b) el rechazo al arbitrio judicial en la creación de delitos e imposición de penas y de los procedimientos inquisitivos de carácter cruel y c) la proporcionalidad entre la pena y el delito²⁹. Por ello, con razón, existe consenso en que los aportes de Beccaria dieron origen al *garantismo constitucional del Derecho penal*, promoviéndose, a partir de ese momento, una gran reforma legislativa que introdujera una serie de garantías penales y procesales, que se llegaron después a incorporar en las constituciones políticas³⁰.

Este movimiento iluminista, con su vertiente de enciclopedismo en Francia y el correspondiente del mundo germano (Aufklärung) que se trasladaría rápidamente a toda la sociedad occidental, al situar al hombre en una nueva posición, da origen a un Derecho penal respetuoso de sus derechos fundamentales (derechos *naturales* del hombre). Así, en 1775 se

²⁷ Jimenez de Asúa 1992: 387.

²⁸ La publicación de Beccaria “De los delitos y de las penas” en 1764, es considerada como uno de los hitos jurídicos de más relevancia en la historia del Derecho penal.

²⁹ Creus 2011: 33, relievra que «El rechazo del arbitrio judicial y la exigencia de ley previa para que pueda imponerse la pena, las dudas sobre la necesidad de la crueldad de ésta y la repugnancia por los procedimientos atroces de indagación, aparecen en casi todos los pensadores de la época».

³⁰ Llobet Rodríguez 2015: 89.

rebelaron las trece colonias inglesas de América del Norte, lo que llevó a que en 1776 las constituciones de algunos Estados Federados americanos como Virginia y Maryland consagraran el principio, así como el Código Penal Austriaco de José II de 1787³¹. Dos años después, como era previsible, esta teoría caló en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la que plasmó positivamente el principio en su art. 8º: «*nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada*».

La otra línea para limitar la respuesta penal fue desarrollada por Kant, quien es considerado el precursor de la concepción del Estado de Derecho³² y una de las cabezas filosóficas mejor dotadas de todos los tiempos. Para él, los criterios utilitaristas no pueden tener prioridad; su papel, en el mejor de los casos, debe estar subordinado. El punto de partida de su enfoque, radica en que la imposición de una pena por el comportamiento realizado (porque *ha delinquido*), como retribución del mismo, exige vincular la cantidad de castigo a la cantidad del mal causado. Así, el reconocimiento del principio de legalidad, se abre paso a través de su idea original de *situación de derecho* (refiriéndose a lo que hoy en día se conoce como Estado de Derecho), la cual implicaba la necesaria publicidad del derecho objetivo vigente en esa situación de derecho. En palabras de Kant: «*el prototipo de ley requiere una publicación general para producir una situación de derecho que la ley es pública*»³³.

³¹ Roxin 1997: 142.

³² Hruschka 2012: 87.

³³ Hruschka 2012: 91.

Dos años más tarde, ya a principios del siglo XIX, Feuerbach recoge la idea de Kant de que una persona sólo puede ser penada cuando y porque *ha delinquido*. Así, a través de su conocido apotegma *nullum crimen, nullum poena sine lege*, íntimamente relacionado con su *teoría de la coacción psíquica*³⁴, se expanden los alcances del principio de legalidad, manteniendo su vigencia y sentido hasta la actualidad³⁵.

Definitivamente, el principio de legalidad alcanza su mayor expresión con el positivismo y no antes. Una clara demostración son las codificaciones que datan del siglo XIX, incoadas en la segunda mitad del siglo XVIII en la Ilustración; entre ellas, el Código Penal francés de 1810, el Código Penal de Baviera de 1813 (Alemania) y el Código Penal español de 1821. Ello, es incuestionable puesto que sólo la ley positiva es fuente de creación de delitos, y no así la costumbre o el derecho natural. De ahí que, para algunos, como Frígols I Brines, no sea posible rastrear el origen del principio de legalidad sin la existencia de un enfoque positivista a partir del cual «sólo la ley positiva, dictada por el poder político humano, puede ser considerada como existente»³⁶.

³⁴ Conforme se expone en Cárdenas Rioseco 2009: 11, Feuerbach, de esta teoría deduce que: «Toda pena jurídica en el Estado, es la consecuencia jurídica de una ley fundada en la necesidad de conservación del Derecho exterior y que amenaza la lesión jurídica con un mal sensible. De aquí surgen las siguientes máximas no sometidas a excepción alguna: I. La existencia de una pena supone una ley penal anterior; «nulla poena sine lege». Pues solamente la amenaza del mal por la ley, fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena. II. La existencia de una pena está condicionada por la existencia de la acción amenazada, «nulla poena sine crimene». Pues la pena conminada está ligada por la ley al acto como supuestos jurídicamente necesario. III. El acto legalmente amenazado (el supuesto legal) está condicionado por la pena legal, «nullum crimen sine poena legali». Pues el mal, como una consecuencia jurídicamente necesaria, está ligado por la ley a la concreta lesión jurídica».

³⁵ En este sentido, González Tapia 2002: 179.

³⁶ Frígols I Brines 2004: 240.

Pese a esta efervescencia, en el mismo siglo XIX se comienza a observar un rechazo al principio de legalidad, fundamentalmente por parte de la escuela positiva italiana, liderada por Lombroso, quien propugnó el arbitrio judicial y la sentencia indeterminada, bajo la tesis de que eran los tribunales los que debían elegir el tratamiento más apto o conveniente para el delincuente. Sin embargo, no fue posible la eliminación del principio, pues ya tenía fuertes raíces en Europa y América³⁷.

La primera crisis del principio de legalidad penal, pues como se verá más adelante nos encontramos actualmente frente a una segunda muy visible, llega más tarde, en pleno siglo XX, con los regímenes totalitarios de la URSS y del III Reich. En el caso del primero, es conocido que al día siguiente de la revolución, se impuso a los jueces la obligación de fallar de acuerdo a su *sentimiento socialista*, empleándose la figura de la analogía como la base principal de atribución de responsabilidad. Así, el art. 10º del Código penal soviético de 1922, estableció: «*en caso de ausencia en el Código penal, de precepto específico para algún delito en particular, las medidas penales o de defensa se configurarán conforme a aquellos artículos del Código penal que contemplen delitos análogos por su importancia y calidad*».

Por su parte, en el III Reich, se fue mucho más allá, pues se declaró como fuente del Derecho penal *el sano sentimiento del pueblo*, estableciendo el art. 2 del Código penal alemán lo siguiente: «*será castigado quien cometa un hecho que la ley declara punible o que merezca una pena según la idea esencial de una ley penal o según el sano sentimiento del pueblo, si ninguna ley determinada puede aplicarse*

³⁷ Cárdenas Rioseco 2009: 13.

directamente al hecho éste será castigado conforme a la ley cuyo concepto básico corresponda mejor a él». Esta es una clara muestra de cómo, una coyuntura política y social, sumadas a la exaltación del momento, pueden vaciar de contenido al principio de legalidad.

Como nos enseña este recorrido cronológico, el principio de legalidad tiene un fundamento prioritariamente de orden político³⁸, en tanto surge como una garantía frente a la arbitrariedad estatal³⁹, que responde a su origen en la Revolución Francesa y la Ilustración. Ciertamente, durante esa época residía en el monarca la facultad de decidir, a su sola voluntad, qué constituía delito y qué pena correspondía. Frente a ese absolutismo, en respuesta aparece la corriente filosófica de la Ilustración y con ella la Revolución; a partir de la cual se erige como garantía política del ciudadano⁴⁰ el principio de separación de poderes y, como consecuencia de éste, se concreta un mandato doble de competencias específicas⁴¹ y excluyentes: para el legislador, la atribución de crear los delitos y las penas (crear Derecho penal) y, para el juzgador, la atribución de interpretar y aplicar las normas penales (decir Derecho penal).

³⁸ Los fundamentos del principio de legalidad penal son diversos. Destacan entre ellos (i) la prevención general, (ii) el principio de culpabilidad, (iii) el liberalismo político, (iv) la democracia y división de poderes y (v) la seguridad jurídica. Y no es que unos respondan mejor que otros a la *ratio* del principio. En realidad, todos lo justifican en alguna medida; sino que dependerá de la garantía concreta derivada y de los alcances prácticos que se le pretenda asignar. Así, por ejemplo, la prohibición de analogía *in bonam partem* se fundamenta en el principio de *favor libertatis*, mientras que la prohibición de retroactividad, se ajusta más a la idea de seguridad jurídica. Para más información, ver Roxin 1997: 144-147.

³⁹ Blanco Lozano 2004: 143.

⁴⁰ Mir Puig 1998: 76.

⁴¹ Para más información respecto a las competencias concretas derivadas del principio de legalidad que corresponden tanto al legislador como al juez, *vid.* Jakobs 1997: 95-103.

Así las cosas, la importancia del principio es tal, que, de no existir, la existencia y la legitimidad del sistema penal estarían en entredicho. Y es que, negar su vigencia o relajar sus alcances, podría conllevar a que se apliquen los más terribles y aberrantes castigos, todo ello a capricho del gobierno de turno, del tribunal, del clamor popular y/o de los medios de comunicación⁴². De ahí que, el fundamento central del principio de legalidad penal deba ser siempre la limitación del *ius puniendi* en un Estado de Derecho⁴³. Como señala FIERRO⁴⁴, toda estructura política que no cimiente su ideología en el respeto de la libertad individual y en los restantes Derechos humanos, necesariamente ha de entender al principio como una molesta traba a su despliegue.

La afirmación anterior se sustenta en que el ejercicio del *ius puniendi*, en tanto poder jurídico⁴⁵, no puede ser *ayer, hoy o mañana*, irrestricto; debe estar siempre sujeto a límites. Máxime, en un Estado de Derecho⁴⁶, en el que el respeto irrestricto por la persona, sus libertades y

⁴² Blanco Lozano 2004: 145.

⁴³ En esta línea, Bustos Ramírez 2004: 565; Mir Puig 1998: 74. Así también, Zugaldía Espinar 2004: 234, para quien: «el principio de legalidad constituye una garantía esencial del ciudadano en un Estado de derecho».

⁴⁴ Fierro 2003: 125.

⁴⁵ *Vid.* Cobo Del Rosal y Vives Antón 1999: 61.

⁴⁶ Yacobucci 2014: 369, señala en relación al principio de legalidad y el Estado de Derecho que: «para que pueda cumplir con los objetivos de racionalidad en el ejercicio del poder respecto de las libertades y bienes fundamentales de orden personal y comunitario y como reaseguro contra la arbitrariedad, debe expresarse bajo dos características esenciales. En primer lugar, que todo ejercicio del poder esté sometido a formas y procedimientos preestablecidos para la toma de decisiones en los distintos niveles de ejecución que han de ser conocidos previamente por la sociedad. Y, en segundo lugar, debe respetar o realizar ciertos contenidos básicos de bondad, racionalidad, justicia y bien común, sin los cuales la exteriorización del poder, aún a través de las leyes penales, no pasa de ser una modalidad en la imposición de la voluntad gubernativa en cualquiera de sus tres funciones».

derechos constituyen una necesidad imperiosa⁴⁷. El *ius puniendi*, en cualquier circunstancia, debe hallarse sometido y condicionado por el *ius poenale*⁴⁸. No se debe perder de vista que la ley penal no sólo es fuente del derecho a castigar, sino, así mismo, su límite⁴⁹. En palabras de Roxin: «*un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal*»⁵⁰.

III. Rol y garantías derivadas

El principio de legalidad juega un papel trascendental en la creación y aplicación de la ley penal⁵¹. Se trata de una suerte de principio de principios⁵², a partir del cual se desarrollan una serie de sub-principios y garantías jurídico-penales, que constituyen -en distintas etapas- límites al *ius puniendi* estatal. Empero, para ello, como señala Bacigalupo⁵³, se requiere que el sistema penal garantice la igualdad en la aplicación de la ley; es decir, una vigencia plena y efectiva de un Estado de Derecho. La mera proclamación del principio y/o su plasmación positiva, no garantiza su eficacia, como lo demuestra el hecho de que la existencia de leyes que lo

⁴⁷ En esta línea, acertadamente Mir Puig sostiene que el principio de Estado de derecho «impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad» (Mir Puig 1998: 74). Del mismo modo, Muñoz Conde y García Arán consideran que el principio de legalidad es «el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva» (Muñoz Conde y García Arán 1998: 107).

⁴⁸ Sobre la necesaria interrelación de ambos conceptos para justificar la potestad punitiva del Estado, *vid.* Polaino Navarrete 2004: 304.

⁴⁹ Así, Von Liszt, citado por Hurtado Pozo 2005: 148, para quien: «la ley penal constituye la Carta Magna del delincuente».

⁵⁰ Roxin 1997: 137.

⁵¹ *Vid.* Muñoz Conde y García Arán 1998: 107.

⁵² González Cussac 2007: 233.

⁵³ Bacigalupo 2006: 105.

consagraban haya convivido con regímenes autoritarios en los que no había observancia alguna de derechos fundamentales.

El principio de legalidad sienta sus bases en un Derecho penal de acto⁵⁴; para lo cual, los ciudadanos deben conocer en todo momento cuáles serán las consecuencias de su conducta y el modo en que dichas consecuencias les van a ser aplicadas, con la seguridad de que si la ley no las establece, nunca podrán afectarles⁵⁵. Así, la exigencia de legalidad en sede penal tiene hasta una triple naturaleza jurídica dependiendo del destinatario de la misma: para el *legislador penal*, como un *principio* que orienta su tarea productiva; para el *Juez*, como un *mandato* que limita sus márgenes de actuación y, para el *ciudadano*, como un *derecho*, que le garantiza que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente⁵⁶.

Conforme a la doble vertiente del principio de legalidad penal, un hecho será punible si la conducta realizada se encuentra determinada legalmente de manera previa (*nullum crimen sine lege*) y la pena será impuesta si ésta ha sido conminada anticipadamente por ley, cualitativa y cuantitativamente (*nullum poena sine lege*). Así, la expresión conjunta

⁵⁴ Roxin 1997: 177.

⁵⁵ Muñoz Conde y García Arán 2015: 110.

⁵⁶ En este sentido en Muñoz Conde y García Arán 2015: 111, se señala que: «el Tribunal Constitucional ha sistematizado el contenido del principio de legalidad penal distinguiendo entre sus aspectos materiales y formales. Así, en terminología del Tribunal Constitucional el principio de legalidad contiene en primer lugar una garantía material que se corresponde con la «predeterminación normativa de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes», es decir, proporciona la necesaria seguridad jurídica sobre cuáles son las conductas incriminadas y las personas que se les asignan. Pero además, el principio de legalidad penal conlleva una garantía formal que hace exigible que las leyes penales sean promulgadas con determinado rango, lo que equivale a la reserva de ley».

nullum crimen nullum poena sine lege, define los alcances del principio y su importancia frente a la aplicación del instrumento jurídico más violento de control social: el Derecho penal. Sin embargo, como se verá más adelante, a diferencia de otras constituciones, el art. 25,1 de la CE recoge el principio de legalidad en lo que respecta a la definición de delitos, pero omite la referencia al establecimiento de penas, lo que no es óbice para que se extraiga este alcance a partir de otras cláusulas previstas en el texto constitucional⁵⁷.

Sin ningún afán de clasificación académica⁵⁸, antes por cuestiones de coherencia expositiva y de orden lógico, las garantías del principio de legalidad penal se las dividirá en dos. Por un lado, aquellas garantías individuales que forman parte de la clásica definición de Feuerbach *nullum crimen nullum poena sine lege*, cuya aplicación se verifica en la conminación penal, en el proceso penal y en la ejecución de la pena. Y, por otro lado, aquellas garantías que, si bien de igual forma derivan del principio de legalidad, se diferencian con las primeras por el hecho que han

⁵⁷ Como por ejemplo, del art. 9.3 de la CE se puede extraer dicho alcance. El art. 9 señala: «1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.».

⁵⁸ La doctrina penal alemana distingue en el principio de legalidad, por un lado, un aspecto formal, del que se derivarían las exigencias de prohibición del derecho consuetudinario, prohibición de analogía y prohibición de retroactividad de las leyes penales no favorables, y por otro lado, un aspecto material, del que se extraerían las exigencias de concreción y determinación en las descripciones legales de las conductas delictivas y sus penas. Así, De Vicente Martínez 2004: 35.

alcanzado un reconocimiento autónomo e importancia como principios constitucionales⁵⁹.

Dentro del primer grupo, se encuentran: (i) la garantía criminal, (ii) la garantía penal, (iii) la garantía jurisdiccional y (iv) la garantía de ejecución. Cada una ellas reclama vigencia en momentos específicos del proceso penal, incluso antes y después de éste.

La llamada garantía criminal exige que el delito se halle determinado previamente por ley. Ello implica, por un lado, la proscripción de que el juzgador, basándose en criterios como la gravedad del hecho, el impacto en la sociedad o el clamor popular, califique como delito una conducta no determinada legalmente como tal y; por otro lado, la imposibilidad de que el juzgador rehúse a aplicar el *ius puniendi* del cual es destinatario, por considerar que, a pesar que la conducta se encuentra tipificada como delito por ley, no es merecedora de reproche penal. Esta garantía, por tanto, no admite el llamado *delito natural*, así como la creación de comportamientos criminales por vía judicial o a través de acuerdos adoptados en Plenos no jurisdiccionales del TS.

⁵⁹ Para Sánchez Martínez 2004: 84, «los principios de derecho penal en tanto contenidos en el texto constitucional participan de la función fundadora, informadora y crítica respecto de aquellas normas jurídicas que no se atengan a ellos. Y en tanto normas jurídicas sirven para sostener decisiones porque participan de la eficacia derogatoria o invalidante de la Constitución». A su vez, el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el Exp. N° 0010-2002-AI/TC de 3.1.03, sostuvo que: «el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*)».

Por la misma razón, no cabe definir tampoco conductas como delictivas a través de normas (administrativas) con rango inferior a ley, procedentes del poder ejecutivo⁶⁰. La garantía se encuentra plasmada a nivel constitucional en los arts. 25.1º y 9.3º de la CE, y desarrollada a nivel legal por los arts. 1º, 4.1º y 95º del CP, constituyendo un límite impuesto a las agencias de control penal, desde la etapa de investigación preliminar hasta la expedición de la sentencia⁶¹.

La garantía penal exige que la ley especifique *ex ante* la cantidad y calidad de pena que corresponde al evento delictivo. De esta manera, por más antisocial que resulte el hecho punible, no se admite la imposición de pena distinta a la prevista por ley (vg. pena privativa de libertad en sustitución de la pena de multa) ni la imposición de pena por encima del máximo legal, en respeto del principio de proporcionalidad⁶². De esta

⁶⁰ García-Pablos De Molina 2009: 440 y 441.

⁶¹ En cuanto al contenido del art. 25.1 de la CE, principalmente referido a la interpretación de la norma penal y la subsunción del supuesto de hecho en el precepto de aplicación, la STC 153/2001 señala lo siguiente: «En relación al principio de legalidad penal este Tribunal viene declarando (por todas STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 6) que tal principio supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de realización de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6).»

⁶² Uno de los límites a la limitación de los derechos de mayor relevancia en las democracias constitucionales actuales es el examen de la proporcionalidad en sentido amplio. Así, considerar la validez del derecho en oportunidad de su limitación significa que, a) los derechos actúan como límites a su limitación y b) elevan una pretensión de ejercicio. Por ello, la validez de los derechos impone límites frente a un exceso de restricción como así también frente a una omisión o acción insuficiente que imposibilite injustificadamente su ejercicio. *Vid.*, Clérico 2010: 115.

manera, esta garantía, pese a los esfuerzos de la escuela positiva italiana por eliminarla, cobra importancia en el momento de la sentencia y, en particular, en la determinación judicial de la pena⁶³. Pese a ello, no tiene reconocimiento expreso en la CE, sólo a nivel legal en los arts. 2º y 4.3º del CP.

La garantía jurisdiccional exige que el delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido⁶⁴ (*nullum poena sine lege iudicio*). Implica a que los jueces, sobre la base del principio de separación de poderes, sean los únicos facultados para la imposición de las penas y/o medidas de seguridad en el marco de un proceso penal, siempre y cuando estén predeterminados por ley y lo hagan en la forma prevista legalmente. Esta garantía exige un escrupuloso respeto de las normas legales que predeterminan el *juez natural*. El desarrollo de esta garantía se desprende de los arts. 24.2 y 117.3 de la CE, arts. 1 y 2 de la LOPJ, art. 3.1 del CP y art. 1 de la LEC. Esta proyección del principio de legalidad al proceso penal es un freno importante frente a la necesidad de búsqueda de la verdad material a cualquier precio, puesto que excluye toda posibilidad de arbitrariedad en el proceso.

⁶³ El art. 49º del anteproyecto del Código Penal peruano de 2004, Ley N° 27837 de 4.10.02, presenta, en relación a la determinación judicial de la pena, una novedad respecto a la movilidad de la individualización judicial de la pena, mediante el denominado «sistema de cuartos». En él, para efectuar el proceso de individualización, el juez dividirá el ámbito punitivo de movilidad de la pena conminada para cada tipo en cuartos: si concurren circunstancias atenuantes, o no concurren ni atenuantes ni agravantes, el juez sólo podrá individualizar la pena dentro del primer cuarto sobre el extremo mínimo de la pena; si concurren circunstancias atenuantes y agravantes, se individualizará la pena dentro de los cuartos intermedios; si concurren circunstancias agravantes se individualizará la pena dentro del último cuarto por debajo del máximo de la pena.

⁶⁴ Mir Puig 1998: 77.

La garantía de ejecución, vinculada por cierto al principio de humanidad de las penas⁶⁵, demanda que la pena o medida de seguridad se ejecute en la forma prevista legalmente, y no conforme a la voluntad del juzgador, de la víctima, de la sociedad o de los medios de comunicación. Con ello, se garantiza la prohibición de todo trato inhumano o degradante⁶⁶, producido por penas estigmatizantes que buscan la inocuización del

⁶⁵ El principio de humanidad de las penas demanda, en el derecho de ejecución penal, la prohibición de penas inhumanas y degradantes, conforme al art. III del TP del CEP. Así, Zaffaroni 1998: 179-180.

⁶⁶ El TC ha considerado expresamente que: «la calificación de una pena como inhumana o degradante no viene determinada exclusivamente por su duración sino que depende de las modalidades que revista su ejecución, de modo que la pena no suponga sufrimientos de una especial intensidad ni provoque una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena». *Vid.* SSTC de 22 mayo de 1986 y 30 de marzo de 2000. En ésta última, se señaló además lo siguiente: «8. Por lo tanto, hemos de afirmar desde ahora que al contenido absoluto de los derechos fundamentales, determinado en la forma que acaba de indicarse y que, según lo dicho, comporta necesariamente, una proyección ad extra, no pertenecen todas y cada una de las características con las que la Constitución consagra cada uno de ellos, por más que, en el plano interno, todas ellas vinculen inexcusablemente incluso al legislador, en razón de su rango. Sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal; pero, en modo alguno podrían tenerla las configuraciones específicas con que nuestra Constitución le reconoce y otorga eficacia. Así, al analizar esta cuestión en relación con las garantías contenidas en el art. 24 CE, las SSTC 43/1986, FJ 2 y 54/1989, FJ 4, han señalado que, si bien los Tribunales extranjeros no se hallan vinculados por la Constitución española ni por su elenco de derechos protegidos por el recurso de amparo, sí lesionan los derechos fundamentales las resoluciones de los órganos judiciales españoles que homologan "una resolución judicial foránea en un supuesto en que, por ser contraria a los principios esenciales contenidos en el art. 24 de la Constitución, debiera haber sido repelida por el orden público del foro". Este último concepto "ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 de la Constitución", ya que "aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros».

delincuente⁶⁷. Esta labor es de competencia exclusiva del juez, quien tiene la responsabilidad de velar porque no se produzcan interferencias en la ejecución de las penas y/o medidas de seguridad. Ha sido reconocida expresamente en el art. 3.2 del CP⁶⁸ y en las disposiciones que rigen la ejecución de penas privativas de libertad contenidas en la Ley General Penitenciaria y su Reglamento.

Dentro del segundo grupo de garantías derivadas⁶⁹, consideradas como *consecuencias del principio de legalidad*⁷⁰, se encuentran: (i) la

⁶⁷ Sobre las consecuencias funestas del empleo de sanciones inocuizadoras en el ámbito de la dignidad, privacidad y libertad de los condenados, *vid.* Herrera Moreno 2002: 75.

⁶⁸ Art. 3.2 del CP: «Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.»

⁶⁹ Una de las garantías que forma parte del principio es el *ne bis in idem*, que tiene su origen en la doctrina norteamericana del “double jeopardy”, según la cual todo ciudadano, al margen de su inocencia o responsabilidad, no puede ser sometido más de una vez al riesgo de la pretensión punitiva estatal. Lo contrario significaría tolerar una ilimitada intromisión pública sobre la esfera de libertad y seguridad de la pena. El Estado tiene una sola oportunidad para perseguir y sancionar a un ciudadano por la realización de un injusto. El fundamento de esta prohibición reposa tradicionalmente en el principio de legalidad (volver a sancionar una misma ilicitud supone rebasar los límites de la sanción prefijados), aunque más modernamente razones de seguridad jurídica y proporcionalidad vienen perfilando su campo de aplicación. Y es que, qué duda cabe, que dos sanciones por un mismo hecho implicarían una reacción excesiva del ordenamiento al infligirse al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido. Dicho exceso punitivo, concluye la sentencia del TS de 16 de enero de 2003, hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente. Así, el *ne bis in idem* se erige como un principio informador del derecho sancionatorio, siendo su campo de aplicación práctica doble: de una parte, procesal, en tanto implica el reconocimiento del derecho a no ser sometido a un doble procedimiento respetando, de ser el caso, la regla de subordinación de la actividad sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de Justicia; de otro parte, material y referido a la interdicción de una duplicidad de sanciones en el mismo o en distinto ámbito normativo.

prohibición de analogía, (ii) la prohibición de derecho consuetudinario, (iii) la prohibición de leyes penales indeterminadas y (iv) la prohibición de retroactividad. Este otro grupo de garantías del principio de legalidad penal, resumidas por Roxin con la frase «*el principio de legalidad (...) sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva*»⁷¹, serán analizadas con más detalle a continuación, dado que su desarrollo dogmático es más rico -aunque no a profundidad, pues escapa al estudio de la dinámica temporal de la ley penal-.

A) La prohibición de analogía

Cuando acontece un hecho que carece total o parcialmente de consecuencia jurídica prevista legalmente, se está frente a lo que se conoce como laguna del derecho. Ello sucede porque las normas jurídicas, al ser creación humana, no son ni serán capaces de abarcar a plenitud todos los supuestos que puedan presentarse en la realidad. Sostener lo contrario sería utópico, por más capacidad de proyección y abstracción mental del legislador. Para dar solución a estos vacíos normativos se recurre precisamente a la analogía: método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia⁷².

La analogía no surge con el pensamiento de la Ilustración, toda vez que para los seguidores de esta corriente filosófica el juez era concebido

⁷⁰ Sobre la consideración del principio de irretroactividad como consecuencia lógica y obligada del principio de legalidad, *vid.* Vidales Rodríguez 2001: 77.

⁷¹ Roxin 1997: 137.

⁷² Rubio Correa 2001: 289.

como un *impersonal autómeta de subsunción*⁷³ o en palabras de Montesquieu como «*la boca que pronuncia las palabras de la ley*»⁷⁴. En esos tiempos al juez le estaba vedada la posibilidad de crear derecho o de interpretar el sentido de una norma jurídica, bajo el entendimiento que la voluntad del legislador, considerada el *espíritu de la ley*, era la única fuente de referencia valorativa. Afortunadamente, esta concepción mecanicista del juez fue superada, reconociéndose que la actividad del juez no se reduce a la de un mero aplicador de la ley, correspondiéndole más bien la labor de desentrañar el significado último de la norma jurídica sobre la base de determinadas reglas de interpretación.

Sin embargo, en el Derecho penal, a diferencia de otras ramas del derecho, el recurso a la analogía -desde el Código Penal austriaco 1787⁷⁵- está proscrito como método de integración jurídica⁷⁶. No así, como razonamiento analógico para la interpretación jurídica⁷⁷. La analogía se diferencia de la interpretación en que, mientras la primera busca extraer el sentido de una norma jurídica recurriendo a elementos afines previstos en otra norma, la segunda busca extraer el significado de la norma jurídica a partir de sus posibles sentidos que se desprenden de su propio tenor literal.

⁷³ Así, Beccaria citado por Roxin 1997: 147.

⁷⁴ Montesquieu citado Roxin 1997: 147.

⁷⁵ La primera Ley que prohibió la analogía fue el Código penal austriaco de 1787, que se conoce en el ámbito iushistórico como la «Josefina», dado que fue aprobado por el Emperador José II.

⁷⁶ Zugaldía Espinar 2004: 262.

⁷⁷ En este sentido, Hurtado Pozo 1992: 89. En contra, Muñoz Conde y García Arán 2004: 122, para quienes la prohibición de analogía, antes que una forma de «interpretación analógica», constituye *una forma de aplicación de la ley*.

En cuanto a su justificación material, la prohibición de analogía halla su fundamento principal⁷⁸ en la exigencia de *lex scripta*; puesto que, sólo por ley previamente establecida se pueden crear delitos y penas, y únicamente por ley se pueden descriminalizar conductas. Mientras que su admisión –en caso de normas no restrictivas de derechos- se justifica por el principio de igualdad⁷⁹, toda vez que corresponde un tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales.

En cuanto a su ámbito de aplicación, cualquiera que sea su referencia valorativa -de *legis* o de *iuris*⁸⁰-, ésta prohíbe, sin objeción alguna, a todos aquellos preceptos penales perjudiciales al reo (analogía *in malam partem*). Esto incluye el juicio de subsunción en los tipos penales, en lo que respecta a la Parte especial, y la determinación de un estado de peligrosidad, de la pena o medida de seguridad o de una causa de justificación, en lo que respecta a la Parte general⁸¹.

⁷⁸ Otras fundamentaciones de la prohibición de analogía *in malam partem* se pueden encontrar en Urquiza Olaechea 2004: 81-90.

⁷⁹ Bacigalupo y López Barja De Quiroga 2005: 69; Castillo Alva 2004a: 148.

⁸⁰ La analogía *legis* se configura cuando se aplica un concreto precepto legal a un caso no comprendido en él. En cambio, la analogía *iuris* se configura no con la aplicación de una norma concreta, sino con la aplicación de un principio jurídico extraído de un conjunto de normas del ordenamiento jurídico.

⁸¹ Al respecto, el TC ha establecido en reiteradas ocasiones que la interdicción de interpretaciones analógicas y extensivas *in malam partem* integra, junto a la exigencia de la tipificación de los ilícitos y las sanciones mediante *lex praevia, scripta, certa et stricta*, el contenido del principio de legalidad penal y el del correspondiente derecho fundamental del art. 25.1 CE (STC 232/1997, de 16 de diciembre). Asimismo, ha señalado el TC: «En definitiva, el principio de legalidad penal es una garantía inherente al Estado de Derecho, que impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención penal, la estricta sujeción de Jueces y Tribunales al dictado de las leyes que describen delitos e imponen penas.» Así, *vid.* la misma STC 232/1997, de 16 de diciembre.

Más bien, la discusión –no tan actual⁸²- en la dogmática penal se cifra en la analogía *in bonam partem*; por cuanto, si bien ésta no perjudica a la esfera de derechos fundamentales del imputado, también supone aplicar la ley penal a supuestos no contemplados por ella. En España, la doctrina penal mayoritaria, influenciada por la doctrina penal alemana⁸³, se decanta a favor de la admisión de la analogía favorable al imputado. Esta posición se sustenta, fundamentalmente, en el propio origen político del principio de legalidad: la necesidad de proteger a los ciudadanos del poder punitivo del Estado. Se dice que, siendo el principio de legalidad una garantía individual de libertad, no puede invocárselo para prohibir la analogía que, precisamente, tenga por finalidad extender esa libertad; la analogía prohibida es, pues, únicamente la que tiene como resultado restringir la libertad, no la que tiene el efecto de ampliarla⁸⁴. A su vez, en Italia, hay muchas voces que se inclinan en el mismo sentido, como Mantovani, para quien: «*la analogía in bonam partem reduce, sobre el plano práctico, el inconveniente, congénito en la realidad formal, de fosilizar el Derecho Penal, consintiéndole adecuarse mejor a la realidad de la vida, sin renunciar a la ventaja de la garantía por la libertad individual*»⁸⁵.

En contra, se sostiene que de admitirse la analogía *in bonam partem* se conculcaría no sólo el principio de reserva absoluta de la ley que rige en materia penal, sino también el principio de separación de poderes que rige

⁸² Jimenez de Asúa 1992: 522.

⁸³ Entre ellos, Calderón Cerezo y Choclán Montalvo 2005: 71; Conde-Pumpido Ferreiro 2004: 80; Bacigalupo y López Barja De Quiroga 2005: 68; Zugaldía Espinar 2004: 264-265; Muñoz Conde García Arán 2004: 124-125.

⁸⁴ Creus 2011: 61.

⁸⁵ Mantovani 2015: 77.

en todo el ordenamiento jurídico, por cuanto se abriría paso a la creación judicial del derecho, lo cual es facultad exclusiva del legislador⁸⁶.

En mi opinión, y aunque escape a los fines de esta investigación, atendiendo a los principios de igualdad, intervención mínima y *favor libertatis*⁸⁷, debe admitirse el recurso –limitado- a la analogía favorable al

⁸⁶ Así, Jimenez de Asúa 1992: 524, se opone a todo género de aplicaciones analógicas aunque se amparen en la benignidad.

⁸⁷ El principio de *favor libertatis* responde a un derecho penal de acto y, por ende, a las exigencias de un derecho penal liberal. Conforme al mismo, toda duda o conflicto –temporal, espacial o personal- en la aplicación y/o interpretación de las normas penales, debe resolverse en beneficio del imputado. Así, frente a la incertidumbre generada por una sucesión de leyes penales en el tiempo, el principio de *favor libertatis* ofrece una solución al conflicto temporal, eligiendo la norma más favorable para la situación jurídica del acusado. En esta línea se adscribe el TC, habiendo relevado la importancia de este principio en situaciones en las que, una ley posterior, que carece de precepto transitorio que determine su propia vigencia, entorpece la correcta aplicación de la ley penal en el tiempo: «La pertinencia del «favor libertatis» resulta tanto más obligada en un supuesto en el que, planteándose un problema de sucesión de leyes en el tiempo y careciendo la «lex posterior» de todo precepto transitorio que determine su propia eficacia normativa en lo tocante a las situaciones de prisión provisional acordadas con anterioridad, los órganos judiciales, ante la duda razonable que esa circunstancias debía por fuerza suscitar acerca del alcance temporal «pro praeterito» o «pro futuro» que habría de darse a una y a otra de las dos leyes en conflicto, deben elegir y aplicar sin duda la menos restrictiva de la situación excepcional de prisión provisional». Concluyendo: «4. Si examinamos, finalmente, la cuestión promovida por el recurrente desde el plano de la irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales que el art. 9.3 de la Constitución proclama, y cuya vulneración implicaría también la violación de su derecho fundamental a la libertad ex art. 17.1 del propio Texto constitucional, el resultado a que habría de llegarse no podría ser distinto del alcanzado hasta aquí. Ello es efectivamente así porque, como hemos declarado en nuestra reciente Sentencia 140/1986, de 11 de noviembre, el derecho a la libertad y seguridad reconocido en el citado precepto constitucional «incluye todas sus garantías previstas en diversos preceptos constitucionales (el mismo art. 17, los arts. 25.1, 53.1 y 2 y 81.1), cuya vulneración supone la del mismo derecho». Es evidente que la sola vulneración del mencionado principio de irretroactividad no es por sí sola susceptible de amparo constitucional. Pero no por ello cabe excluir que la prohibición de aplicaciones retroactivas de normas restrictivas de derechos individuales opere con carácter general como una garantía constitucional frente a limitaciones indebidas del derecho a la libertad personal, garantía que, en el caso de autos, habría sido asimismo

reo. Ello, porque siendo el Derecho penal el medio más represivo de control social, que sólo reacciona ante determinados ataques contra determinados bienes jurídicos, no puede escudarse en la *reserva absoluta de la ley*, que por cierto surgió como garantía del ciudadano frente al abuso del poder estatal, para legitimar una intervención punitiva del Estado abiertamente desigual por la existencia de lagunas de punibilidad o vacíos en otras categorías normativas⁸⁸. En esta dirección se adscribe el sistema alemán⁸⁹.

No obstante, una argumentación de este tipo que aboga por la admisión limitada de la analogía *in bonam partem*, no tiene anclaje en el sistema penal español, pues éste prohíbe expresamente su empleo (art. 4.3 del CP), aunque para muchos, entre ellos Montiel, la situación no es

desconocida o vulnerada por las resoluciones judiciales impugnadas al aplicar indebidamente, como ya se ha visto, una ley posterior más restrictiva a un inculpado en situación de prisión preventiva acordada con arreglo a una ley anterior más benigna. Ello ha significado otorgar a la nueva ley una eficacia hacia el pasado que para el hoy recurrente ha comportado la prolongación de la situación excepcional de prisión, por encima del límite máximo establecido en la ley aplicable en el momento en que se acordó su privación de libertad, plazo máximo que representaba para el mismo la garantía constitucional del derecho fundamental a la libertad, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4, en relación con el apartado 1, del art. 17 de la Constitución.» *Vid.*, STC N° 32/1897 de 12/3/1987.

⁸⁸ Debe tenerse presente además que, la necesidad de recurrir a la analogía, se origina en esencia debido a un problema de falta de determinación. No puede haber una «analogía ordenada legalmente», toda vez que, precisamente, en razón de la autorización en la ley, falta una laguna legal. En este sentido, Montiel 2011: 161, señala que: «el problema real del que aquí se trata puede ser formulado por tanto sin el confuso recurso a la prohibición de analogía, es decir, mediante la pregunta si las disposiciones penales respectivas están suficientemente determinadas».

⁸⁹ Así, *cfr.* en Sánchez-Ostiz 2012: 68. Por su parte, el anteproyecto del Código penal peruano de 2004, en su art. III del TP propone, por primera vez la admisión de la analogía *in bonam partem*. Desde la Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, hasta la Constitución actual de 1993, y desde el Código Penal de Maúrtua de 1824, hasta el Código Penal vigente de 1991, no se ha reconocido la aplicación de la analogía en favor del reo.

insalvable, en virtud de que este precepto del CP enerva el principio de proporcionalidad y, por ende, resulta inconstitucional⁹⁰.

B) La prohibición de derecho consuetudinario

El principio de legalidad también pone en claro que el medio de que se vale el Estado para resolver el conflicto penal no es cualquier exteriorización de la voluntad de poder sino una *lex scripta*, lo que opera como un obstáculo para la remisión a criterios informales de incriminación e incluso de la misma costumbre como fuente de criminalización⁹¹.

Así, la ley se convierte en un monopolio para la creación de delitos, lo que se conoce como *reserva de la ley o lex scripta*. Esta reserva de la ley penal, que forma parte del contenido del principio de legalidad penal, exige, en el ordenamiento español, que la definición de delitos y las penas esté en manos únicamente del poder legislativo, entendiéndose por tal las Cortes Generales, y excluyéndose a las disposiciones normativas emanadas de las Comunidades Autónomas (art. 149,1,6 CE). Además, la Constitución española, a diferencia de otras Cartas Magnas, impone una exigencia adicional: las leyes que versan sobre derechos fundamentales deben revestir la forma de Ley Orgánica (art. 81,1 CE), lo cual es acertado, pues la ley penal debe elaborarse y promulgarse con el máximo consenso posible, a fin de limitar la expansión –desbordada- del Derecho penal, de la que estamos siendo testigos día a día.

⁹⁰ Montiel 2011: 526.

⁹¹ Así Roxin citado por Yacobucci 2014: 425.

La exigencia formal de *lex scripta*, comporta la imposibilidad de recurrir al derecho consuetudinario para, cubriendo vacíos o lagunas de punibilidad, crear delitos, fundamentar y/o agravar penas. Esta consecuencia derivada del principio de legalidad sólo encuentra eco en el sistema romano-germánico y no en el sistema del *common law*⁹²; habida cuenta que en éste último, a diferencia del nuestro, la costumbre –junto con la jurisprudencia- es fuente de producción de normas jurídicas.

A pesar de lo señalado, en la doctrina alemana está bastante extendida la opinión de que en la Parte General existe derecho consuetudinario a efectos de fundamentar y agravar la pena⁹³. En mi opinión, la única excepción posible a la regla general sería la costumbre *in bonam partem*, cuya vigencia es aceptada mayoritariamente cuando se trata de dotar de contenido y alcance a la ley penal; mas no en su capacidad abrogativa de la ley⁹⁴. Ciertamente, para interpretar el sentido y alcance de una norma penal, sí está permitido el recurso a la costumbre como fuente indirecta o *secundum legem*⁹⁵. En este sentido, Muñoz Conde y García Arán, señalan que:

⁹² En los Estados Unidos no existe un Código Penal vigente para todo el país. Cada uno de los 52 Estados que lo configuran tiene sus propias normas penales, codificadas o no, que conviven a su vez con las normas penales federales, dispersas y muy numerosas, en las que se tipifican los distintos delitos federales. Las diferencias entre las distintas legislaciones penales estatales son importantes, pero algunas de las similitudes que presentan se debe en gran medida a la influencia que sobre dichas legislaciones ejerció la publicación del conocido como *Model Penal Code*. Para más detalle, *vid.* Villegas García 2016: 239 ss.

⁹³ Roxin 1997: 159.

⁹⁴ Castillo Alva 2004a: 203.

⁹⁵ Muñoz Conde y García Arán 2004: 117.

«(...) el concepto de «fuente» puede utilizarse en un sentido distinto, no referido a la creación de normas jurídicas sino como medio de integración, interpretación y complementación de las fuentes de producción, esto es, como fuente indirecta. (...) la costumbre desempeña una importante función en la interpretación y aplicación del Derecho penal, porque también en este sector del Ordenamiento se acude frecuentemente a la utilización de conceptos indeterminados que deben ser dotados de contenido teniendo en cuenta los comportamientos sociales.»⁹⁶

Como se puede apreciar, no existe impedimento para que la costumbre integrativa opere como fuente mediata o secundaria, lo que puede ser común cuando el tipo penal contenga elementos normativos jurídicos o sociales. Más aún en el caso de los delitos imprudentes, en los que para la determinación de la impericia o negligencia se hace necesario un análisis de lo que debe hacerse en función a criterios propios de la actividad profesional (*lex artis*) o a los usos del mercado, pero no a través de la existencia de reglas u obligaciones escritas.

Así, por ejemplo, para definir los alcances de un supuesto de *error culturalmente condicionado*⁹⁷, se requiere inevitablemente del conocimiento previo de los usos y costumbres del grupo social o medio cultural en el que se ha desenvuelto el imputado. De igual forma ocurre con

⁹⁶ Muñoz Conde y García Arán 2004: 116.

⁹⁷ Así en la legislación peruana el art. 15 del Código Penal: «El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.»

las eximentes de responsabilidad penal, en las que la apreciación de la costumbre también es necesaria para la correcta interpretación de sus propios términos⁹⁸. En suma, la decisión de admitir una *costumbre* será siempre resultado de la interpretación del contenido de una norma penal⁹⁹ y no de su aptitud creadora de derecho, que en otros sistemas como en el *common law*, sí posee. Lo mismo sucede con la jurisprudencia, que tampoco debiera tener efectos normativos, sino meramente interpretativos¹⁰⁰, aunque ello ya será materia de un análisis posterior.

C) La prohibición de leyes penales indeterminadas

En materia de técnica de elaboración de leyes penales, el principal límite impuesto al legislador es la exigencia de *lex certa*. Ello supone que la facultad que tiene éste de crear *ius poneale* esté acompañada de su obligación de cumplir con el mandato de determinación; esto es, de ofrecer al ciudadano medio¹⁰¹ la posibilidad de conocer con un alto grado de objetividad lo que es tolerable o intolerable por el ordenamiento penal. Y una ley penal imprecisa o equívoca, que no prevea el núcleo de lo prohibido o la clase o cantidad de pena, atenta contra el principio de taxatividad, y crea un peligro latente para aquel ciudadano que se someta al *ius puniendi* estatal: que su situación jurídica no repose en la ley, sino en el arbitrio judicial¹⁰².

⁹⁸ En esta línea, Zugaldía Espinar 2004: 242.

⁹⁹ En este sentido, Roxin 1997: 160.

¹⁰⁰ Sosa Sacio 2005: 39.

¹⁰¹ En términos similares, Bricola citado por De Vicente Martínez 2004: 40.

¹⁰² En este mismo sentido, la CIDH ha establecido en el caso «Castillo Petruzzi» (pf. 119) que: «las conductas típicas descritas en los Decretos Leyes N.ºs 25475 y 25659 –terrorismo y traición a la patria– (...) podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como de otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces

A pesar que el destinatario del mandato de certeza es el legislador; quien, al momento de efectuar el proceso de conminación, debe procurar la mayor exactitud y especificación posible, a los jueces también se les hace extensible esta obligación, con la finalidad de que no se conviertan en instancias alternativas de elaboración normativa¹⁰³. En este sentido, el TC ha señalado que:

«(...) la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (lex certa). Esta exigencia tiene implicaciones no sólo para el legislador sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía in malam partem (...)»¹⁰⁴.

El principio de taxatividad, exige que la ley penal regule con suficiente precisión y claridad qué conductas están desaprobadas y qué penas merecerán quienes incurran en ellas. Como regla general, toda ley penal estará sometida a este principio sin importar su contenido (delito grave, delito bagatela o falta) y, en particular, esta exigencia de certeza

respectivos. (...) La imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculpados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal de conocimiento y el proceso correspondiente».

¹⁰³ Morillas Cueva 2004: 122.

¹⁰⁴ STC de 4.6.2001, citada por Morillas Cueva 2004: 122.

comprenderá tanto a los presupuestos de punibilidad, cuanto a las consecuencias jurídicas del delito; aunque se admita dogmáticamente mayor flexibilidad en la determinación en el caso de estas últimas¹⁰⁵. Si se quiebra este principio por una generalización desmedida del legislador en la construcción de los tipos penales¹⁰⁶, se desmorona la eficacia preventivo-general, el principio de separación de poderes, el principio de seguridad jurídica y, en consecuencia, la autolimitación del *ius puniendi* estatal¹⁰⁷.

Empero, siempre es necesario -incluso inevitable- un cierto grado de indeterminación¹⁰⁸, tanto por la ineficacia de efectuar regulaciones casuísticas, cuanto por las limitaciones propias del lenguaje. Respecto a lo primero, es evidente que la técnica legislativa basada en enumeraciones de casos (i) trae consigo la posibilidad de dejar fuera otras hipótesis fácticas de igual o mayor relevancia para la protección del bien jurídico, que el juzgador no podrá complementar o integrar, (ii) cierra las puertas al carácter dinámico del Derecho penal y a la evolución social, lo que impide una interpretación teológica-funcional y (iii) genera un abanico incontrolable de circunstancias y preceptos jurídicos¹⁰⁹.

Respecto a lo segundo, dado que el lenguaje humano no es objetivo¹¹⁰ ni tampoco exacto, no se le puede exigir a la ley penal,

¹⁰⁵ Roxin 1997: 175.

¹⁰⁶ Para Jakobs 1997: 95-96: «en los tipos delictivos de la Parte especial ha de evitarse la indeterminación innecesaria. Si una regulación relativamente imprecisa se puede determinar con mayor precisión, hay que elegir la variante más precisa. Evidentemente ello no es válido cuando la regulación más precisa sólo cabe manejarla con tanta dificultad (tal es el caso en la regulación muy prolija) que al aplicarla se vuelva a perder la ventaja inicial de exactitud».

¹⁰⁷ Fundamentos en que reposa el principio de taxatividad, *vid.* Roxin 1997: 169.

¹⁰⁸ Roxin 1997: 170.

¹⁰⁹ Castillo Alva 2004a: 73-74.

¹¹⁰ Berdugo Gómez De La Torre y otros 2004: 52.

construida precisamente sobre la base de éste, que posea estas características. Como apunta Hurtado Pozo «*el lenguaje no es un instrumento exacto que permita reproducir con fidelidad la realidad de lo que se habla*»¹¹¹. O como ha establecido el Tribunal Constitucional peruano, a propósito de la declaración de inconstitucionalidad de la legislación antiterrorista:

*«Esta exigencia de "lex certa" no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso»*¹¹².

También, ese grado de indeterminación se explica ante la ineficacia del uso de elementos descriptivos para abarcar en toda su extensión la conducta prohibida o para dotar de contenido exacto a formulaciones que requieren una valoración jurídica más específica. Por ello, el recurso cada vez más creciente a los elementos normativos del tipo; los cuales, a pesar de diferir del sentido gramatical, resultan trascendentales para una adecuada política criminal.

Por otro lado, en lo concerniente al límite de la indeterminación, en especial, en relación al empleo de *cláusulas generales, tipos abiertos o conceptos jurídicos indeterminados*, lo relevante, de cara a determinar si

¹¹¹ Hurtado Pozo 2005: 164.

¹¹² Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Exp. N° 010-2002-AI de 3.1.03.

una norma penal es inconstitucional por incompleta, imprecisa o equívoca, es que el núcleo de lo prohibido este plasmado en el tipo penal. En otras palabras, una norma penal será inconstitucional sólo cuando su indeterminación no sea posible reducirla a un núcleo determinable¹¹³. Utilizando la terminología de Laporta San Miguel¹¹⁴, una norma puede ser una *norma en bruto*, en unos casos más abierta que otros, pero en todos los casos, debe ser sólo hasta cierto grado, de tal manera que el pulido no llegue a generar varias posibles *normas definidas*.

En suma, lo que exige el mandato de determinación es que la ley penal contenga los criterios de decisión que permitan al juez resolver un caso concreto; es decir, afirmar la contrariedad a la norma de una determinada conducta (supuesto de hecho) y establecer la pena correspondiente (consecuencia jurídica)¹¹⁵. Al respecto, el caso de las leyes penales en blanco es ilustrativo; toda vez que, en la actualidad, y sobre todo en el ámbito de la criminalidad económica¹¹⁶, el legislador viene utilizando con frecuencia esta técnica legislativa para no tener que especificar al detalle cada uno de los términos empleados en el tipo objetivo.

¹¹³ Roxin 1997: 173. A nivel del TC, la admisibilidad de elementos normativos ha sido reconocida en la STC 62/1982 de 15 de octubre de 1982, en la que se considera que el art. 321º del CP cumple las exigencias derivadas del principio de legalidad penal puesto que «la conducta prevista en el art. 321º del CP posee el suficiente grado de predeterminación normativa para estimar cumplidas las exigencias derivadas del principio de legalidad penal, el cual no se opone a la existencia en la norma penal de determinados elementos normativos del tipo que precisen una valoración jurídica independiente», citada por De Vicente Martínez 2004:136.

¹¹⁴ Citado por Montiel 2011: 336.

¹¹⁵ García Caveró 2003: 155.

¹¹⁶ Martínez-Bujan Pérez 1998: 120.

D) La prohibición de retroactividad

Como parte de esta misión, al principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial¹¹⁷, le está encomendada la responsabilidad y función de limitar la potestad punitiva del Estado, impidiendo la aplicación de leyes penales con efectos retroactivos, a fin de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos y de reafirmar la prevención general que inspira al Derecho penal. Como se verá a lo largo, ambos principios, el de legalidad y el de irretroactividad, son el reverso y el anverso de una misma moneda, en la medida que combaten la arbitrariedad estatal y promueven la imparcialidad de la justicia penal.

La exigencia de *lex praevia* constituye una garantía emergente de la propia cláusula del Estado de Derecho, que permite al ciudadano conocer el contenido de la prohibición y las consecuencias jurídicas de sus actos¹¹⁸. La prohibición de retroactividad exige pues que la ley penal siempre tenga una aplicación hacia futuro; esto es, que rija para hechos punibles cometidos

¹¹⁷ El principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial está consagrado en múltiples tratados internacionales. Así, tenemos la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948 y aprobada internamente el 15 de diciembre de 1959 mediante Resolución Legislativa N° 13282, que en su art.11.2 estipula que «nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delitos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito». Con el mismo tenor, pero con el agregado del reconocimiento del principio de retroactividad penal favorable, el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, consagra la prohibición de retroactividad y la regla del *tempus comissi delicti*¹¹⁷. En el mismo sentido, el art. 9° de la CADH de 22 noviembre de 1969. Ya más reciente, el ECPI, reconoce la vigencia del principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial, al establecer en su art. 24.1 que «nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor».

¹¹⁸ Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional peruano en el fundamento octavo de la sentencia recaída en el Exp. N° 1593-2003-HC/TC de 30.1.04.

con posterioridad a su entrada en vigencia¹¹⁹. Pero como esto no acontece siempre, debido a la imposibilidad de que el gobierno se desvincule por completo de la política, siempre habrá la tentación de quienes ostentan el poder de utilizar el *ius puniendi* no como un medio racional de represión de conductas desviadas, sino como una herramienta política de satisfacción de intereses de grupo. Por razones de importancia, esta garantía será desarrollada en extenso más adelante.

IV. Evolución en el ordenamiento español

El principio de legalidad, una vez consagrado en la ley fundamental, se instituye como un principio de carácter constitucional¹²⁰. Y esta consideración no es meramente declarativa, sin efecto práctico alguno. Todo lo contrario, las consecuencias de su consagración, tanto para el legislador como para el juez son de suma importancia práctica, al punto de erigirse como una auténtica norma constitucional de aplicación directa¹²¹. Así, un principio constitucional, al estar consagrado positivamente en la Carta Magna, no sólo es fuente directa para el Derecho penal, sino que se convierte en norma obligatoria de máximo valor normativo en el ordenamiento jurídico¹²², a tenerse en cuenta por los órganos encargados de crear normas jurídicas y por los órganos encargados de aplicarlas. Por tanto,

¹¹⁹ Esta es una de las consecuencias del principio de legalidad, que, conjuntamente con la prohibición de leyes penales indeterminadas, constituye un límite crucial al legislador. En este sentido, Ruiz Robledo 2003: 111, para quien: «la garantía formal del principio de legalidad supone que sólo el legislador pueda decretar *ex futuro* las conductas que deben ser penadas».

¹²⁰ Sobre los límites normativos del derecho penal subjetivo, de conformidad con los principios constitucionales en los que se fundamenta el *ius puniendi* estatal, *vid.* Polaino Navarrete 2004: 310.

¹²¹ Sánchez Martínez 2004: 82.

¹²² Sánchez Martínez 2004: 85.

participa de la función fundadora, informadora y crítica respecto de aquellas normas jurídicas que no se atengan a él¹²³.

El principio de legalidad y sus garantías derivadas –en mayor y menor medida- han gozado de reconocimiento en el movimiento codificador español desde principios del siglo XIX. Efectivamente, salvo el Estatuto de Bayona¹²⁴, que fue el primer ensayo constitucional, los demás textos han dado cabida al principio, aunque con ciertos matices que merecen revisarse, siempre desde la perspectiva focalizada que nos ocupa relativa a sus alcances en el ámbito del Derecho penal intertemporal.

A) La Constitución de Cádiz

La Constitución de Cádiz -del 19 de marzo de 1812- es la primera Constitución propiamente española, toda vez que el Estatuto de Bayona de 1808 no dejó de ser una *Carta otorgada* marcada por el sello napoleónico. Se aprobó en el marco de la Guerra de la Independencia, tras el levantamiento –años atrás- del pueblo de Madrid el 2 de mayo de 1808, como una respuesta a las intenciones invasoras de Napoleón, quien aspiraba a constituir en España una monarquía, como ya había logrado en Italia, Holanda y Alemania.

¹²³ Sánchez Martínez 2004: 84.

¹²⁴ El Estatuto de Bayona de 1808 fue el primer texto constitucional español, a pesar de que este lugar suele asignarse a la Constitución de Cádiz de 1812. El Estatuto fue una Carta Otorgada, a través de la cual Napoleón trató de institucionalizar un régimen autoritario, pero con un reconocimiento básico de libertades. Aunque el modelo de halla en el constitucionalismo napoleónico (Constitución francesa del año VIII, y textos napoleónicos de Westfalia, Nápoles y Holanda), la participación de una Asamblea de notables españoles sirvió para introducir unas leves particularidades al texto original, no presentes en otros documentos de Bonaparte, y entre los que destacan el papel más relevante que se otorgó a las Cortes.

Este texto, combinando las tendencias constitucionales netamente españolas y la Constitución francesa de 1791, transfirió la soberanía y el poder del Estado -que históricamente había ostentado el Rey¹²⁵- a la Nación, incorporándose así, por primera vez, a la soberanía nacional y la separación de poderes como ejes y principios del liberalismo democrático. Es así que, como señala De Vicente Martínez, se puede afirmar que la Carta de 1812 es la Constitución española más rigurosa al basarse en una estricta división de poderes¹²⁶.

Si bien la Constitución no incorporó un catálogo de derechos y libertades, sí recogió algunos derechos dispersos en su articulado, como la libertad personal o el derecho de propiedad. Por esa razón, el texto no recoge, como sí lo hace el art. 8º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de manera expresa el principio de legalidad, lo que no era óbice para reconocer la vigencia efectiva del mismo a partir de una interpretación sistemática.

Así, si bien en la Constitución de Cádiz no hay una solemne declaración de la fórmula de Feuerbach *nullum crimen, nula poena sine lege*, ese silencio está colmado por un conjunto de artículos que limitan al

¹²⁵ En lo que a los poderes del Rey se refiere, se introdujeron modificaciones sustanciales. Si en el Antiguo Régimen el Rey había ostentado su condición en virtud de un título divino, ahora lo hacía por la gracia de Dios y la Constitución. Su poder se vio limitado, conservando una participación en el Poder legislativo, con una tímida iniciativa y un veto suspensivo así como la titularidad del Poder ejecutivo, aunque sus actos debían ser refrendados por los Secretarios de despacho. Podemos destacar dentro de la Comisión Constitucional las figuras de D. Diego Muñoz Torrero, Presidente de la misma, y a D. Agustín Argüelles, que fue el encargado de redactar el Proyecto de la Constitución y su discurso preliminar.

¹²⁶ De Vicente Martínez 2004: 85.

ius puniendi ¹²⁷, especialmente en el art. 287º, que estableció que: «Ningún español podrá ser preso, sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del Juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión». Esta omisión de la Carta de 1812, en particular respecto a la garantía penal (*nulla poena sine lege*) será convertirá en una constante el constitucionalismo español.

En lo que respecta a la exigencia de *lex praevia*, la Constitución de Cádiz no se pronuncia, omisión que es una constante en el movimiento codificador hasta la Constitución de 1837, en la que recién se reivindica que todo delito se definirá legalmente con anterioridad a su comisión.

Un límite al *ius puniendi* que sí fue proclamado expresamente en el texto es la garantía jurisdiccional del principio, en virtud a la cual, sólo los jueces podían imponer sanciones, estando prohibido el Rey de privar a algún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna. Lamentablemente, este gran aporte (monopolio jurisdiccional) fue ensombrecido con la publicación del Decreto del 23 de junio de 1813, que atribuyó al Jefe político la posibilidad de ejecutar gubernativamente las penas impuestas por las leyes de policía¹²⁸ e imponer y exigir multas a los que desobedezcan o falten el respeto, y a los que turben el orden o sosiego público¹²⁹.

¹²⁷ Ruiz Robledo 2003: 79.

¹²⁸ Ruiz Robledo 2003: 79.

¹²⁹ Ruiz Robledo 2003: 79

La Constitución de Cádiz de 1812, con 384 artículos repartidos en diez títulos, tuvo una vigencia efímera, pues tras el golpe de Estado de Fernando VII en 1814, la misma fue derogada mediante decreto del 4 de mayo del mismo año, implantándose el más férreo absolutismo durante seis años. Pese a su corta vida, la Carta ejerció un significativo influjo en la política nacional e internacional¹³⁰, directamente hasta 1868, e indirectamente, durante el resto del ciclo liberal.

B) El Estatuto Real de 1834

El regreso triunfal del absolutismo en 1823, fruto de la intervención de los Cien Mil Hijos de San Luis, puso fin al trienio liberal iniciado en Cádiz, retomándose las bases y fundamentos del Derecho penal del Antiguo Régimen, pero entroncando con el despotismo ilustrado de Carlos III. Así, se abrió paso a la *Década Ominosa*, en la que Fernando VII recuperó plenos poderes desde 1823 a 1833, proclamándose tras su fallecimiento Isabel II como heredera al trono. Ello generó una reacción antiliberal, que terminó provocando la división entre los *realistas puros*, descontentos de la moderación del régimen y aquellos que respaldaron a Fernando VII y su apertura moderada.

En este contexto, y como una suerte de equilibrio de corrientes, nace en Aranjuez el 10 de abril de 1834 el Estatuto Real, como una Carta que pretendía equidistancia entre el absolutismo y el liberalismo. Pretendió conjugar el orden y la libertad¹³¹, la tradición de la década ominosa con las

¹³⁰ Ruiz Robledo 2033: 79

¹³¹ Los pilares del Estatuto Real fueron, en primer lugar, una soberanía compartida de las Cortes con el Rey. Se desechó, por tanto, la soberanía nacional. La separación de poderes, recogida implícitamente, se articuló de manera flexible, permitiendo la colaboración e interacción entre los tres poderes y con ello el nacimiento por primera vez en España del

ideas nuevas, y buscó, sin éxito, la conciliación de los españoles, divididos en extremos ideológicos. Así, de tan sólo 50 artículos, fue una constitución que buscó ser flexible, breve y moderada, pero que al no regular la organización de las Cortes, sus funciones y sus relaciones con el Rey y, sobre todo, al no contener una declaración de derechos fundamentales del ciudadano, no fue trascendente. Más bien, se trató de una dejación voluntaria de poderes por parte de la Corona, que se vio obligada por las circunstancias a transferirlos a otros órganos, similar a la concedida por Luis XVIII a los franceses en 1814¹³². No ofreció, por tanto, ningún aporte respecto del principio de legalidad o de sus garantías derivadas.

C) La Constitución de 1837

El constante enfrentamiento entre moderados y progresistas impidió la aplicación pacífica de las reglas del Estatuto Real, lo que condujo al Motín de los Sargentos de la Granja en 1836, que forzó a la Regente María Cristina a restaurar la Constitución de 1812¹³³, constituyéndose un nuevo

régimen parlamentario. El Estatuto reconoció formalmente la existencia del Consejo de Ministros y la compatibilidad entre el cargo de ministro y el de parlamentario; además, la práctica dio carta de naturaleza a la cuestión de confianza y al voto de censura.

¹³² El Estatuto Real significó el fin definitivo del Antiguo Régimen en España e introdujo las instituciones y mecanismos parlamentarios que existían en los Estados europeos políticamente más avanzados de aquel tiempo. Sin embargo, el régimen político que el Estatuto intentó establecer no llegó a estabilizarse sino que quebró al cabo de poco más de dos años. Influyó en ello la tensión creada por la Guerra Carlista, pero fue decisiva la división en la familia liberal. Los liberales progresistas nunca perdonaron al Estatuto que no contuviera una declaración de derechos del ciudadano y dejara de lado el reconocimiento de la soberanía nacional, teniendo siempre como modelo el recuerdo de la Constitución de 1812.

¹³³ El 24 de octubre de 1836, reunidas las Cortes, María Cristina dijo: “Es preciso que dicteís, para asombro de Europa, una ley fundamental en que la potestad legislativa delibere y resuelva sin precipitación y sin pasiones, en que el Gobierno tenga para su acción todo el desahogo y la fuerza que necesita, sin dar nunca recelos de que oprima y en que la administración de Justicia, apoyada en una independencia absoluta, no de

gobierno de corte progresista, no por ello confrontacional, sino de vocación conciliadora, que aceptaba la incorporación de algunos postulados del partido moderado¹³⁴. Si bien para muchos la Constitución de 1837 fue un texto técnicamente loable y políticamente conciliador, bondades que, en otro contexto histórico, hubiesen permitido el inicio de una época política y social más aquietada, lo cierto es que su período de vigencia se caracterizó por la agitación social e inestabilidad política¹³⁵.

En el aspecto que más nos ocupa, la Constitución de 1837, con 77 artículos divididos en trece títulos y dos disposiciones adicionales, mantuvo las garantías centrales de la de 1812¹³⁶, aunque articuló el principio de separación de poderes de forma mucho más flexible, no tan rígida como la

inquietudes a la inocencia ni impunidad a los delitos. Así, citado por De Vicente Martínez 2004: 85 y 86.

¹³⁴ Tales como la existencia de una Cámara Alta o que los miembros del Ejecutivo perteneciesen al Parlamento, en vez del unicameralismo y la división de poderes pura que establecía la Constitución de Cádiz.

¹³⁵ Esta inestabilidad se reflejó en la sucesión vertiginosa de Gobiernos (más de once en los primeros cuatro años, correspondientes a la regencia de María Cristina), en la constante presión de los progresistas sobre la Regente, más favorable a la postura moderada, y en la continua tensión entre las dos principales fuerzas políticas, cada una con sus correspondientes apoyos militares. Esta disgregación interna de los liberales permitió que el problema carlista no fuese solventado hasta el abrazo de Vergara entre Maroto y Espartero, el 31 de agosto de 1839.

La Constitución de 1837 fue, pues, una más de las ocasiones perdidas por el pueblo español para superar sus diferencias. Con ello se posponía la paz entre las dos Españas: "la España antigua", dice Pérez Galdós, "representada por el inepto hermano de Fernando VII, y la España moderna, simbolizada en una niña inocente y una viuda joven, hermosa, desvalida, dulce y magnánima, que había sabido ablandar con su ternura el corazón del monstruo a quien la ligó el destino". Extraído de internet, página del parlamento español.

¹³⁶ Entre las garantías que se mantuvieron destacan: división de poderes, reserva a los tribunales de la aplicación de las leyes criminales sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado (art. 63), unidad de Códigos y de fueros para todos los españoles (art. 4), publicidad de los juicios criminales (art. 65), independencia y responsabilidad de la justicia (arts. 66-67), etc. Así citado por Ruiz Robledo 2003: 84.

Carta de Cádiz, permitiendo así la colaboración entre el Gobierno y las Cortes. Asimismo, por primera vez en la historia constitucional española, se incorporó una declaración sistemática y homogénea de derechos¹³⁷ y garantías del ciudadano frente al *ius puniendi*, entre ellas, el reconocimiento expreso al principio de legalidad penal en sus arts. 7º, 9º y 63º.

El art. 7 establecía que: «*No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa sino en los casos y la forma que las leyes prescriban*»; mientras que, el art. 9 establecía que: «*Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma en que estas prescriban.*» Finalmente, el art. 63 disponía que: «*A los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado*». Este paquete de artículos recoge el mandato general de legalidad, así como las garantías derivadas de *lex praevia*, jurisdiccional y de ejecución.

Como se apreciará al final del recorrido, es a partir de esta Carta que se institucionalizó la técnica de constitucionalizar el principio de legalidad penal y luego encomendar su desarrollo, más pormenorizado, al CP. Así, todas las demás constituciones que la sucedieron -sin excepción- plasmaron el principio, con pequeñas modificaciones.

D) La Constitución de 1845

¹³⁷ Entre los derechos que entonces se recogieron figuran la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de expresión, las garantías penales y procesales, el derecho de petición, la igualdad el acceso a los cargos públicos y, por supuesto, las garantías del derecho de propiedad.

Confirmando la regla del constitucionalismo decimonónico, de que un cambio de grupo en el poder determina el cambio de la Constitución, el 23 de mayo de 1845, tras la llegada al poder del Gral. Narváez, cabeza de la rebelión contra Espartero, se promulga una nueva Constitución, como resultado del esfuerzo de los moderados por conciliar tradición y revolución, conservando la estructura constitucional de su predecesora y se divide en 80 artículos que absorben casi en su totalidad los artículos de la Carta de 1837. Sin embargo, a diferencia de esta última, en ésta ya no aparece la fórmula revolucionaria de la soberanía de la nación, sino que se regresa a la fórmula tradicional histórica de la soberanía compartida por las Cortes y Monarquía.

Pese a lo anterior, se trató de una Constitución bastante moderada, que resultó ser una de las de más larga vida gracias a su equilibrio social y político, aunque en su recorrido padeció de continuos intentos de adecuación, desde las propias filas moderadas. En lo que respecta a los presentes fines, mantuvo intacto el principio de legalidad y sus garantías derivadas, en los mismos términos de los arts. 7 y 9 de la Constitución de 1837, con lo que se consolidó como acervo común de todas las tendencias políticas el fin del Estado Absoluto y con él la arbitrariedad del Derecho penal.¹³⁸

E) La Constitución de 1869

El fervor revolucionario que vivió Europa a partir de 1848 tuvo su más representativo reflejo en España veinte años después, con la revolución de 1868, conocida como *la Gloriosa*, que pregonaba el sufragio universal

¹³⁸ Así, Ruiz Robledo 2033: 86.

como verdadera bandera del liberalismo democrático, la cual tuvo una gran acogida por el pueblo¹³⁹. Se asiste de esa manera a una experiencia hasta entonces insólita en la historia de España: la irrupción de la democracia. Y, con ella, el ocaso del liberalismo extremo español¹⁴⁰. No hay que olvidar sin embargo que, antes de ella, la Constitución Nonata de 1856 tuvo su aparición.¹⁴¹

La Carta de 1869, con 112 artículos y dos disposiciones transitorias, constituye así la primera Constitución auténticamente democrática del país

¹³⁹ La Constitución de 1869 vino a ser así el trasunto constitucional inmediato de la Revolución de septiembre. En efecto, los puntos básicos que se consideraban el alma misma de la Revolución del 1968, quedaron consignados en el texto constitucional: soberanía nacional, sufragio universal, concepción de la Monarquía como poder constituido y declaración de derechos. A la hora de plasmar en el texto estos principios, los constituyentes se inspiraron en diversos textos extranjeros: en la Constitución belga de 1831, por ser la más democrática del momento, y en la Constitución norteamericana de 1787, por su concepción sobre el origen y los límites del poder y de los derechos individuales como derechos naturales.

¹⁴⁰ Frente a la adulteración casi crónica de los procesos electorales que se había producido bajo la égida isabelina, la revolución de 1868, conocida como "la Gloriosa", fue acogida con gran entusiasmo por amplias capas del pueblo porque se había hecho de la reclamación del sufragio universal verdadera bandera del liberalismo democrático: no era un derecho más, sino la "conquista más preciada de la Revolución". Se asiste así a una experiencia hasta entonces insólita en la historia de España: la irrupción de la democracia mediante la convocatoria de unas Cortes Constituyentes, orgullosamente reunidas por sufragio universal, como ellas mismas hicieron notar en el Preámbulo de la Constitución. Por lo demás, este ideal democrático enlazaba no sólo con nuestra más pura tradición liberal, anclada en el dogma de la soberanía nacional y representada en los textos de 1812, 1837 Y 1856, sino que también se insertaba plenamente en el contexto europeo, viniendo a ser una manifestación típica de ese espíritu utópico humanitario propio de la década de los sesenta (mezcla de krausismo y socialismo), que parecía destinado a iniciar en España, con veinte años de retraso, una nueva primavera de los pueblos.

¹⁴¹ Esta Carta fue aprobada por las Cortes constituyentes en el período 1854-1856, y siguió la línea de las constituciones anteriores, sin embargo, la inestabilidad política de la época evitó su entrada en vigor. Contuvo 92 artículos y uno Transitorio. En el art. 8 se estableció la garantía criminal derivada del principio de legalidad: «No puede ser detenido ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban».

que, pese a su escasa vigencia, destacó por su amplia y exhaustiva declaración de derechos en sus artículos del 2 al 28 (casi la tercera parte del total), lo que la llevó a erigirse como una especie de Carta Magna del liberalismo español hasta la II República, dejando importante legado para sus sucesoras.¹⁴²

Las garantías derivadas del principio de legalidad se desprenden de sus arts. 2º, 4º y 11º: «2.- *Ningún español ni extranjero podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito (...) 4.- Ningún español podrá ser preso sino en virtud de mandamiento de Juez competente. El auto por el cual se hay dictado el mandamiento se ratificará o repondrá, oído el presunto reo, dentro de las setenta y dos horas siguientes al acto de la prisión. 11.- Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado sino por el juez o tribunal a quien, en virtud de las leyes anteriores al delito compete el conocimiento, y en la forma que éstas prescriban. No podrán crearse tribunales extraordinario ni comisiones especiales para conocer de ningún delito*». No obstante, pese a su generosa declaración de derechos, no innovó respecto al principio de legalidad y sus garantías conexas.

F) La Constitución de 1876

El 29 de diciembre de 1874, el Gral. Martínez Campos proclamó, tras abdicar Doña Isabel, a Alfonso de Borbón, como Rey de España,

¹⁴² Baste recordar que la Constitución de 1876, la de más prolongada vigencia de la historia constitucional española, aunque modelada sobre la de 1845, contiene, sin embargo, importantes aspectos legados por la Constitución democrática de 1869. Además, la obra legislativa de la Revolución (Leyes Municipal y Provincial de 1870, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley del Registro Civil, Ley del Matrimonio Civil, reforma de la Ley Hipotecaria) no sería derogada por la Restauración, que en unas ocasiones se limitaría a limar sus contenidos democráticos, mientras que en otras los dejará vía libre hasta llegar casi hasta nuestros días.

abriéndose un período histórico conocido como la Restauración: etapa política más estable del liberalismo español del siglo XIX, y cuyo promotor fue Antonio Cánovas del Castillo. La Carta de 1876, verdadera *Constitución interna*, a juicio de Cánovas¹⁴³, y fue la de más prolongada vigencia en la historia constitucional española¹⁴⁴.

La Constitución de 1876 empleó una técnica distinta a la seguida por la de 1869. Optó por un texto breve y abierto (de 89 artículos), que contenga sólo el núcleo duro, encomendando a las leyes de desarrollo la labor de delimitar los alcances concretos de los derechos. De ahí que, en lo que atañe al principio de legalidad, no introdujo cambio alguno, salvo una

¹⁴³ La parte orgánica de la Constitución establecía un sistema bicameral perfecto en materia competencial y diferenciado en cuanto al acceso a la condición de parlamentario. Si el Congreso de los Diputados tenía un origen electivo aunque abierto, el Senado guardaría hasta el final una composición tripartita: senadores por derecho propio, senadores vitalicios nombrados por la Corona, y senadores elegidos por las corporaciones del estado y mayores contribuyentes. Además, la Constitución prescribía que las Cortes debían reunirse todos los años, pero no establecía un plazo mínimo en la duración de las sesiones anuales. El Rey podía disolver simultánea o separadamente la parte electiva del Senado y el Congreso de los Diputados, pero en este caso, debía convocar y reunir al Cuerpo o Cuerpos disueltos dentro del plazo de tres meses. Las competencias legislativas se articulaban en un derecho de iniciativa de los dos cuerpos colegisladores compartido con el Rey.

¹⁴⁴ La vida de la Constitución transcurrió en tres etapas. Una primera de 1875 a 1885 llamada la de Alfonso XII, el Pacificador, y que culminó con el Pacto del Pardo que contempla la alternancia en el poder de conservadores y liberales. Una segunda etapa de 1885 a 1902, bajo la Regencia de doña María Cristina, marcada por las escisiones, la oligarquía, el caciquismo, el problema regional y, sobre todo, por la pérdida de las colonias en 1898, que permitió resonar todas las voces hasta entonces excluidas por el sistema. Tercera y última es la de Alfonso XIII, de 1902 a 1923, en la que el sistema político se mantiene pero se revisa. Es la época de las llamadas "crisis orientales", los problemas sociales, y la progresiva caída de los cuatro bastiones de la Restauración: en 1912, el asesinato de Canalejas rompe el turno de partidos; en 1917, la Asamblea de Parlamentarios evidencia la crisis de las Cortes; en 1923, el golpe de Estado de Primo de Rivera involucra al ejército y suspende la Constitución y, en 1931, tras el fracaso de la Dictadura, sucumbe la Monarquía.

mejora en su redacción –más cercana a la Constitución de 1837-, que permitía una mayor claridad sobre la garantía de *lex praevia*. El art. 16 estableció que: «*Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito, y en la forma que éstas prescriban*». Al igual que sus predecesoras, los subprincipios de taxatividad y legalidad de las penas están ausentes.

G) La Constitución de 1931

Tras la caída –en 1930- de Primo de Rivera, el 14 de abril se proclamó la II República española, y con ella, la promulgación el 9 de diciembre de 1931 de una nueva Constitución, promulgada por Julián Besteiro, Presidente de las Cortes. Esta Carta, enmarcada en el constitucionalismo europeo del período de entreguerras, en sus 125 artículos repartidos en IX títulos, recogió las ilusiones colectivas que suscitó el cambio de régimen político, convirtiéndose así en la segunda verdaderamente democrática dentro de la historia constitucional del país¹⁴⁵. El artículo primero define España como una «*República democrática de trabajadores de toda la clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia*».

Entre las novedades que incorpora la Carta de 1931¹⁴⁶, se encuentran: i) la descentralización por regiones, creándose de este modo un Estado distinto del unitario que había existido desde la Constitución de

¹⁴⁵El carácter democrático de la Constitución se refleja en la proclamación sin ambages de la soberanía popular, que se consagra en el sufragio universal, así como en las formas de democracia directa y en las instituciones representativas.

¹⁴⁶ Los principios políticos que inspiran la Constitución de 1931 son: la democracia, el regionalismo, el laicismo y la economía social.

Cádiz, ii) el sufragio universal (masculino y femenino), y iii) la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales¹⁴⁷. Asimismo, siguiendo la línea de la de 1869, los principios democráticos también se plasman en una amplia declaración de derechos. Se trata por tanto de un texto de extensión media, ya que consta de 125 artículos, agrupados en nueve títulos, más uno preliminar¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Art. 121: Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tendrá competencia para conocer de: a) El recurso de inconstitucionalidad de las leyes. b) El recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades. c) Los conflictos de competencia legislativa y cuantos surjan entre el Estado y las Regiones autónomas y los de éstas entre sí. d) El examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes eligen al Presidente de la República. e) La responsabilidad criminal del Jefe del Estado, del Presidente del Consejo y de los Ministros, f) La responsabilidad criminal del presidente y los magistrados del Tribunal Supremo y del Fiscal de la República. Art. 122: Compondrán este Tribunal: Un presidente designado por el Parlamento, sea o no Diputado. El presidente del alto Cuerpo consultivo de la República a que se refiere el artículo 93. El Presidente del Tribunal de Cuentas de la República. Dos Diputados libremente elegidos por las Cortes. Un representante por cada una de las Regiones españolas, elegido en la forma que determine la ley. Dos miembros nombrados electivamente por todos los Colegios de Abogados de la República. Cuatro profesores de la Facultad de Derecho, designados por el mismo procedimiento entre todas las de España. Art. 123: Son competentes para acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales: 1º. El Ministerio Fiscal. 2º. Los jueces y tribunales en el caso del artículo 100. 3º. El Gobierno de la República. 4º. Las Regiones españolas. 5º. Toda persona individual o colectiva, aunque no hubiera sido directamente agraviada.

¹⁴⁸ TP: Art 1º: España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia. Los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo. La República constituye un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones. La bandera de la República española es roja, amarilla y morada. Art.2º: Todos los españoles son iguales ante la ley. Art. 3º: El Estado español no tiene religión oficial. Art. 4º: El castellano es el idioma oficial de la República. Todo español tiene obligación de saberlo y derecho de usarlo, sin perjuicio de los derechos que las leyes del Estado reconozcan a las lenguas de las provincias o regiones. Salvo lo que se disponga en leyes especiales, a nadie se le podrá exigir el conocimiento ni el uso de ninguna lengua regional. Art. 5º: . La capitalidad de la República se fija en Madrid. Art.6º: España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional. Art. 7º: El

Pese al entusiasmo que suponía una nueva República, no fue una Carta de consenso, muy pocos artículos fueron aprobados sin controversias. Empero, el principio de legalidad (art. 28) recibió una aceptación unánime, acabando aprobado sin enmiendas ni debate, como recuerda Jiménez de Asúa¹⁴⁹. El art. 28 establecía que: «*Nadie podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito. Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención*». Se puede apreciar pues que, a dicha fecha, el principio de legalidad ya había trascendido a cualquier sistema político, lo que también resultaría en cierto modo contraproducente, pues al no haber resistencias, no hubo mayor estudio y profundización sobre su capacidad de rendimiento.

H) La Constitución de 1978

Tras la muerte de Franco en noviembre de 1975, comienza un proceso de reforma política que termina con la sanción -el 27 de diciembre de 1978- de una nueva Carta por parte del Rey Juan Carlos. Así, la manifiesta conculcación del principio de legalidad, en especial, de *lex praevia*, durante el franquismo¹⁵⁰, llega a su fin, renaciendo un nuevo Estado social y democrático de Derecho¹⁵¹, vigente hasta la actualidad¹⁵².

Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo.

¹⁴⁹ Ruiz Robledo 2003: 100

¹⁵⁰ Así por ejemplo la Ley (si se puede llamar así a una norma no elaborada por ningún órgano representativo) de 5 de julio de 1938, que restableció la pena de muerte para los delitos de parricidio, asesinato y robo con homicidio; la Ley de responsabilidades políticas de 9 de febrero de 1939, que dio cobertura legal a la represión de la masonería y el comunismo de 1 de marzo de 1940, la Ley de seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, etc. Así, Ruiz Robledo 2003: 105.

¹⁵¹ Ampliamente rebasadas las circunstancias históricas que pudieron justificar el principio de la soberanía compartida, la Constitución de 1978 proclama como principio originario

A diferencia de su predecesora, la Constitución de 1978, con 169 artículos repartidos en diez títulos más el preliminar, no sólo ha sido aceptada por todos, sino elaborada prácticamente por todos, debido a lo cual, es descrita como la Constitución del consenso. En lo que respecta al principio de legalidad, éste y sus garantías conexas, alcanzan reconocimiento en diversos artículos del texto constitucional, empezando por la consagración del Estado de Derecho como límite base al *ius puniendi* (art. 1.1), luego por la reserva de ley (art. 81.1) y la garantía jurisdiccional (arts. 24 y 117.3) y finalizando con los arts. 9.3 y 25.1 que recogen el núcleo del principio en lo que a la aplicación de la ley penal en el tiempo se refiere.

El art. 9.3 señala de manera expresa que: *«La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.»* Por su parte, el art. 25.1 establece que: *«Nadie puede ser condenado o sancionado por actos u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».*

la soberanía del pueblo español, constituido en un Estado social y democrático de derecho.

¹⁵² En cuanto a los instrumentos de gobierno, la Monarquía es aceptada en su modalidad parlamentaria y obviamente entendida como forma de Estado más que como forma de Gobierno, de acuerdo con la doctrina constitucional contemporánea, que sitúa a la Corona en la esfera de la influencia y el prestigio más que en la de los poderes políticos específicos.

Como se ve, la cobertura del principio y sus garantías son bastantes amplias en la configuración actual, aunque para la doctrina mayoritaria, la formulación del mismo es incompleta, fundamentalmente i) por no hacer mención expresa a la legalidad de las penas (*nulla poena sine lege*)¹⁵³ y las medidas de seguridad¹⁵⁴, y ii) por el carácter muy abierto del término *legislación vigente*¹⁵⁵, que podría comprometer a la reserva de ley. Asimismo, la garantía de taxatividad no halla reflejo en la literalidad del precepto¹⁵⁶, lo que lleva a algunos a señalar que el resto de garantías conexas sólo son deducibles con un esfuerzo interpretativo considerable¹⁵⁷.

Más allá de estos cuestionamientos, en lo que atañe a la aplicación de la ley penal en el tiempo, los componentes básicos que guían y ordenan la dinámica de la sucesión de normas penales sí están presentes en el texto constitucional, empezando por el reconocimiento expreso de la seguridad jurídica. Así, por ejemplo, de acuerdo con la STCE 27/1981, de 20 de julio, *«la seguridad jurídica...es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad.»*¹⁵⁸

¹⁵³ De Vicente Martínez 2004: 89.

¹⁵⁴ De Vicente Martínez 2004: 89.

¹⁵⁵ De Vicente Martínez 2004: 89.

¹⁵⁶ Frígols I Brines 2004: 254.

¹⁵⁷ De Vicente Martínez 2004: 89.

¹⁵⁸ Caruso Fontán y Pedreira González 2014: 179.

En la misma línea, acertadamente, de manera expresa, se ha plasmado la regla *tempus commissi delicti* como marco de referencia temporal para evaluar cuándo una ley penal pretende su aplicación hacia atrás. Como se verá en el capítulo VI, la adopción de un punto de referencia temporal inadecuado puede llevarnos a resultados contradictorios con la esencia del principio de legalidad. Asimismo, con acierto, el art. 9.3 de la CE no limita los alcances de la exigencia de *lex praevia* a las disposiciones de naturaleza sancionadora, sino a todas aquellas que, más allá de su naturaleza o ubicación sistemática, restrinjan derechos individuales. Quizá, para mayor coherencia, y para aclarar las zonas grises que hoy presente la garantía de *lex praevia*, lo óptimo hubiese sido que -así como ocurre en el art. 9.3- el art. 25.1 haya hecho expresa mención a que una norma que restrinja los derechos individuales –aún cuando no tenga naturaleza sancionadora- debe guiarse también por el momento de realización de la conducta.

Otro punto destacado que ha tomado en cuenta el constituyente de 1978 es la inclusión del principio de legalidad penal como un derecho fundamental susceptible de ser protegido mediante amparo, aunque para algunos no se trate de un derecho fundamental autónomo¹⁵⁹. Y es que, la ubicación sistemática del art. 25.1 dentro de la Carta lo hace acreedor de la protección privilegiada que ofrece el art. 53° de hacer uso de dicha acción ante el TC, de tal manera que cualquier intento de manipulación del *tempus commissi delicti* como criterio regulador de la aplicación de la ley penal en el tiempo, merecerá protección¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Frígols I Brines 2004: 264.

¹⁶⁰ Empero, no ocurre lo mismo con la cláusula 9.3 del texto constitucional, la cual, no puede sustentar, por sí sola, una demanda de amparo, por no contener un derecho fundamental. Así *vid.* STC 293/2006, de 10 de octubre.

V. Desarrollo y evolución en el contexto internacional

No es propósito hacer un estudio pormenorizado respecto del principio de legalidad penal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (área del derecho internacional en la que se ha discutido más ampliamente el tema) y en el Derecho penal internacional (área emergente en cuestiones de legalidad); sin embargo, una mirada al desarrollo del mismo en el contexto internacional, focalizada a en la exigencia de *lex praevia*, nos dará una mayor perspectiva -e insumos- a la hora de establecer los alcances y límites de vigencia de la la ley penal en el tiempo. Ello, toda vez que los instrumentos y tratados internacionales existentes sobre la materia, establecen parámetros mínimos de cómo debe entenderse y aplicarse el principio en sus Estados parte.

Después de la II Guerra Mundial, los logros alcanzados tras el período de la Ilustración en torno al reconocimiento universal del principio de legalidad penal como límite al *ius puniendi* estatal, sufrieron una muy fuerte parálisis. Con motivo de la creación ex post de los Tribunales de Nürenberg (1945), y Tokio (1946), el principio de legalidad y más específicamente la garantía de *lex praevia*, cedieron al clamor y necesidad de *no impunidad* de las atrocidades acaecidas durante esos regímenes totalitarios. Cabe recordar que, hasta ese momento, la noción de *crimen de agresión* estaba vinculada a la persecución de los Estados y no de las responsabilidades personales, por lo que la competencia de los referidos tribunales para imponer sanciones por los llamados *crímenes de agresión* a individuos estaba vedada por mandato de la exigencia de legalidad.

Una de las primeras resoluciones del Tribunal Militar Internacional de Nürenberg sobre el tema se produjo el 19 de noviembre de 1945, cuando

la defensa hizo una *joint motion* orientada a cuestionar el carácter delictivo de la *agresión*. En esencia, se argumentó que, según el derecho internacional de la época, la agresión no era delito y, por tanto, ninguna disposición penal podía ser aplicada retroactivamente. Sin embargo, como ya es conocido, el Tribunal rechazó ese planteamiento, sin mayor desarrollo, bajo el argumento –formal- de que el propio Estatuto (art. 3) zanjaba la discusión¹⁶¹, cuando lo cierto era que muchas de las conductas que se establecieron como delito en el Estatuto de Londres, y por las que se condenó a los acusados, no constituían delito según el Derecho internacional entonces vigente, ni según el Derecho alemán¹⁶². Lo mismo sucedió en el Tribunal de Tokio, en el que se emitieron condenas basadas en conductas que fueron incorporadas ex post en su Reglamento, y no estuvieron vigentes al momento de los hechos¹⁶³.

Más adelante, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1948, en su art. 11.2º, se encargó de justificar estos pronunciamientos, al incorporar –inéditamente- al Derecho internacional y los principios generales del derecho como fuentes del Derecho penal¹⁶⁴. El razonamiento detrás estuvo fundado en normas como la resolución de la Sociedad de las Naciones y el Pacto de 1928 las que, junto con la costumbre y principios

¹⁶¹ Dondé Matute 2010: 248.

¹⁶² Así, por ejemplo, en uno de los casos el Tribunal declaró que “la regla ex post facto, propiamente entendida, no constituye una barrera legal o moral para impulsar una acción. *Vid.* Dondé Matute 2010: 252.

¹⁶³ A diferencia de los Tribunales de Nürenberg y Tokio, de carácter militar y que representaban una justicia de los vencedores, hacia finales del siglo XX se instauraron los Tribunales para la Ex Yugoslavia y Ruanda, los cuales fueron más apegados a las exigencias propias del principio de legalidad, toda vez que tomaron en cuenta en sus estatutos fuentes del Derecho Penal Internacional de la época, como la Convención de Ginebra de 1949 y la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, de 1948.

¹⁶⁴ En el mismo sentido, el art. 15.2 del PIDCP de New York de 1966.

generales del derecho, “bastaban” para salvaguardar el principio de legalidad, por lo menos en su manifestación de *nullum crimen sine lege*, ámbito que se consideraba como único merecedor de protección. En esa línea, Quintano señala, en su Tratado de Derecho penal internacional, que el principio de legalidad reposa íntegramente en el primer aforismo, de manera que si el delincuente sabe que un acto es criminal y lo perpetra a sabiendas, no precisa conocer el quantum de la penalidad en que se incurre¹⁶⁵.

No fue sino hasta después de los juicios de Nüremberg y Tokio, que el principio de legalidad fue consagrado en diversos instrumentos internacionales, siendo dos los sistemas regionales más importantes que lo han desarrollado, aunque con alcances y velocidades distintas. El más antiguo, sistema europeo, basado en la CEDH y, el interamericano, basado en la CADH.

Pero antes que ellos, el principio fue reconocido como derecho humano en la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948 en París, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III). El art. 11.2° establece que: «*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito*». Del mismo modo, años después, el PIDCyP, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entrada en vigor el 3 de enero de 1976, estableció en su art. 15: «*1) Nadie será condenado por actos u*

¹⁶⁵ Citado Jaen Vallejo 1999: 47.

omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello.» Ambos, más el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales y los protocolos facultativos respectivos¹⁶⁶, constituyen la Carta Internacional de los Derechos Humanos¹⁶⁷.

A) El sistema europeo de protección de los derechos humanos

Inspirado en la DUDH, nace el CEDH -conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos-, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, basado en una concepción marcadamente liberal de protección frente al poder punitivo, que le es connatural desde la tradición jurídica ilustrada¹⁶⁸. Así, en su art. 7.1º se consagra la manifestación completa del principio de legalidad: «*Nadie*

¹⁶⁶ El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte; y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General el 10 de diciembre de 2008 y que entró en vigor el 5 de mayo de 2013.

¹⁶⁷ Se conoce como Carta Internacional de Derechos Humanos al siguiente conjunto de instrumentos sobre derechos humanos, proclamados por las Naciones Unidas, en diversos momentos: A) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976. B) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entrada en vigor el 3 de enero de 1976. C) Los protocolos facultativos correspondientes, y D) La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 en París.

¹⁶⁸ Scoletta 2010: 258.

puede ser condenado por una acción u omisión que, en el momento que fue cometida, no constituía una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no puede ser impuesta una pena más severa que la que era aplicable al momento en que se cometió la infracción.»

En paralelo con la entrada en vigencia del Convenio, el 3 de septiembre de 1953 se establece el TEDH, renovado el 1 de noviembre de 1998, con la entrada en vigor del Protocolo 11 al Convenio. El Tribunal ha tenido un papel muy destacado en la hora de tener que delimitar los contornos del principio de legalidad derivado del art. 7° de la Convención. En el plano funcional, el principio de legalidad ha sido en reiteradas ocasiones considerado por el Tribunal de Estrasburgo como salvaguarda del individuo frente a riesgos de atropello y de instrumentalización ínsitos en el mecanismo y en el poder punitivo; mientras que, en el plano estructural, sobre la base de los predicados fundamentales de *previsibilidad* y *accesibilidad*, como garantía de cognoscibilidad del tipo penal en el momento de la comisión del hecho. En síntesis, en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, la *ratio* liberal del juicio de legalidad se basa en la necesidad de neutralizar los abusos del poder punitivo por medio de la completa predeterminación normativa del precepto sancionador¹⁶⁹.

En lo que respecta a la aplicación de la ley penal en tiempo, el Tribunal ha desarrollado la vigencia de la irretroactividad (casos *S.W. v U.K.* y *C.R. v U.K.*)¹⁷⁰ y la exigencia de retroactividad favorable (caso *Achour v France*)¹⁷¹, aunque rechazando su aplicación al Derecho

¹⁶⁹ Scoletta 2010: 258.

¹⁷⁰ Dondé Matute 2010: 229.

¹⁷¹ Dondé Matute 2010: 237.

procesal¹⁷². En efecto, el art. 7.1 ha sido objeto de una actividad de implementación muy destacada, en la que se puede distinguir dos líneas. Por un lado, una prohibición de retroactividad *expresa* para el legislador, como límite a los conflictos temporales de las normas y una prohibición de retroactividad *oculta* dirigida al juzgador, como límite a los cambios interpretativos de la jurisprudencia, anclada esta última en el canon de la previsibilidad¹⁷³.

B) El sistema americano de protección de los derechos humanos

Por su parte, en el sistema americano, la CADH, de 22 de noviembre de 1969, pero que entró en vigencia el 18 de julio de 1978, también conocida como el *Pacto de San José de Costa Rica*, es otro instrumento internacional que también ha acogido el principio de legalidad en los siguientes términos: «*art. 9: Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello.*»

Esta regla de legalidad ha sido explicada en diversas sentencias, en las que la CIDH¹⁷⁴, en resumen, ha señalado que: «*en aras de la seguridad*

¹⁷² Dondé Matute 2010: 238. En el mismo sentido, Scoletta 2010: 288.

¹⁷³ Scoletta 2010: 281.

¹⁷⁴ La CIDH es un órgano judicial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que goza de autonomía frente a los demás órganos de aquella y que tiene su sede en San José de Costa Rica, cuyo propósito es aplicar e interpretar la CADH y otros tratados de derechos humanos a los cuales se somete el llamado sistema interamericano de protección de derechos humanos. No obstante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha tenido tantas oportunidades de desarrollar el principio, habiéndose avocado

*jurídica, es indispensable que la norma punitiva exista y resulte conocida, o puede serlo, antes de que ocurra la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea calificada como delito, la misma no reviste el carácter de ilícita para efectos penales»*¹⁷⁵. Por otro lado, la Corte también ha dispuesto que: «*en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo»*¹⁷⁶.

Pese la fuerza con la que la CIDH parece dotar al principio de legalidad y sus garantías derivadas, lo cierto es que, en no pocas ocasiones, la Corte ha preferido sacrificar la vigencia del mismo en aras del derecho a la justicia de la víctima¹⁷⁷. En efecto, en diversos pronunciamientos¹⁷⁸, la Corte ha establecido que no podrá alegarse irretroactividad de la ley penal perjudicial cuando se esté frente a la investigación y sanción de los responsables de graves delitos contra la humanidad. Como se aprecia, en el sistema interamericano el principio de legalidad y, en particular la exigencia de *lex praevia*, se encuentran plagadas de luces y sombras. La tendencia en

principalmente a casos de tortura y desaparición forzada, en los que se plantean básicamente cuestiones de hecho. Ha sido más bien, en primera instancia, la Comisión, la que se ha pronunciado sobre los alcances del art. 9º en los conocidos casos peruanos *Castillo Petruzzi y Cantoral Benavides*, pero sólo referido a la exigencia de *lex certa*.

¹⁷⁵ Mínguez Rosique 2016: 203.

¹⁷⁶ Mínguez Rosique 2016: 203.

¹⁷⁷ Mínguez Rosique 2016: 213.

¹⁷⁸ Así, Caso Almonacid Arellano vs Chile (2006), párrafo 151, caso La Cantuta vs. Perú (2006) párrafo 226, caso Barrios Altos vs Perú (2001), párrafo 41, caso Bulacio vs Argentina (2003), párrafo 116, entre otros. Para más detalle *vid.*, Mínguez Rosique 2016: 2014.

aumento de resolver en base a fundamentos victimológicos los casos graves violaciones de derechos humanos, viene, como contrapartida, neutralizando principios y garantías consagrados en el propio Pacto de San José.

C) El sistema africano y el derecho internacional humanitario

En la misma línea de Europa y América, alineándose así a la tendencia mundial de protección de los derechos humanos y libertades básicas, en África se crea la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), cuyo borrador obtuvo la aprobación el de 27 de julio de 1981, pero finalmente entró en vigor el 21 de octubre de 1986. La Carta consagra el principio de legalidad en su art. 7.2: *«Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legamente punible, en el momento en que se cometió. No puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al transgresor.»*

Finalmente, el llamado *derecho internacional humanitario* tampoco ha sido ajeno al reconocimiento del principio de legalidad penal. Así, la Tercera Convención de Ginebra¹⁷⁹ (art. 99º) estipula que: *«Ningún prisionero de guerra podrá ser juzgado o condenado por un acto que no esté expresamente prohibido en la legislación de la Potencia detenedora o en el derecho internacional vigentes cuando se haya cometido dicho acto»*. Más adelante, en 1977, con los Protocolos I y II, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y a la protección de

¹⁷⁹ La Tercera Convención de Ginebra comprende el *Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña* y el *Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra*, ambos de 1929, actualizados en la siguiente convención de 1949.

las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, se incorpora además el sub-principio de retroactividad penal favorable¹⁸⁰.

D) El nuevo derecho penal internacional

Finalmente, dentro de este largo recorrido, que dejó algunos esfuerzos –truncados- en el camino¹⁸¹, se erige el nuevo Derecho penal internacional¹⁸², en el que, a diferencia de la normativa desarrollada en el Derecho internacional de los derechos humanos, en éste sistema el principio de legalidad penal como sus garantías derivadas tienen un reconocimiento y tratamiento más completo, plasmado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998, aunque aún un incipiente desarrollo jurisprudencial. Así, los arts. 22º, 23º y 24º consagran: i) la interpretación estricta, ii) las sanciones penales deben ser prescritas y iii) la irretroactividad.

¹⁸⁰ El art. 75 (4) (c) del Protocolo Adicional I de las Convenciones de Ginebra señala que: «Nadie será acusado o condenado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción. Si, con posterioridad a esa infracción, la ley dispusiera la aplicación de una pena más leve, el infractor se beneficiará de esa disposición.» Por su parte, el art. 6 (2) (c) del Protocolo Adicional II de las Convenciones agrega que: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fuera delictivos según el derecho; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción, si, con posterioridad a la comisión de esa infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello.»

¹⁸¹ Un ejemplo des el Proyecto del Código de Delitos en contra de la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), del 27 de marzo de 1996, cuyo objetivo fue codificar y promocionar el Derecho internacional. El art. 13 del referido proyecto prohibía la retroactividad en los siguientes términos: 1) Nadie será condenado con base en el presente Código por actos cometidos antes de su entrada en vigor. 2) Nada en este artículo cancela la posibilidad de que una persona sea juzgada por un acto que , en el momento en que fue cometido, haya sido considerado delictivo de acuerdo con las leyes internacionales o nacionales.

¹⁸² Para más detalle, *vid.* Ambos 2004: 25 ss.

El art. 22 ECPI recoge el principio *nullum crimen sine lege*. El apartado 1 del precepto fija que la responsabilidad penal sólo puede ser establecida a partir de una conducta que constituya uno de los delitos contemplados en el art. 5 ECPI al momento de su comisión, mientras que en el apartado 2 se establece la prohibición de la analogía y la obligación de interpretar de forma estricta la ley. Por su parte, en el art. 23 ECPI se consagra el principio *nullum poena sine lege*, estableciendo la prohibición de imponer penas que no sean las contempladas en el Estatuto. Por último, y lo que más interesa a estos fines, el apartado 1 del art. 24 ECPI consagra la garantía *lex praevia*, estableciendo que no podrá aplicarse en forma retroactiva el Estatuto respecto de hechos cometidos con anterioridad a que el Estado del que es nacional la persona haya adquirido la condición de Estado parte del ECPI¹⁸³.

Desafortunadamente, el desarrollo de los alcances del principio dentro del contexto de la Corte Penal Internacional¹⁸⁴ es pobre. Empero, lo destacable es que ya se cuenta con un sistema centralizado que, esperemos más temprano que tarde, erradique la dispersión de criterios a nivel internacional sobre la materia¹⁸⁵. Se retomará con más detenimiento en el

¹⁸³ Esto se producirá, cuando haya entrado, a su respecto, en vigor el Estatuto, de conformidad con los arts. 11 y 126 ECPI.

¹⁸⁴ Dondé Matute 2010: 266.

¹⁸⁵ Un esfuerzo por centralizar y uniformar criterios sobre la aplicación del principio de legalidad se pudo conseguir con la Constitución Europea o Tratado Constitucional, cuyo proyecto había sido aprobado el 18 de junio de 2003, pero ante la victoria del "no" en Francia y Países Bajos, el proceso de ratificación se paralizó. El art. II-109 del referido texto fallido inserto en el título VI, Parte II, señalaba que: «1. Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y

capítulo siguiente las notas características del contexto actual en que se sitúa esta materia.

castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.»

CAPÍTULO II

La configuración actual del Derecho penal

I. Características

La sociedad de hoy no es la misma que la de hace 200 años. Por tanto, la configuración del Derecho penal de la época de la Ilustración no puede ser la misma que la actual, pues *las leyes y reflexiones son hijas del momento histórico en que son elaboradas*¹⁸⁶. Y, no se trata, siguiendo a Quintero Olivares, «*que para los penalistas la insatisfacción suele ser el estado natural*»¹⁸⁷. Es un hecho incontrastable que estamos frente a nuevos riesgos, nuevos actores y nuevas demandas, que hacen inevitable una actualización o reformulación de las normas de convivencia. Realmente, en el momento actual, se está poniendo a prueba la validez de instituciones y sistemas que se derivan de los Códigos del siglo XIX que respondían por tanto a un mundo político, económico y socialmente muy diferente del actual¹⁸⁸. Frente a esta compleja y cambiante realidad que condiciona el contenido de prácticamente la totalidad de instrumentos de

¹⁸⁶ Berdugo Gómez de la Torre 2012: 119.

¹⁸⁷ Quintero Olivares 2004: 18.

¹⁸⁸ Berdugo Gómez de la Torre 2012: 121. Sobre la discusión de si hemos de admitir y acceder a un nuevo Derecho penal (derecho penal moderno o actual) o debemos contentarnos con los procesos adquiridos, durante los últimos siglos, por el Derecho Penal construido desde la Ilustración, *vid.* Herrero Herrero 2015: 20.

control social, las dos preguntas, simples de formular, pero sumamente difíciles de responder, son: ¿Qué hacer? y ¿Con qué? Respuestas que, no solo deben provenir de los oficinas o despachos, sino de una mirada más conectada con el mundo real.

En este contexto, si se cuenta con una herramienta de control social – el Derecho penal- que puede coadyuvar a evitar o mitigar los riesgos globales¹⁸⁹ que las *sociedades postindustriales* y de la *super-información* presentan, por qué negarse a analizar su *eficacia* y *compatibilidad* con el estado actual de la cuestión. Una resistencia férrea e irreflexiva al Derecho penal moderno¹⁹⁰ puede llegar a ser tan perjudicial como el simplismo y emoción de recurrir al mismo para todo¹⁹¹ y como *prima ratio*¹⁹². Un esfuerzo por encontrar un punto medio –si acaso es posible¹⁹³- debe ser el camino a recorrer y en esa línea me adhiero¹⁹⁴, puesto que la dinámica y

¹⁸⁹ Berdugo Gómez de la Torre 2012: 121, sobre las lógicas de los riesgos globales de Beck.

¹⁹⁰ Como señala Gracia Martín 2011: 13-14 :«el denominativo de “moderno” ya no designa al derecho penal de la Ilustración. Éste habría dejado de ser moderno, y para distinguirlo del que ahora se subroga con este carácter, Hassemmer ha propuesto denominarlo “clásico”, y atribuir el adjetivo “moderno” al del presente en cuanto “institución distinta del derecho penal clásico»».

¹⁹¹ Resulta insólito por ejemplo el delito de «convocatoria ilegal a referéndum» citado por Quintero Olivares 2004: 14.

¹⁹² Como señala Robles Planas 2012: 112-113 «la impresión de que el principio de subsidiariedad del derecho penal podría ser, más que un principio, una ilusión de un grupo al final relativamente pequeño de teóricos del derecho penal es una impresión que se impone especialmente cuando se tiene presente que el mismo legislador parece contemplar al derecho penal menos como ultima ratio que como una primera ratio mediante cuyo uso se han de dirigir los desarrollos sociales y corregir los desarrollos equivocados».

¹⁹³ Para Quintero Olivares 2004: 18-19, justicia y derecho penal son palabras “multívocas” y es difícil llegar a un consenso.

¹⁹⁴ Quintero Olivares 2004: 17.

problemática en torno a la sucesión de leyes penales en el tiempo reclama - como se verá más adelante- de ese mismo equilibrio.

Frente a esta situación, no es del todo irrazonable que la población dirija a los poderes públicos peticiones de intervenir de modo más drástico a fin de garantizar la seguridad general. Como tampoco es del todo censurable que los Estados respondan a tales demandas a través de una acelerada ampliación del espacio propio de la legislación penal, mediante el incremento de la gravedad de las penas, así como de la intensidad de los medios de intervención policial dentro y fuera del proceso penal. Sin embargo, esta política de *populismo punitivo*, no siempre resulta del todo eficiente: los costos de libertad muchas veces no están compensados por incrementos reales de seguridad general¹⁹⁵.

Si se tuviera que resumir en dos palabras los rasgos característicos del Derecho penal en estos tiempos, *expansión* y *descrédito*, generarían mayor consenso¹⁹⁶. El primero, como consecuencia inevitable de los cambios sociales y económicos que son fruto a su vez de la globalización, nuevas tecnologías y el uso político y simbólico del sistema legal. El segundo, como consecuencia del escepticismo sobre su utilidad y eficacia fruto a su vez de la frivolidad con la que muchos aplican esta disciplina jurídica y los intereses contrapuestos de cada una de las partes involucradas. Estas dos notas esenciales condicionan la vigencia de los principios y garantías sobre la base de las cuales se construyó el edificio penal. *Reconstruir* o *remodelar* ese por tanto la gran disyuntiva que hoy enfrentamos y a la que no podemos eludir.

¹⁹⁵ Así Silva Sánchez 2009: 19.

¹⁹⁶ Quintero Olivares 2004: 23.

Intentando dar respuesta a esta encrucijada, *Hassemer* –en Alemania– postula la creación, para los ilícitos modernos, de un nuevo ordenamiento que denomina *Derecho de intervención*, pero hasta el momento no ha desarrollado ni definido sus reglas e instituciones; mientras que, en España, Silva Sanchez, ha propuesto la formación de un Derecho penal de segunda velocidad para los ilícitos modernos que operaría con garantías más flexibles que el Derecho penal tradicional (de la primera velocidad), pero en el cual, a cambio, no tendrían cabida las penas privativas de libertad¹⁹⁷. Más que del tratamiento, discusión que traspasa largamente estos fines, me enfocaré en el diagnóstico, esto es, en describir más que en prescribir, sin renunciar a fijar una postura sobre las bases.

Las características comunes y más visibles de este fenómeno expansivo del actual Derecho penal se concentran en la Parte Especial¹⁹⁸, y pueden agruparse en seis ámbitos: a) Derecho penal simbólico, b) Derecho penal de la seguridad, c) Derecho penal de las víctimas, d) Derecho penal de menores, e) Derecho penal económico y de la empresa, y f) Derecho penal internacional. Como se verá a continuación, unos más que otros generan tensiones difíciles de soltar e inciden directa o indirectamente en la dinámica de la sucesión de leyes penales en el tiempo.

II. Derecho penal simbólico

Como el Derecho penal es un medio para la satisfacción de determinadas finalidades sociales, el uso del mismo debe estar orientado al cumplimiento estricto de sus fines. Si bien actualmente existe una gran

¹⁹⁷ Así Gracia Martín 2011: 41.

¹⁹⁸ Gracia Martín 2011: 16.

discusión dogmática respecto a la misión que cumple el Derecho penal¹⁹⁹ *protección de bienes jurídicos o la vigencia de la norma*, lo cierto es que, cualquiera sea el objeto de su tutela, no puede recurrirse a éste para satisfacer intereses de grupo o para hacerlo partícipe de la política de turno. Sin embargo, la realidad muestra que ello no siempre es así.

La aparición de nuevos riesgos y la creciente demanda de prevención penal ante ellos constituyen, como señala Pérez Cepeda, un terreno abonado para la proliferación de tipos penales de improbable aplicación, motivada por la presión de la sociedad de riesgo que incita a una política criminal simbólica²⁰⁰. En efecto, la fuerza simbólica de graves atentados sociales es mucho mayor que la acumulación de sucesivos males paulatinos y dosificados en el tiempo²⁰¹. Y el daño y conmoción son tales, que la tentación para quienes detentan el poder de calmar rápidamente a la sociedad mediante el recurso al Derecho penal, es alta. Las razones son muchas. Desde la necesidad de una mera satisfacción de las demandas sociales, pasando por los réditos políticos e intereses de grupo, hasta la practicidad del menor *costo y complejidad* del recurso a esta disciplina *versus* la articulación de programas sociales²⁰².

A estas leyes, desarticuladas, reactivas y muchas veces engañosas, se les conoce como *Derecho penal simbólico*. Se trata de tipos penales que se incorporan al CP sin una base de política criminal, que no se aplican o sólo pocas veces con fines meramente demostrativos, y que son utilizados fundamentalmente como herramienta política orientada a calmar los ánimos

¹⁹⁹ Sobre el debate inconcluso respecto a la admisión de una u otra finalidad del derecho penal, *vid.* Alcácer Guirao 2004: 141-169 y 175-187.

²⁰⁰ Pérez Cepeda 2007: 333.

²⁰¹ Pérez Cepeda 2007: 53.

²⁰² Pérez Cepeda 2007: 337.

y angustias de los ciudadanos, permitiéndoles creer que el Derecho penal es solvente en la protección de la sociedad como estructura indispensable de su propia existencia²⁰³. Así, el Derecho penal simbólico no es más que el conjunto de normas que se caracterizan por generar únicamente un efecto psicológico intimidatorio o tranquilizante en la sociedad y que, son producto, muchas veces del uso simbólico que se hace de las mismas por razones políticas²⁰⁴ y para satisfacer supuestas demandas sociales²⁰⁵.

Este uso simbólico del Derecho penal se ha ido incrementado en los últimos tiempos. La política criminal se ha convertido en política partidaria. Para el legislador el Derecho penal ya no es más un instrumento formal de control social de *última ratio*, sino más bien una herramienta política valiosa que le ofrece los réditos que él o el partido al que representa tanto anhelan²⁰⁶. En otras palabras, se utiliza al Derecho penal para aparentar ante la sociedad una mayor efectividad de las medidas propuestas por el Estado

²⁰³ Rodríguez Moreno 2013: 63.

²⁰⁴ Frígols I Brines 2004: 27.

²⁰⁵ Frígols I Brines 2004: 27. Asimismo, Rodríguez Moreno 2013: 80, resumiendo a Hassemer: «son formas de derecho penal simbólico: a. Leyes de declaración de valores: como el delito de aborto, que si bien es inaplicable únicamente busca reafirmar a la sociedad su estatus conservador y pro-vida. B. Leyes con carácter de apelación moral: Hassemer pone como ejemplo el derecho penal ambiental, que busca únicamente crear conciencia ecológica y hacer ver a los electores que el Estado se preocupa por el medio ambiente, cuando en realidad la tipificación de conductas contra el medio ambiente no dan solución alguna. Como ya dije, los tipos penales no pueden apagar el fuego. C. Respuestas sustitutorias del legislador: Es la tipificación de conductas en tiempos de crisis con el único objetivo de crear un falso ambiente de tranquilidad y seguridad. Por ejemplo, tipificar el delito de terrorismo en épocas en que éste abunda (en otros lugares del mundo). D. Leyes de compromiso: Hassemer habla de cláusulas generales que únicamente tienen el objetivo de satisfacer la “necesidad de actuar”, pero que en realidad no producen efecto real alguno».

²⁰⁶ Frígols I Brines 2004: 32.

y generar en el ciudadano una sensación de tranquilidad, de que *algo se está haciendo*²⁰⁷.

Efectivamente, el Derecho penal se ha convertido en un instrumento de respuesta pública a las exigencias sociales y a las fuertes presiones que ejercen los medios de comunicación²⁰⁸, quienes ya no sólo son transmisores de opiniones e impresiones referentes al malestar social, sino que asumen un protagonismo insospechado en la fase de creación o concepción legislativa²⁰⁹. A tal punto que se está frente a una verdadera justicia periodística²¹⁰. Ante esta fuerte presión mediática, los partidos políticos responden con promesas o propuestas de intervenciones legislativas rápidas y efectivas que, comúnmente, no son las más adecuadas y proporcionadas por la exaltación del momento.

Como consecuencia de todo lo anterior, cada vez es más evidente que el principio de subsidiariedad²¹¹ y el carácter fragmentario del Derecho penal han dejado de inspirar la función legislativa; antes bien, representan un obstáculo para aquellos legisladores que conciben al Derecho penal como tema prioritario de su agenda política. Y esto es muy peligroso, pues si cada vez que la opinión pública exija resultados rápidos los políticos van a reaccionar introduciendo medidas legislativas simbólicas, puede llegar a

²⁰⁷ Daunis Rodríguez 2005: 216.

²⁰⁸ A propósito de la gran reforma del derecho penal español mediante el llamado «Código Penal de la Democracia» de 1995, Zúñiga Rodríguez 2005: 100, sostiene que si algo queda claro es: «la apuesta del legislador, por satisfacer las demandas de seguridad ciudadana de la población, especialmente amplificadas por los medios de comunicación, satisfaciendo con ello, la función simbólica de la pena de dar calma social, paz social (...)».

²⁰⁹ Vid. Daunis Rodríguez 2005: 216-217.

²¹⁰ En este sentido, Sanz Mulas 2005: 8.

²¹¹ Este principio, rige tanto al momento del diseño de normas penales como durante el proceso de investigación penal.

construirse un microsistema paralelo debidamente desviado hacia vías periféricas de la red de las garantías, pero claramente dirigido hacia la efectividad a cualquier precio²¹².

En efecto, el riesgo de un uso simbólico e indiscriminado del Derecho penal no sólo se debe a que puede llegar a ser meramente cosmético, sino también que pueda relajar en demasía las garantías relativas a la seguridad jurídica y al propio principio de legalidad²¹³.

Ahora bien, irnos al otro extremo (prescindir de todo efecto simbólico) es una utopía y hasta contraproducente. La producción de efectos simbólicos es consubstancial a la pena y expresión de la función ético-social que la misma debe cumplir²¹⁴. La función simbólica del Derecho penal sirve para transmitir mensajes de contenido valorativo que inciden en la conciencia social y operan de modo preventivo²¹⁵, independientemente de la misión que cumpla el Derecho penal.

Así, los efectos simbólicos de una ley penal son en principio legítimos, salvo que la misma busque exclusivamente dicha finalidad y/o cuando estos predominan de modo relevante sobre los instrumentales²¹⁶. En

²¹² *Vid.*, Pérez Cepeda 2007: 51.

²¹³ La eficacia del derecho penal en materia ambiental, pese a que se le ha calificado habitualmente de simbólica, lo cierto es que, las objeciones que se le realizan están asociadas a aspectos procesales o fácticos que pueden trasladarse a todos los ámbitos en los que se manifiesta el derecho penal. De ahí que, a fines de la década de los sesenta, el constituyente español decidiera poner fin a la árdua discusión en torno a la conveniencia de recurrir al derecho penal en el sector ambiental, elevando a la categoría de mandato constitucional la protección penal del ambiente, dentro del cual, tiene cabida la protección específica del ruido (art. 45.3º de la CE).

²¹⁴ Gracia Martín 2011: 90.

²¹⁵ Pérez Cepeda 2007: 335.

²¹⁶ Gracia Martín 2011: 39.

tales casos, cuando se da una oposición entre *realidad* y *apariencia*, estamos frente a un engaño que, en palabras de Silva Sánchez, revela que el único fin detrás de la norma es «*la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido*»²¹⁷. En palabras más crudas, Cancio Meliá señala: «*los políticos no son estúpidos al pensar que una pena incrementada puede acabar con tal o cual acto delictivo, sino que piensan que nosotros somos tan estúpidos para creerlo*»²¹⁸.

En España, existen ejemplos claros de Derecho penal simbólico. Uno de ellos, lo tenemos en la respuesta al fenómeno de la delincuencia de menores que, a través de la reforma introducida mediante LO 8/2006, revela, antes que una política criminal coherente con el modelo de responsabilidad que inspira a la LO 5/2000, un intento del Estado por transmitir seguridad a la sociedad, pretendiendo generar un efecto intimidatorio, que supla las deficiencias propias en otras áreas. Asimismo, los llamados *delitos de odio*, previstos en los arts. 510º, 511º y 512º del CP, son otra clara manifestación de puro y duro marketing penal²¹⁹.

²¹⁷ Silva Sánchez 1992: 305.

²¹⁸ Cancio Meliá, citado por Rodríguez Moreno 2013: 71.

²¹⁹ En este sentido, Rodríguez Moreno 2013: 72. Art. 510º del CP: «1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía. Art. 511.1 «Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años al particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación

En suma, reformas como éstas abren paso a manipulaciones legislativas, mediante el uso abusivo de instituciones penales, ya sean sustantivas, adjetivas y ejecutivas, que tienen como único o prioritario fin crear un falso simbolismo de seguridad y eficacia, una suerte de *placebo social apaciguador*²²⁰, que no puede ni debe caracterizar al Derecho penal contemporáneo, puesto que, a diferencia del llamado Derecho penal del enemigo²²¹, su *legitimación y utilidad práctica* son prácticamente nulas.

III. Derecho penal de la seguridad

En las últimas décadas acudimos a un cambio paradigmático en el sistema social, avanzamos a una sociedad diferente: una sociedad de riesgo²²², amenazada por el desarrollo de diversos estamentos que, sin duda, revelan que el Estado de bienestar²²³, basado en la idea que éste actúa con el fin de proteger los ataques más violentos dejando en manos de la sociedad

a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertinencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, su orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía. 2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía. 3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este Artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Art. 512. Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años.

²²⁰ Rodríguez Moreno 2013: 65.

²²¹ Rodríguez Moreno 2013: 66, sobre las diferencias entre derecho penal del enemigo y derecho penal simbólico.

²²² Término acuñado por Beck, citado en Berdugo Gómez de la Torre 2012: 119.

²²³ Huster, Garzón Valdés y Molina 2010: 14.

la autorregulación en todas las restantes materias, resulta ya inapropiado, pues en el contexto actual no sólo es necesario reaccionar ante peligros existentes, sino prevenir los mismos apenas empiezan a manifestarse e incluso antes que aparezcan. De ahí que, en la sociedad moderna, el término *riesgo* se esté convirtiendo en un concepto medular, mientras que los conceptos de *precaución* o *prevención* determinan la responsabilidad del Estado con respecto a la seguridad de sus ciudadanos²²⁴.

Así las cosas, hablar de *Derecho penal de la seguridad*, en buena cuenta y salvo disquisiciones teóricas, es hablar de derecho penal de riesgo o derecho penal moderno. Son equivalentes funcionales, puesto que presentan las mismas características²²⁵ y un problema común: tensión entre *eficacia vs garantías*²²⁶. La sociedad moderna, sin temor a exagerar, se ha convertido en una sociedad de objetiva inseguridad²²⁷, caracterizada por grandes temas securitarios²²⁸, en la que el riesgo y el miedo al delito, una vez que aparecen, tienden a proliferar. Así, de modo retroalimentativo, se generan nuevas demandas securitarias, el anhelo de un mundo *normativamente acolchado*, en el que los productos normativos se construyen en la lógica de la seguridad, aun a costa de otros valores políticos fundamentales²²⁹. En palabras de Beck, la sociedad de riesgo es

²²⁴ Huster, Garzón Valdés y Molina 2010: 15.

²²⁵ Sobre las características comunes entre derecho penal de la seguridad y derecho penal del riesgo, *vid.* Pérez Cepeda 2007: 353.

²²⁶ Pérez Cepeda 2007: 353, sobre la identificación entre estos términos. Así también *vid.* Daunis Rodríguez 2012: 218, sobre derecho penal de la democracia vs seguridad pública.

²²⁷ Silva Sánchez citado por Gracia Martín 2011: 18.

²²⁸ Pérez Cepeda 2007: 49, destaca entre los temas securitarios a

²²⁹ Pérez Cepeda 2007: 49-50.

aquella en la que «*el trato con el miedo y con la inseguridad se convierten biográfica y políticamente en una cualificación civilizatoria clave*»²³⁰.

Producto de lo anterior, las políticas están orientadas fundamentalmente a lograr la seguridad casi a toda costa, tanto en el frente individual como en el frente mundial, recurriendo para tal efecto a un adelantamiento significativo de la intervención penal a momentos previos a la lesión. Se parte de la premisa que el Derecho penal no debe esperar la lesión efectiva de bienes jurídicos, sino más bien reaccionar antes de que se produzca la misma, pues si se espera a una intervención posterior, las consecuencias serían irreparables, haciendo por tanto inservible la intervención penal. Este adelantamiento se efectúa a través de tres vías claramente visibles: i) tipificación de delitos de peligro cada vez más alejados de la lesión, ii) incremento en la tipificación de la imprudencia y iii) creación de bienes jurídicos macrosociales o colectivos. Estas técnicas legislativas pueden apreciarse claramente en los ecodelitos y los delitos de riesgo catastrófico²³¹.

Asimismo, los rasgos que caracterizan el Derecho penal del riesgo son: a) progresiva anonimidad de los contactos sociales; dada la dificultad de atribuir la generación de tales riesgos a determinadas personas, b) uniformidad de comportamientos en masa; debido a que solo la acumulación de conductas peligrosas legitiman la punición de las mismas, c) familiarización con el riesgo; producto del reconocimiento de la existencia habitual de peligro en la vida diaria; y d) uniformidad del sistema

²³⁰ Beck, citado por Pérez Cepeda 2007: 338.

²³¹ De La Cuesta Aguado 2005: 167.

punitivo; habida cuenta que el Derecho penal se homologa día a día como consecuencia de la globalización.²³²

Un rasgo adicional, discutible para muchos, es la supuesta búsqueda de una falsa seguridad que, en algunos casos, serviría de justificación para la restricción de ciertas garantías. Desde esta perspectiva, la seguridad se presenta como la otra cara del riesgo en la sociedad moderna. Se dice que la sensación social de inseguridad deriva no de la existencia de factores objetivos, sino la percepción subjetiva de los mismos, desarrollándose una especial sensibilidad al riesgo, que se traduce en demandas mayores y más efectivos mecanismos de prevención a articular por las distintas agencias e instancias de control²³³.

Se adscribe a esa línea, Díez Ripollés, para quien la sociedad de riesgo difunde un exagerado sentimiento de inseguridad, que no siempre guarda una estricta correspondencia con los riesgos reales, sino que se ve potenciada por la extensa y lucrativa cobertura mediática²³⁴. Así también, Pérez Cepeda, considera que, bajo el paradigma de la seguridad, se produce un endurecimiento del control social mediante la alarma social, es decir, a través de políticas que, instrumentalizando ejemplos con el 11 de septiembre, crean una hipersensibilidad en la sociedad²³⁵.

A mi modo de ver, la seguridad es un problema real de la sociedad actual, no fabricado en un escritorio o despacho, que requiere de una

²³² Sobre la postura de Jakobs, citado por Polaino-Orts 2009(b): 71-73.

²³³ Pérez Cepeda 2007: 341.

²³⁴ Díez Ripollés citado por Rodríguez Moreno 2013: 77.

²³⁵ Pérez Cepeda 2007: 52-53.

solución también real y concreta²³⁶. Y, el Estado, tiene el poder y la legitimidad constitucional de proveer dicha seguridad a sus ciudadanos. Se trata de un valor constitucional igual a otros en rango e indispensable porque el Estado como institución deriva del mismo su justificación²³⁷.

Por tanto, lo que se debe evaluar es más bien si el nivel de protección (seguridad) que otorga el Estado es capaz de proteger a la población contra los nuevos peligros²³⁸ y si dicha protección *debe* provenir o no del Derecho penal. He ahí el verdadero dilema, a partir del cual se deben enfocar y sumar todos los esfuerzos desde todas las corrientes dogmáticas, sin discriminar *ex ante*. No estamos para rechazar liminarmente aportes, es tiempo de apertura y de consensos, pues abordar una problemática tan compleja desde la clásica defensa del *buen Derecho penal liberal*, resultaría infructuoso.

Uno de estos aportes, sin duda, de mayor relevancia y controversia, es el Derecho penal del enemigo, aunque se sostenga es meramente descriptivo y no prescriptivo²³⁹. Para Pérez Cepeda, la redefinición de las prioridades sociales fundamentadas en la seguridad, propicia una cohesión y consenso sociales de cara a construir enemigos internos, cuya identidad como sujetos sociales se ubique en el territorio confuso de la ilegalidad y

²³⁶ La frase de Thomas C. Schelling, en un artículo sobre terrorismo internacional, publicado en 1991, afirmaba: “No es muy claro que la actividad terrorista sea muy efectiva por lo que respecta al miedo y la ansiedad que provoca. Rabia y frustración, sí; drama y diversión, por cierto; pero pocas veces pánico y comportamiento motivado por miedo, ansiedad o consideraciones prudenciales.” Así en Huster, Garzón Valdés y Molina: 13, agregando que después del 11 de septiembre de 2001, esta frase resulta trágicamente falsa.

²³⁷ Huster, Garzón Valdés y Molina 2010: 13

²³⁸ Colina Ramírez 2014: 71.

²³⁹ Rodríguez Moreno 2014: 58

criminalidad, que ingresan en una categoría de riesgo, de modo que sólo cabe su exclusión y separación al no cumplir una función en el nuevo modelo productivo²⁴⁰.

Invocado por primera por Jakobs en 1985²⁴¹, y desarrollado después por el mismo²⁴² y otros²⁴³, es una respuesta –real, no inventada- de cómo el Estado de Derecho trata de manera desigual a las personas, en función a su peligrosidad social. Así bajo la dicotomía amigo-enemigo, se abre paso a un Derecho penal de dos polos: i) El Derecho penal de los ciudadanos, cuyos delitos son ocasionales y por tanto sólo expresión de abuso o extralimitación en las relaciones sociales legítimas en que participan que n les hace perder su fidelidad al Derecho ni su status de ciudadano, y ii) El Derecho penal de los enemigos, aplicable a individuos cuyas actividades delictivas se desenvuelven fuera de las relaciones sociales que son reconocidas como legítimas, quienes habrían presumiblemente abandonado el Derecho de modo permanentemente, y con ello, el status de ciudadano²⁴⁴.

²⁴⁰ Pérez Cepeda 2007: 53-54.

²⁴¹ Pastor 2009: 97-98: «En 1985 apareció el trabajo de Jakobs *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung* en el cual formula por primera vez su diagnóstico de “derecho penal del enemigo” para describir el modo en el cual el poder punitivo trata con reglas impropias del derecho penal normal a quien comprobadamente insisten en su hostilidad contra el orden jurídico por medio de crímenes que no son bagatela».

²⁴² En 2000 aparece su pequeño comentario de las Jornadas de Berlín, de octubre de 1999, en el cual su visión del derecho penal del enemigo empieza a ser planteada como un fenómeno más generalizado. Luego en 2003 publica un trabajo específico al respecto, su *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. Más sobre el recorrido, *vid.* Pastor 2009: 98-99.

²⁴³ Sin duda, de las obras de mayor claridad que han seguido a la propuesta de Jakobs, se encuentra la de Poliano-Orts. *Derecho Penal del Enemigo: Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*. Barcelona: Bosch, 2009.

²⁴⁴ Gracia Martín 2011: 25-26.

En palabras de Jakobs: «*El Derecho penal del ciudadano es de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra (...) El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (...) combate peligros*»²⁴⁵.

Más allá de la infortunada denominación²⁴⁶, que hubiese evitado un debate marcadamente emocional, considerada sin embargo por Jakobs como no peyorativa, el problema central es quién es, en concreto y en específico, el *enemigo* en la actual sociedad del riesgo, así como si dicho *enemigo* merece o no criterios de atribución de responsabilidad y un catálogo de garantías penales y procesales iguales a los que gozan los ciudadanos. En esencia, la disyuntiva pasa por establecer de qué puede prescindirse –en pro de la seguridad- cuando al frente tenemos a *una no persona* que no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva de su comportamiento personal y lo manifiesta explícitamente con su conducta. La pregunta de fondo es ¿Cabe garantizar la libertad a los enemigos de la propia libertad?²⁴⁷

²⁴⁵ Jakobs citado por Rodríguez Moreno 2014: 61.

²⁴⁶ Rodríguez Moreno 2014: 102, explica que el repudio al Derecho Penal del Enemigo es principalmente por razones terminológicas. Por su parte, Poliano Orts 2009 (b): 585, señala que: «La denominación de “enemigo”, en contraposición a la de “ciudadano”, puede parecer políticamente incorrecta, drástica, beligerante, etc., pero no se puede rechazar seriamente sin saber siquiera a qué se refiere, qué realidad describe, qué características la adornan, qué garantías le competen, qué contenido la engloba, etc. La etiqueta es, en sí, lo de menos. Brevemente: como afirma la sabiduría popular, el hábito no hace al monje». A mi juicio, mucha de la problemática en torno al derecho penal del enemigo y el gran esfuerzo por legitimarla responde a un uso no feliz del lenguaje con la que se la describe.

²⁴⁷ Así, Berdugo Gómez de la Torre 2012: 120.

Hay que empezar por *quién es* el enemigo. Sin duda, Polaino-Orts, en su gran obra *«Lo verdadero y falso en el Derecho penal del enemigo»* ofrece la mejor y más clara definición disponible hasta la fecha: *«Enemigo es quien, incluso manteniendo intactas sus capacidades intelectual y volitiva, y disponiendo de todas las posibilidades de adecuar su comportamiento a la norma, decide motu proprio autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, despersonalizándose o, por mejor decir, despersonalizándose a sí mismo mediante la manifestación exterior de una amenaza en forma de inseguridad cognitiva, que –precisamente por poner en peligro los pilares de la estructura social y el desarrollo integral del resto de ciudadanos (“personas en Derecho”)- ha de ser combatida por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz.»*²⁴⁸.

Definido el concepto, lo siguiente es determinar cuán invasiva puede ser la intervención estatal cuando de enemigos se trata. Y, la respuesta, otra vez de la mano de Polaino-Orts, es que la misma debe aplicarse excepcionalmente en aquellas situaciones reales que lo merezcan, esto es, cuando la peligrosidad del delincuente lo califica como enemigo²⁴⁹, para lo cual, se debe tomar en cuenta que el concepto en sí mismo es: i) *relativo*: ya que guarda relación con una situación determinada y no es absoluto, sino que únicamente afecta a una faceta de la personalidad de algún “enemigo”; ii) *potestativo*: porque el enemigo tiene la potestad de dejar de serlo. Si lo es, es porque así lo ha querido el individuo que se convierte en enemigo; iii) *puntual*: porque sólo se es enemigo para un caso concreto; y iv)

²⁴⁸ Polaino-Orts 2009 (b): 214.

²⁴⁹ En esta línea, *vid.* Polaino Orts 2009 (b): 526.

proporcional: se debe combatirlo de forma proporcional y apegada a Derecho²⁵⁰.

En tal sentido, si una ley penal *del* o *para* el enemigo, que conlleva por ejemplo un notorio adelantamiento de la punibilidad, goza sin embargo de los límites anteriores, considero que, no sólo sería legítima, sino necesaria²⁵¹, pues responde a un esquema legislativo de combate proporcional de un foco de excepcional peligro, en el que la exacta comprobación previa de la real peligrosidad del sujeto funge como modo de contención frente al poder omnímodo del Estado de Derecho, racionalizando el tratamiento penal e introduciendo un alto índice de democraticidad en dicha forma de combate²⁵². El problema –no menor– estriba cuando, en aras de combatir un determinado foco excepcional de peligro, se cae en la tentación de relajar otra clase de garantías que, bajo ningún caso, puede admitirse en el marco de un Estado de Derecho, como es el caso de la exigencia de *lex praevia*.

Ello sin embargo ocurrió en la Alemania nacionalista mediante la promulgación de leyes con carácter retroactivo, como la llamada y conocida

²⁵⁰ Polaino Navarrete y Polaino-Orts citado por Rodríguez Moreno 2014: 67.

²⁵¹ Un ejemplo de la necesidad es en el ámbito de la criminalidad organizada se puede apreciar con la entrada en vigor el 02 de julio de 2003 de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, al día siguiente de su publicación en el BOE. Su propósito, según la propia exposición de motivos, es: «perfeccionar el ordenamiento jurídico con el fin de concretar la forma del cumplimiento de las penas para conseguir que se lleve a cabo de manera íntegra y efectiva y, en consecuencia, dar mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica en esta materia, siempre desde el escrupuloso respeto a los principios contenidos en el artículo 25 de la Constitución. Pero además asegurar este derecho, la ley persigue un claro objetivo, conforme a su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad».

²⁵² Polaino Orts 2009 (b): 598.

Ley Van der Lubbe de 28 de febrero de 1933, que establecía la pena de muerte para los delitos de traición y que se aplicó con carácter retroactivo al presunto incendiario del Reichstag²⁵³ y más recientemente con la Usa Patriot Act, la que bajo el fantasma de la amenaza terrorista, previó en sus secciones 411 c) y 809 b) la aplicación retroactiva de la Ley los que causaron o pudieron causar la muerte o una lesión grave²⁵⁴.

Una cosa es adelantar la barrera de la punibilidad, con límites por cierto, y otra muy pero muy distinta es permitir una aplicación sorpresiva y equívoca de una ley penal. Si se pretende usar el *Derecho* y, en especial el *Derecho penal*, para combatir a los enemigos, no puede hacerse a cualquier precio, pues si de mera eficacia se trata, mejor no recurramos a una disciplina jurídica. Existen principios que no admiten remodelación, pues el edificio del sistema penal se vendría abajo y tendría más bien que construirse uno nuevo. El *quid* del asunto se resume en *qué tipo de garantías se le va a conceder al enemigo*. El principio de irretroactividad no puede estar fuera, porque a diferencia de otras, dejaría de ser *Derecho penal* y se convertiría en *reacción penal* contra el enemigo.

De esta manera, la legitimidad o no del Derecho penal del enemigo en un Estado de Derecho²⁵⁵ no puede ser definida *a priori*, sino de manera puntual, caso por caso, como ocurre también con el Derecho penal clásico. No basta pues con encuadrar una norma como Derecho penal del enemigo, sino analizar y comprobar su compatibilidad con determinados principios

²⁵³ De Vicente Martínez 2004: 62.

²⁵⁴ Daunis Rodríguez 2012: 222-223.

²⁵⁵ En esta línea, Rodríguez Moreno 2014: 87, sostiene que el derecho penal del enemigo es legítimo en un Estado de Derecho.

constitucionales impostergable²⁵⁶. Pero lo que sí queda muy claro, es que el Derecho penal del enemigo es un fenómeno real y que negarlo es mucho más peligroso que reconocerlo, pues un Estado de Derecho que repudia al Derecho penal del enemigo pero a la vez lo utiliza al margen de la ley²⁵⁷, deslegitima por completo su actuación y corre el riesgo de deshumanización²⁵⁸.

Todo lo anterior permite llegar a una conclusión: *no* todas las normas encuadrables en el fenómeno del Derecho penal del enemigo merecen valorarse de igual manera²⁵⁹. Por ejemplo, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, que regula la violencia de género, si bien goza de un fundamento común a toda norma de Derecho penal del enemigo (erosión de la seguridad cognitiva en la vigencia de la norma) y algunos rasgos compatibles, no por ello resulta inconveniente y/o inconstitucional. Como lo ha señalado el TC español en su STC 59/2008, de 14 de mayo, se trata de una ley útil, legítima y necesaria, que se enmarca dentro del ordenamiento constitucional²⁶⁰.

²⁵⁶ En similar sentido, Muñoz Conde 2007: 45 ss.

²⁵⁷ Así también Rodríguez Moreno 2014: 67.

²⁵⁸ Empero, hay que precisar que despersonalización no es lo mismo que deshumanización. Así, Polaino-Orts 2009 (b): 614, señala que: «(...) ello no quiere decir, en absoluto, que el individuo o el enemigo carezca de derechos (...) el enemigo, como la persona en Derecho, goza en el Estado de Derecho de las garantías básicas y de los derechos humanos fundamentales propios de toda Democracia: *no solo no se prescinde de esos derechos fundamentales ni de la Justicia sino que el trato penal que el ordenamiento jurídico les concede es escrupulosamente respetuoso de sus derechos fundamentales y responde, en todo caso, a un criterio de Justicia.*»

²⁵⁹ Polaino-Orts 2009 (b): 593. Así por ejemplo también hay normas que, aunque parecen, no son derecho penal del enemigo, como los denominados delitos de obstáculo. Para más detalle, *vid.* Polaino Orts 2010:164.

²⁶⁰ Concluye el TC: «12. Aun considerando que el sujeto activo del inciso cuestionado del art. 153.1 CP ha de ser un varón, la diferenciación normativa que impugna el Auto de cuestionamiento por comparación con el art. 153.2 CP queda reducida con la adición en aquel artículo de la “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” como

Ahora bien, el Derecho penal del enemigo y en general el derecho penal, no es la panacea. Sería un *craso* y no leve error entender que el Derecho penal, en cualquier de sus manifestaciones, puede ofrecer y garantizar el ideal de seguridad. Es más, como señala Jakobs, a propósito de Guantánamo, la propia pretensión de seguridad puede ponerse en contra del derecho, habida cuenta que la fuerza orientadora de la norma no necesariamente coincide con políticas de seguridad²⁶¹.

De la misma manera, tampoco se puede dejar de reconocer que ofrece una solución mucho más eficaz -que otras irreales-, aunque no por ello la más correcta²⁶². Y es que, en una situación de emergencia, como la actual, hay dos cosas por hacer. Una inmediata e impostergable: atender la emergencia con todos los recursos aptos y disponibles, incluido el Derecho penal²⁶³ (con límites infranqueables), y una mediata, tan o más importante:

posible sujeto pasivo del delito. La diferencia remanente no infringe el art. 14 CE, como ha quedado explicado con anterioridad, porque se trata de una diferenciación razonable, fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal, que, por la limitación y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no conduce a consecuencias desproporcionadas. Se trata de una diferenciación razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidos, y porque persigue esta legítima finalidad de un modo adecuado a partir de la, a su vez, razonable constatación de una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, que toma en cuenta su significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres. Como esta gravedad no se presume, como la punición se produce precisamente por la consciente realización del más grave comportamiento tipificado, no podemos apreciar vulneración alguna del principio constitucional de culpabilidad».

²⁶¹ Jakobs citado por Aponte 2005: 52 ss.

²⁶² Así también Borja Jimenez citado por Rodríguez Moreno 2014: 116.

²⁶³ Dicho en palabras del Ministro federal del interior alemán: «En la lucha contra el terrorismo tenemos que hacer uso efectivo de todos los instrumentos que están a disposición del terrorismo. El derecho penal es parte de una misión de seguridad del Estado de orientación preventiva. Tenemos que combatir el terrorismo, también con

sentar las bases para que la emergencia no se repita una y otra vez. El problema está que muchos, promotores y detractores, no entienden que el Derecho penal del enemigo *es* –o debería ser- un *Derecho penal de emergencia*, que no viene a quedarse, sino a solucionar situaciones reales de las que el Estado no puede hacerse de la vista gorda. Concebir al Derecho penal del enemigo como autosostenible, suficiente e indefinido en el tiempo²⁶⁴, corre el elevado riesgo de convertirlo en meramente simbólico²⁶⁵ y publicitario²⁶⁶: un mero apaga incendios, huérfano de políticas de Estado.

Empero, la cuestión de fondo es la que se puso de relieve al inicio: *algo hay que hacer* desde la trinchera en que estemos y con las limitaciones que cada área o disciplina reclama. En la situación en la que nos encontramos, no puede ser mejor responder como responde Zaffaroni ante la pregunta que él mismo se hace ¿Qué puede hacer el Derecho penal con los terroristas?: *Nada*²⁶⁷. Esperar sentados a que se cometan delitos de una

Derecho penal, allí donde comience a ser peligroso, y no sólo una vez que se hayan producido atentados.» Citado por Cancio Meliá 2010: 355.

²⁶⁴ En este sentido, Caruso Fontán y Pedreira González 2014: 236, muestran su preocupación respecto a que pese ser el derecho penal del enemigo un derecho penal de excepción, cada vez más se generaliza y abarca más sectores, convirtiéndose en un fenómeno preocupante e insaciable que no se sabe dónde acabará ni al grado de retroceso histórico al que nos puede llevar.

²⁶⁵ Producto de este uso simbólico del derecho penal, ha facilitado, en gran medida, la creación de un nuevo catálogo de figuras penales y de agravación de las ya existentes, a tal punto que se habla de la existencia de un auténtico proceso de expansión del derecho penal, en el que su razón de ser es la de proteger a la colectividad a toda costa, de los ataques que se consideran especialmente intolerables, y sin importar el sacrificio a determinados derechos fundamentales.

²⁶⁶ Para Herrera Moreno 2002: 152 «el derecho penal de enemigos encuentra, pues, en recursos como este, el más servicial instrumento esgrimido sobre una sociedad de susurro y sospecha, de alerta roja e intolerancia activa, que se espía recíprocamente entre visillos, y, en suma, es invitada oficialmente a sacrificar sus libertades en aras del tótem de la máxima seguridad y tranquilidad ciudadana».

²⁶⁷ Así Zaffaroni 2002: 182.

entidad tal que pueden hacer desaparecer al propio Estado, para una vez ello recién buscar, procesar, juzgar, condenar y hacerles cumplir la pena a los responsables, es un despropósito.

Tampoco se puede compartir la tesis de quienes sostienen que morir de la enfermedad es mejor a morir fruto de un innoble medicamento²⁶⁸, como lo sería el Derecho penal de enemigos. Y es que, si bien la prevención del terrorismo no debería ser un problema de los penalistas, ello no significa que nos quedemos impávidos, no proactivos, esperando fácilmente criticar a quien se arriesgue a ofrecer una solución a tan difícil problema. Se de buscar –y esto sí debería ser una obligación de todos hoy en día, incluidos los penalistas- un equilibrio ante la tensión entre el *status civitatis* y el *status securitatis*²⁶⁹.

Con el mismo énfasis y convicción, creo que tampoco es válida una respuesta a la misma pregunta desde el otro extremo: *Todo se puede hacer o estaría justificado con el Derecho penal*. Hay respuestas a situaciones concretas que, coincidiendo parcialmente con Pastor, solo deben provenir del Derecho penal liberal o de lo contrario quedar fuera de esta disciplina, y no por razones de autoridad moral del sistema jurídico²⁷⁰, sino porque la existencia del mismo depende *sine qua non* de la vigencia férrea y absoluta de determinada garantías tanto para *ciudadanos* como para *enemigos*. Una de ellas, como se verá en extenso más adelante, es el complejo fenómeno de la aplicación de la ley penal en el tiempo.

²⁶⁸ Pastor 2009: 140.

²⁶⁹ Con mas detalle, *vid.* Polaino 2009 (a): 596.

²⁷⁰ Pastor 2009: 140

IV. Derecho penal de las víctimas

Otro rasgo fundamental del actual Derecho penal es la revalorización de la víctima del delito, históricamente neutralizada²⁷¹. Estamos migrando hacia una nueva sociedad de las víctimas²⁷². Ello se debe, en gran medida, a que con menor o mayor impacto en cada sociedad, el riesgo y el miedo al delito, como consecuencia del significativo aumento del crimen organizado, narcotráfico, terrorismo, entre otros, tienden a proliferar, a tal punto que, como se ha desarrollado en el epígrafe anterior, para no pocas voces la *seguridad* se ha convertido en el verdadero fundamento del Derecho penal post moderno²⁷³. Así, a partir de los años cuarenta del siglo pasado, venimos asistiendo al resurgimiento de la figura de la víctima -largamente relegada en pro de una mayor atención prestada al victimario- debiéndosele a Von Hentig y Mendelsohn el deslumbramiento y consolidación de la misma²⁷⁴.

Sin embargo, esta tendencia a otorgar a la víctima un nuevo sitio dentro del sistema penal, en el que históricamente el delincuente había tenido el papel protagónico, por ser claro está el acreedor de la violencia formalizada estatal (la pena), no es de recibo por todos²⁷⁵, pues para muchos

²⁷¹ En este sentido, Silva 2015: 115. Asimismo, Herrero Herrero 2015: 20, expone que: «De antaño, el esquema estructural del Derecho punitivo se basaba en dos conceptos cardinales: Delito y pena (Teoría Dual Derecho Penal), después evolucionó a una concepción tripartita: Delito, delincuente y pena. Y ahora la víctima busca y reclama su inclusión».

²⁷² Para más detalle, *vid.* Herrera Moreno 2002: 35 ss.

²⁷³ Con detalle, Pérez Cepeda 2007:49.

²⁷⁴ Destacan también las aportaciones de Ferri y Garófalo, *vid.* Morillas Fernández 2011:95.

²⁷⁵ Así, entre otros, Silva Sánchez 2003:301-302, señala que «frente a esta “euforia” en cuanto a la orientación a la víctima, en la que algunos tratan de descubrir la panacea de los males del sistema del Derecho penal, y que –por otro lado- tanto recuerda la euforia

también supone una *amenaza* al buen Derecho penal liberal y a las garantías que de él emanan. Para Pastor²⁷⁶, no es posible atender a los intereses punitivos de las víctimas y a los derechos fundamentales del imputado, o bien se recuesta el interés permanente sobre el lado del individuo acusado, o bien se lo hace para siempre en interés del castigo. Reaparece, una vez más, la vieja tensión entre eficacia frente a los comportamientos no deseados y garantías de los derechos del que delinque. Es decir, el Derecho penal como protector de potenciales víctimas o como garantía de potenciales delincuentes²⁷⁷.

Considero que, el problema central que subyace a esta resistencia, radica en que muchos de los que propugnan este nuevo enfoque victimológico, en lugar de encaminar esfuerzos para construir un modelo en el que coexistan, se complementen y/o armonicen los derechos e intereses de víctima y ofensor, involuntariamente –o no- lo que en realidad están propiciando es un cambio de *protagonista*²⁷⁸, más que de *modelo*.

En efecto, esta corriente actual de revalorización del papel de la víctima dentro del sistema jurídico-penal, equívocamente, para algunos, es concebida como parte de una necesaria política criminal expansiva, en la que se estima como imprescindible –para su eficacia- cierta flexibilización de principios, garantías y derechos del ofensor, a tal punto que, se ha llegado a sostener la necesidad de transformación del clásico *in dubio pro*

del tratamiento resocializador de los años sesenta, quizá sea obligada la adopción de una postura de sereno distanciamiento». En sentido similar, pero vinculado al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *vid.* Pastor 2009: 273.

²⁷⁶ Pastor 2009: 284.

²⁷⁷ Así, Berdugo Gómez de la Torre 2012: 229.

²⁷⁸ Así, por ejemplo Antonio Beristaín citado por Herrero Herrero 2015: 53 «señala que el Código Penal del tercer milenio debe ser el Código Penal de las víctimas (y a ellas se debe referir con innovadoras consecuencias de notable trascendencia)».

reo por un *in dubio pro* víctima²⁷⁹. Hay que romper esa equivocada conexión genérica entre garantismo penal enfocado a la víctima y expansión del Derecho penal con relativización de garantías del ofensor. Lo que se debe procurar es establecer las bases para un estatuto material, procesal y de ejecución penal de la víctima, en el que la inserción de sus derechos dentro del *sistema integral del Derecho penal* no se articule de forma disyuntiva a los derechos e intereses del ofensor, sino que ambos, más los de la colectividad, representados por el Estado, deben armonizarse y concebirse en términos complementarios. No debe por tanto confundirse este esfuerzo con la idea de una Carta Magna de la víctima²⁸⁰.

Este enfoque victimológico particular, continuando con el equilibrio que se propugna a lo largo de la presente contribución, parte de la premisa que, un modelo de Estado de Derecho, abriga -o mejor dicho debe abrigar- por igual y sin distinción a ofensor y víctima, reconociéndose a estos dos elementos de la *pareja criminal* derechos impostergables. La víctima—al igual que ocurre con su contraparte: el ofensor- debe tener cabida en el conjunto del sistema del Derecho penal²⁸¹, desde la construcción del tipo penal (Parte general y Parte especial), pasando por la etapa pre-procesal, el proceso y la determinación de la pena, hasta la ejecución de la condena. Ello no es más, que un reflejo de los distintos ámbitos de victimización. Negar un espacio y papel relevante a la víctima —aunque armonizado con los intereses y derechos del ofensor- dentro del proceso de legislación o en la ejecución de la pena, implica caer en una histórica visión conformista de la víctima en relación al conflicto²⁸².

²⁷⁹ En esta línea, Beristain 2008:116.

²⁸⁰ Sobre el particular, *vid.* Alonso Rimo 2006:320-321.

²⁸¹ Dirk Dübber 2003:15.

²⁸² En esta línea, *vid.* Herrera Moreno 2006: 51 ss.

Para la consecución de tal finalidad, no es necesaria la formulación de una nueva teoría de la pena, antes bien, se requiere fundamentar el Derecho penal en clave integradora a la figura de la víctima²⁸³, lo que conlleva asignar a los autores y víctimas su lugar adecuado en todos los sectores del sistema del derecho penal, respetando para ello tanto los fines del correspondiente sector como las exigencias de legitimidad, especialmente, las premisas jurídico-constitucionales. En esta misma línea se decanta Alonso Rimo, para quien, desde el prisma de un Estado social y democrático de Derecho, la víctima, en cuanto persona cuya dignidad y derechos inviolables, forma parte también del objeto de protección garantista que se opone como límite constitucional a la intervención penal estatal²⁸⁴.

Con lo anterior, en modo alguno, se desconoce que el principal afectado por la actuación penal siga siendo el ofensor, antes bien, lo que se quiere transmitir es que cuando la Constitución expresa la necesidad de protección de los derechos fundamentales y libertades del *ciudadano*, el término –ciudadano- debe ser comprendido en un sentido genérico e integrador tanto del agresor como de la víctima²⁸⁵. Mejor aún sería, claro está, como lo hace la Constitución mexicana de 1917, tras la reforma operada el 21 de septiembre de 2000, en reconocer en el propio texto

²⁸³ Sobre la necesidad de construir la victimología dentro de los márgenes consustanciales a un derecho penal público y garantista dentro del marco político-constitucional, *vid.* Alonso Rimo 2006: 322.

²⁸⁴ Alonso Rimo 2006:311.

²⁸⁵ En esta línea, Morillas Fernández 2011:95, señala que «el sistema penal no debería limitarse a velar sólo por los derechos y garantías del acusado, sino también, y sobre todo, por los de la víctima».

constitucional los derechos que tanto víctima como ofensor poseen frente al poder penal²⁸⁶.

Dentro de esta línea, me parece del todo loable la revalorización del papel de la víctima en el contexto actual del Derecho penal, pero en modo alguno ello debe significar –en la práctica- una devolución del conflicto a su favor, privatizando la respuesta penal y haciéndola dependiente de las necesidades de reparación. Una cuestión es defender firmemente una administración de justicia penal respetuosa de los derechos fundamentales de las víctimas, no generadora de victimización secundaria, y otra muy distinta es tener una orientación del ordenamiento punitivo ajena a las finalidades públicas²⁸⁷.

Por ello, dentro del catálogo de derechos victimales se debe descartar el reconocimiento de un *derecho al castigo* por parte de la víctima, pues ello implicaría una desnaturalización del sistema. Aunque, como señala Hörnle²⁸⁸, en algunos supuestos excepcionales tiene que reflexionarse sobre un derecho de la víctima al castigo del delincuente frente a injustos de notable gravedad. En efecto, si de la *víctima actual* y la satisfacción de sus intereses dependiera el ejercicio, continuación o terminación de la acción penal, además de los excesos que dicho esquema podría generar en la esfera del ofensor, el efecto preventivo general de la pena podría quedar relegado

²⁸⁶ El art. 20° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que, en todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán diversas garantías. En el caso de la víctima, a: i) recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal, b) coadyudar con el Ministerio Público, c) recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia, y d) que se le repare el daño.

²⁸⁷ Así, Alonso Rimo 2006:314.

²⁸⁸ Hörnle 2012: 88.

a un segundo plano, dejándose a la *víctima potencial* (la comunidad) a expensas del ofendido particular²⁸⁹.

Además, no hay que perder de vista que si se consagra un derecho al castigo por parte de la víctima, la consecuencia sería una obligación del Estado de reprimir un determinado hecho. Y ello resulta inadmisibile en el marco de un Estado de Derecho. Distinta es más bien la obligación estatal de investigar y someter a proceso al presunto infractor. Y es que, si la misión del Derecho penal es precisamente impedir el abuso del poder penal, no se puede reclamar a la par la obligación de éste de castigar los delitos²⁹⁰.

Sólo habrá *obligatoriedad* del Estado de castigar cuando tras el resultado de un proceso penal rodeado de todas las garantías, tanto para el ofensor como para la víctima, se ha logrado destruir la presunción de inocencia que le asiste al acusado, y demostrado su plena responsabilidad en el hecho que se le atribuye. *Ex ante*, no podemos hablar de obligación de sancionar el delito, porque ello evidenciaría que se está pregonando castigar a cualquier precio, que es lo que se dice cuando se defiende la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad o las nuevas estrategias inocuizadoras²⁹¹.

Como se puede apreciar hasta aquí, difícilmente compatible con los fines del Derecho penal, es el reconocimiento de derechos sustantivos a la víctima vinculados al ejercicio de la acción penal, sin que ello signifique

²⁸⁹ Sobre la problemática existente entre víctima actual y víctima potencial, *vid.* Silva Sánchez 2003: 291 ss.

²⁹⁰ Con profundidad sobre este debate, Pastor 2009: 270.

²⁹¹ En esta línea, Herrera Moreno 2002: 49, informa que las nuevas tendencias penológicas apuntan a que el test de la eficacia de las penas se relaciona con el potencial inocuizante de una sanción para el infractor, prescindiéndose en forma paulatina de otros recursos, también debatibles, como las tasas de reincidencia.

negar a ésta un papel relevante dentro de este ámbito. En otras palabras, si bien es necesaria una mayor sensibilización a favor de la víctima, no se debe perder de vista cuáles son las bases que soportan el Derecho penal desde sus orígenes.

En esa línea, existen muchas otras medidas victimológicas, reclamadas por las víctimas, que no suponen un déficit de los fines que inspiran al Derecho penal²⁹². En concreto: los derechos de *información, protección, participación, y asistencia*. Este grupo importante de medidas, habida cuenta que no se contraponen a los fines del Derecho penal, pueden perfectamente transitar y repercutir en todo el sistema integral del Derecho penal, esto es, desde la conminación hasta la ejecución.

Incluso, también encuentra reconocimiento dentro de la justificación material del Derecho penal, el derecho a la *reparación del daño*, a pesar que en determinados casos puede conllevar a una disminución de los efectos preventivos de la pena, cuando se privilegia en demasía a ésta. Sin embargo, así como para tutelar los derechos fundamentales del ofensor se hace preciso el sacrificio de la finalidad preventivo-general de la pena, como acontece, por ejemplo, con las instituciones como la libertad condicional o la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, del mismo modo, para tutelar el derecho a una reparación de la víctima, es también posible la adopción de medidas racionales que, no afectando derechos fundamentales del ofensor, conlleven una renuncia circunstancial a los fines utilitarios del Derecho penal en aras de compensar a la víctima del evento.

²⁹² Alonso Rimo 2006: 313.

Dicho de otro modo, de la misma forma en que no resulta admisible la instrumentalización del ofensor para el logro de un efecto intimidatorio de los potenciales delincuentes en determinados casos, la *víctima actual* –y su justo deseo de volver al *status quo ante*- no tiene tampoco por qué –en la medida que está cobijada por el mismo manto protector de la cláusula del Estado de Derecho- relegar sus legítimas expectativas en determinados casos, en aras de una expresión de solidaridad social a favor de la *víctima potencial*: la comunidad. Pero no solo ello, sino que además en la mayoría de casos, la reparación del daño contribuye decididamente a la realización de los fines preventivos asignados al Derecho penal. Sobre el particular, la STS de 4 de febrero de 2000 emitida por el TS es muy ilustrativa, al evidenciar una perfecta integración armónica de las principales finalidades del Derecho penal con la necesidad de protección de la víctima²⁹³.

Pero, a todo esto, un cuestión medular es determinar *quién* es víctima. Es decir, a quién va dirigido el esfuerzo de implementación de un catálogo de garantías y derechos victimales en las distintas etapas en las que se manifiesta el Derecho penal. El término puede adoptar varias acepciones, no existiendo un concepto unitario que la defina. Dependerá más bien del campo o rama jurídica o social en el que pretenda desenvolverse, siendo las tres más utilizadas: i) Victimológica general: Individuo o grupo de personas que padece un daño por una acción u omisión propia o ajena, o por causa fortuita, ii) Victimológica criminal: Individuo o grupo de personas que sufre un daño producido por una conducta antisocial, propia o ajena, aunque no

²⁹³ Subijana Zunzunegui 2006: 32.

sea el detentador del derecho vulnerado, y iii) Jurídico-penal: sujeto pasivo del delito²⁹⁴.

De las tres definiciones, la práctica ha demostrado que acotar la victimológica general conlleva ampliar en exceso el ámbito operativo victimal, mientras que la jurídica conlleva a desconocer al perjudicado (víctima indirecta) dentro del objeto de tutela. De ahí, que la acepción que ofrece mayor capacidad de rendimiento y a la vez resulta más acorde con las necesidades de reducción de la victimización primaria y secundaria, es la victimológica criminal. En función a esta definición, será víctima tanto el titular del bien jurídico como el perjudicado por el delito, lo que se condice con la legitimidad exigida por ley para constituirse como actor civil en el proceso²⁹⁵.

No obstante, esta delimitación conceptual no ofrece aún respuesta clara respecto de si cualquier sujeto pasivo debe ostentar un tratamiento especial por parte del ordenamiento jurídico. En concreto: ¿El Estado y la Comunidad están dentro del alcance? Para dar respuesta a esta interrogante es conveniente traer previamente a colación la discusión sobre la existencia o no de *delitos sin víctimas*.

En los tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos, como la salud pública, el medio ambiente, la administración pública y la defensa nacional, no puede sostenerse la inexistencia de víctima, ante la no verificación de un daño concreto en la esfera particular de la misma. Bajo

²⁹⁴ Morillas Fernández 2011: 102.

²⁹⁵ Según el art. 94° del Código Procesal Penal peruano de 2004, «se considera agraviado a todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo». Es decir, como ocurre en la mayoría de ordenamiento, en Perú tanto el ofendido como el perjudicado hayan tutela y reconocimiento, pudiendo constituirse como actores civiles, conforme al art. 98° del mismo cuerpo legal.

esa premisa, tratándose de bienes jurídicos individuales, tampoco ostentaría la condición de víctima quien sufra un delito en grado de tentativa. Por contra, en los ataques a bienes jurídicos supra-individuales existen víctimas potenciales en riesgo, que no dejan de ser víctimas por el mero hecho de no estar individualizadas. De lo contrario, en aras de obtener una certeza a este respecto, se tendría que esperar a que se produzca un daño concreto en la persona, para que el Derecho penal intervenga, lo cual supone la erradicación de todos los tipos de peligro.

Frente a estos supuestos, si bien es cierto no existe un titular individualizado, estamos ante una pluralidad de sujetos victimizados, no particularizados ni concretos, pero sí reales. Como señala Martín Ríos, en los ataques contra bienes jurídicos difusos a la víctima no se le percibe, no por su inexistencia, sino por su *invisibilidad*²⁹⁶. La discusión por tanto no debe girar en *quiénes* tienen la condición de ofendido, sino en *cuáles* merecen tutela especial. Es por esa razón que, si bien el Estado y la Comunidad tienen la condición de víctima desde una perspectiva sustantiva, no tienen las mismas facultades procesales que se reconocen a cualquier ofendido, como por ejemplo la legitimación para el sostenimiento de la acusación particular, entre otras²⁹⁷.

En lo que respecta al rol de las víctimas en la política criminal, como señala Polaino Navarrete, la premisa debe ser que las leyes penales no las deben hacer las víctimas²⁹⁸. No obstante, como también precisa el referido autor, y en esa misma línea me inclino, ello no significa que, a fin de no incurrir en estos excesos, los legisladores deban desconocer al momento de

²⁹⁶ Martín Ríos 2012: 52.

²⁹⁷ Martín Ríos 2012: 52.

²⁹⁸ *Vid.* prólogo de Herrera Moreno 2002:15.

diseñar las leyes del sistema penal (materiales, procesales y de ejecución), los legítimos intereses y pretensiones de víctimas, quienes son en realidad, directa o indirectamente, el objeto de la protección penal. No hay que olvidar que, en realidad, todos somos víctimas en potencia.

Esta preocupación hacia la víctima y sus expectativas en fase pre-legislativa, no debe tener como meta una mejora de la posición de la víctima a costa del aumento indiscriminado del rigor penal (en la parte general y especial) y de la disminución de garantías del ofensor (en el proceso y ejecución de la pena). Antes bien, toda propuesta de reforma penal, como apunta ROXIN²⁹⁹, debe estar orientada al desarrollo de los mandatos constitucionales, en especial, el principio de Estado de Derecho, la vigencia absoluta de la dignidad humana, y el pleno respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cobijando este término, tanto a víctimas como ofensores.

Así, la política criminal debe erigirse como un esfuerzo por articular y armonizar las necesidades prevención –criminal y victimológicas-, con las garantías inherentes a la cláusula de Estado social y democrático de Derecho. Desoír a la víctima en este nivel u otorgarle una preferencia desmedida a expensas de principios como el de intervención mínima y humanidad de las penas³⁰⁰, son orientaciones político-criminales insatisfactorias.

²⁹⁹ Roxin 2007: 27.

³⁰⁰ El ordenamiento penal en el que la víctima tiene un protagonismo desmesurado es el estadounidense, a tal punto, que en algunos casos, puede determinar el lugar y duración de la pena que tiene que cumplir el infractor. Así ocurrió en la sentencia emitida por un tribunal del Estado de Washington que dispuso desterrar a los autores del crimen, de origen indígena, por un plazo de 12 a 18 meses a dos puntas opuestas de una isla deshabitada en Alaska. Para conocer los detalles, *Vid.* Dirk Dübber 2003: 53.

Para el logro de este propósito de inclusión victimal en la Política Criminal, las fuentes oficiales, pero fundamentalmente las fuentes no oficiales o realistas (*encuestas de victimización*) juegan un papel preponderante, en la medida que proporcionan más y mejores insumos al legislador para la producción de leyes penales. En efecto, a diferencia de las fuentes oficiales, las encuestas de victimización aportan una mayor aproximación a la criminalidad real³⁰¹, tanto desde punto de vista *cuantitativo* como *cualitativo*, razón por la que, deben ser tomadas en consideración por el legislador.

En suma, el legislador debe diseñar los tipos delictivos, las normas que regulan el proceso y las disposiciones que informan la ejecución de la pena, teniendo como objetivo central la adecuada satisfacción de los fines del Derecho penal, pero interpretados en clave integradora con el rol y posición que ocupa la víctima, de tal suerte que en cada momento de la intervención penal (desde la conminación hasta la ejecución) la víctima y sus expectativas sean valoradas conjuntamente con las del ofensor y materializadas en la legislación. Por ejemplo, en materia procesal penal, así como el debido proceso, el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva inspiran y delimitan de algún modo el diseño y construcción de una norma procesal, la reducción de la victimización secundaria debería ser también un parámetro y objetivo de política legislativa en este ámbito, de observancia necesaria e impostergable por el legislador.

En cuando al Derecho penal material, la consideración de la víctima y de sus intereses están presentes en la Parte General como en la Parte Especial. En la Parte General, la víctima condiciona la aplicación de la ley

³⁰¹ Para más detalle, *Vid.* Luque Reina 2006: 213.

penal –en los ámbitos espacial, temporal y personal-, la tipicidad o justificación de una conducta, la vigencia irrestricta o no de instituciones y principios básicos de Derecho penal, hasta incluso el proceso de medición de la pena³⁰². Así, por ejemplo, la competencia de un Estado puede extenderse más allá de su territorio, la prescripción de la acción penal puede verse relativizada en determinados supuestos, y la pena concreta a imponerse puede variar en atención a las condiciones personales del ofendido.

Lo mismo sucede con la Parte Especial, en la que es fácil encontrar en el articulado de cualquier código penal múltiples referencias que tienen en cuenta con particular atención la vulneración victimal. Efectivamente, para el diseño de los tipos (perfilar la conducta prohibida, determinar la penalidad abstracta y establecer circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal) es necesario tomar en consideración las situaciones especiales de desvalimiento de la víctima, que justifican el refuerzo de la protección penal a su favor. De esta manera, la alevosía, el abuso de superioridad, el aprovechamiento de las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio personal, y el abuso de confianza, deben ser observadas por el legislador penal. De igual forma, los ataques a víctimas por lo que son o representan, o en razón de las cualidades o circunstancias personales que poseen, son pautas indispensables para la construcción del tipo³⁰³.

³⁰² Tal es el caso del ordenamiento estadounidense, en el que las preferencias y emociones de las víctimas influyen decididamente en los tribunales al momento de fijarse la calidad y cantidad de pena que deba cumplir el ofensor. En mi opinión, esta perspectiva no es de recibo, pues entre otros problemas, trae como resultado, que sentencias por similares delitos varíen dependiendo de la actitud individual del ofendido. Si bien los intereses y consideraciones de la víctima son importantes para evaluar la severidad del delito, en lugar de un estándar subjetivo, se debería apostar por consideraciones normativas. Al respecto, *Vid.* Hörnle 2003: 147.

³⁰³ Subijana Zunzunegui 2006: 103 y stges.

Sin embargo, pese a esta importante consideración de la víctima en el Derecho penal sustantivo, la principal omisión está vinculada a la concepción del bien jurídico. Como señala Bovino, una vez que la víctima es constituida como tal por un tipo penal, queda atrapada en el mismo tipo penal que la ha creado³⁰⁴. Este es pues el gran reto en esta materia: propugnar una concepción más personalista del bien jurídico protegido que tenga en cuenta a la figura de la víctima, sin llegar a despersonalizar o abstraer tanto al mismo que la víctima quede excluida por completo del objeto de tutela.

Este esfuerzo no supone una relativización de la esencial configuración pública del bien jurídico, lo cual a mi juicio no admite debate, sino que el mismo debe estar encaminado a evitar que una excesiva abstracción del legislador conduzca a una progresiva pérdida de contenido material del bien jurídico. El orden jurídico debe preocuparse prioritariamente por los individuos, no sólo por las abstracciones. Y si bien es cierto el bien jurídico representa a la víctima objetivizada en el tipo penal, este grado de abstracción y neutralidad en la construcción del tipo, no puede conllevar a la pérdida total de la facultad de intervención de la víctima respecto de la valoración del grado de interés afectado. Con ello, no se propugna la posibilidad de disponibilidad plena por parte de la víctima respecto al bien jurídico, que quizá en algunos delitos podría ser una opción político-criminal para no descartarse de plano (como por ejemplo en los atentados contra el patrimonio), sino que la valoración de la lesividad no sea un juicio objetivo y externo a ese individuo, que se formule sin siquiera tener en cuenta su opinión³⁰⁵.

³⁰⁴ Bovino 2003: 591.

³⁰⁵ Bovino 2003: 591.

En lo que respecta al proceso, la víctima debe poseer un rol preponderante, y no simplemente ostentar la condición equivalente a la de un *testigo*; esto es, un tercero que transmite al Juzgador el conocimiento percibido respecto al hecho acontecido. Tampoco debe ser un mero coadyuvante de la labor fiscal. Y es que, el proceso penal, puede afectar a la víctima más aún que el hecho que lo motiva; por lo que, su intervención en el proceso debe estar rodeada de un mínimo de garantías que permitan reducir eficazmente la victimización secundaria.

Un Estado, que se proclama *de Derecho*, que pretenda por tanto velar por la tutela de derechos y libertades constitucionalmente reconocidos, no debe ignorar que uno de los fines esenciales del proceso penal ha de ser lograr la satisfacción de la víctima en su seno, lo que necesariamente pasa por un efectivo reconocimiento de los derechos y garantías que en él se le conceden³⁰⁶. Así como nadie discute la necesidad de limitar la potestad punitiva estatal a fin de evitar atropellos en la esfera del ofensor, de la misma manera debemos arribar a un consenso en el sentido de que esa misma potestad punitiva del Estado puede afectar drásticamente intereses de la víctima, si es ejercida inobservándose las necesidades especiales de protección de quién ha sufrido la lesión efectiva o puesta en peligro de sus bienes jurídicos o derechos.

Sintetizando la tendencia actual, se puede afirmar que esas necesidades de protección y reconocimiento especial en favor de la víctima, pasan por: i) una reparación integral del daño, b) mayores derechos de participación formal de la víctima en el procedimiento penal, y) derechos

³⁰⁶ Martín Ríos 2012: 52.

reconocidos a la víctima independientemente de su intervención formal en el procedimiento³⁰⁷.

Finalmente, también en la ejecución de la pena la víctima juega un papel. Dentro de esta fase, la víctima puede tener cabida en dos momentos: a) al decidirse el otorgamiento de un beneficio penitenciario, y b) al decidirse la progresión del grado penitenciario del condenado. En todo lo demás concerniente al régimen de ejecución penal, la víctima no debería tener intervención. Así, por ejemplo, no estoy de acuerdo en que la víctima tenga el derecho de ser oída antes de la concesión del beneficio, como ocurre en el sistema estadounidense³⁰⁸ o que el no pago de la reparación civil permita la revocatoria de la suspensión de la pena.

En relación al otorgamiento de beneficios y la progresión en el grado penitenciario, nos parece adecuada la tendencia actual de condicionar el pago de la reparación civil como condición previa para el acceso a los mismos. Esto, sin duda, permite una armonización entre reinserción victimal y resocialización del penado. No obstante, para que esta exigencia no conlleve un atentado al principio de igualdad, es decir, una discriminación de los condenados insolventes respecto de los solventes, no debe ser concebida en términos absolutos.

Como se ha adelantado, el *esfuerzo reparador*, de acuerdo a las posibilidades particulares del condenado, y no la *efectiva reparación*, debe ser el criterio a seguir. Para ello, es necesario que tal precisión se plasme de

³⁰⁷ Con mayor detalle, Bovino 2003: 595.

³⁰⁸ En derecho estadounidense la víctima tiene derecho a ser oída antes de la concesión de la libertad condicional, y, en algunos casos, incluso antes del levantamiento de la condena por medida de gracia. Para más detalle, *vid.* Dirk Dübber 2003:52.

forma expresa en la ley y no encomendar a los jueces dicha labor de delimitación normativa. Como recuerda Prats Canut «*no es admisible que la pobreza cierre el camino a la obtención del beneficio*»³⁰⁹, por lo que, una deficiente técnica legislativa a este respecto puede generar serios problemas en la esfera de derechos fundamentales del ofensor.

De la misma manera, debe tenerse presente que si bien la normativa sobre responsabilidad civil se encuentra fuera del ámbito de aplicación del principio de irretroactividad penal, por cuanto no supone un ejercicio de *ius puniendi*, al tratarse de una obligación civil sin contenido punitivo,³¹⁰ no es menos cierto que, en estricto, las disposiciones que exigen el pago previo de la reparación civil, en realidad no versan sobre el contenido mismo de la reparación civil, ni sobre la cantidad a cumplirse de la misma; sino más bien, sobre los presupuestos indispensables para el acceso a determinados beneficios, por lo que, no cabe una aplicación retroactiva de tal exigencia, si no estuvo vigente en el momento de comisión del delito, esto es, en la oportunidad en que el autor calculó las consecuencias negativas de su accionar³¹¹.

Por todo lo expuesto, la vieja comprensión bilateral del sistema penal (Ofensor-Estado), está migrando una comprensión tripartita (Ofensor-Víctima- Estado). En la actualidad, es un equívoco sostener la

³⁰⁹ Citado por Quintero Olivares 2005: 26.

³¹⁰ En este sentido, entre otros, Muñoz Conde y García Arán 2004: 145.

³¹¹ Sobre el particular, Frígols I Brines 2004: 369, señala que: «(...) la normativa relacionada con ésta pueda afectar a otras cuestiones que no sean estrictamente a la reparación económica –v.gr. el establecimiento del requisito de haber satisfecho las responsabilidades civiles para poder suspender la ejecución de la pena, art. 81.3 CP, que no existía en el art. 93 CP de 1973- y afecten a los derechos fundamentales del individuo, entonces la responsabilidad civil también debe permanecer en el alcance de la irretroactividad ex artículo 25.1 CE».

imposibilidad de poder atender a la vez los intereses de la víctima y del imputado³¹². Sobre la base de la cláusula del Estado de Derecho, cabe articular perfectamente los intereses y derechos de la víctima dentro de los fines del Derecho penal, secularmente olvidados³¹³. Empero, claro está, no todos –por más legítimos que sean estos intereses- tendrán cabida, como algunos poniéndose en el otro extremo del dilema, pretenden.

En efecto, como se ha visto, existen intereses de la víctima, que por más que respondan a una legítima expectativa, pueden afectar derechos fundamentales del ofensor, quien no hay que olvidar merece, en un conflicto de derechos fundamentales con la víctima, objetivamente una tutela mayor, por cuanto es el destinatario de la reacción penal. Así por ejemplo, la problemática en torno a la ley aplicable en el tiempo. En concreto, la de la retroactividad penal favorable. ¿Se justifica la atenuación o rebaja de pena al que, habiendo cometido, en su día, idéntico delito que el rebajado, causara, durante la vigencia de la ley anterior, un daño (personal o real) victimizante, grave o muy grave?³¹⁴ ¿El principio de tutela de la víctima de la infracción debe permitir estas ventajas al delincuente? Sobre esta cuestión se regresará más adelante, pero voy adelantando que el condicionamiento de una previa reparación del daño, es una manera viable de armonizar los intereses en juego.

³¹² Para Pastor 2009: 270, «los derechos fundamentales en materia penal y procesal penal sólo pueden ser eficaces en una dirección, de modo que para el derecho constitucional no es posible tener por misión impedir el abuso del poder penal y reclamar a la vez la necesidad de perseguir y castigar obligatoriamente los delitos».

³¹³ Sobre la omisión histórica de la víctima en los ordenamientos, *vid.* Sproviero 1998: 25.

³¹⁴ Así, Herrero Herrero 2015: 104.

V. Derecho penal de menores

Para la sociedad española, y en general a nivel mundial, el fenómeno de la delincuencia de menores genera una especial preocupación, potenciada, en gran medida, por casos emblemáticos que los medios de comunicación se han encargado de sobredimensionar, a tal punto que cada vez más se percibe un clima generalizado de inseguridad y repudio respecto a estos hechos³¹⁵. De la mano con los delitos económicos, la legislación antiterrorista, el narcotráfico y el lavado de activos, son los grandes temas político-criminales del siglo XXI, que sustentan el denominado Derecho penal de la seguridad.

En este contexto, siendo el Derecho penal el instrumento formal más violento de control social, su aplicación a quienes cronológicamente no reúnen las exigencias de imputabilidad como para imponérseles una pena, abre un importante debate en la dogmática penal respecto de cómo, con qué intensidad y bajo qué garantías, dentro del marco de un proceso, debe ejercer el Estado su *ius puniendi* frente a quienes son, paradójicamente, el futuro de nuestra sociedad.

Durante el siglo XIX y hasta la primera mitad del siglo XX, la justicia de menores estuvo regida por el *Modelo Tutelar o de Protección*³¹⁶,

³¹⁵ Sobre el particular, Morillas Cueva 2010: 42, señala con acierto que: «lo que se denominan actuales inquietudes sociales por los fenómenos criminales que presuntamente han aparecido en los últimos años no ha de conducir a una estigmatización de los menos, a su percepción como una plaga marginal, casi enemigos de la sociedad, sino, en todo caso, como un fenómeno normal, episódico y necesitado de respuestas humanitarias y educativas (...)».

³¹⁶ Este modelo consideraba al menor como una víctima a la que había que proteger de situaciones de riesgo, abandono, etc., convirtiéndose el reformatorio en la pieza clave de todo este modelo. Para más detalle, *vid.* Martínez Fuentes 2010: 307.

identificado por leyes que se caracterizaban por: i) negar su carácter de sujetos de derechos a las personas menores de edad, ii) no reconocimiento de las garantías del Derecho penal de adultos, iii) un sistema inquisitivo en el que el Juez tenía el carácter de *bonus familiae*, y iv) un uso excesivo de la privación de libertad.

Ante las arbitrariedades que permitía ese modelo, en las dos últimas décadas del siglo XX, surge en respuesta el *Modelo de Responsabilidad*³¹⁷. El punto de partida de esta nueva orientación en la política criminal de la justicia de menores lo constituyen las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, Reglas de Beijing, de 1985. Empero, el punto de quiebre, que da lugar al nacimiento de la conocida *Doctrina de la Protección Integral*³¹⁸, es la Convención sobre los

³¹⁷ El Modelo de Responsabilidad se caracteriza por el reforzamiento de la posición legal del menor, así como, por la afirmación de una mayor responsabilidad del menor en relación con el hecho realizado, tratándose de conjugar lo educativo y judicial, aplicando un modelo garantista y unas medidas de contenido eminentemente educativo y responsabilizante que enfrenta al menor con el sentido de desvalor social de su comportamiento, o sea, educar en la responsabilidad. Así, Martínez Fuentes 2010: 307.

³¹⁸ Según lo ha establecido el Tribunal Constitucional peruano en el fundamento N° 10 de la sentencia recaída en el expediente N° 03247-2008-PHC/TC del 14.08.08, los elementos principales de una Doctrina de Protección Integral son: a) La consideración del niño y el adolescente como sujetos de derechos y no como objetos de mera protección. Estos derechos incluyen todos los consagrados en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Perú, b) Un sistema de protección basado en la Constitución y la ley, y través del cual no es el niño o el adolescente los que se encuentran en una situación irregular, sino que son las instituciones, públicas y privadas, las que se encuentran en tal condición por no poder satisfacer las necesidades de aquellos, c) El diseño de un sistema de responsabilidad penal especial para aquellas personas menores de 18 años (de acuerdo con el Art. 1 de la Convención) que entren en colisión con la ley penal, d) Un sistema de responsabilidad penal juvenil que desarrolle un mecanismo de pesos y contrapesos, en el cual el Juez, la defensa y el Ministerio Público tengan atribuciones y funciones determinadas por la ley. En el ámbito penal, se asegura el respeto al principio de igualdad, sustituyendo el “binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia”, y e) En casos excepcionales, se permite una privación de la libertad pero bajo un

Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por casi la mayoría de países.

Efectivamente, la entrada en vigencia de la Convención produjo un repliegue paulatino del sistema tutelar-punitivo que las legislaciones sobre menores establecieron durante casi un siglo, poniéndose fin a la vieja *Doctrina de la Situación Irregular*. En su lugar, se propugnó un sistema procesal de menores asentado en el Interés Superior del Niño³¹⁹ y en el pleno reconocimiento de sus derechos. Se revierte así el modelo proteccionista por uno garantista, en el cual el niño pasa a ser sujeto de derechos y deja de ser objeto pasivo de tutela.

Dentro de este modelo, prevención es antes que represión, de tal manera que el enjuiciamiento del menor infractor se encuentra rodeado de los mismos principios y garantías que disciplinan el Derecho penal de adultos; sin que ello implique, en modo alguno, desconocer que los menores deben asumir plenamente responsabilidad penal por sus acciones, pero con la diferencia que la intensidad y naturaleza de la consecuencia jurídica a aplicárseles, es diferente a la pena y a los fines retributivos y preventivo-generales que ésta persigue en el régimen del Derecho penal de adultos.

régimen especial de acuerdo con la Constitución, la Convención de los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales.”

³¹⁹ El actual art. IX del Código del Niño y los Adolescentes de Perú establece que «en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del Interés Superior del Niño y del adolescente y el respeto a sus derechos».

España no ha sido ajena a este nuevo sistema procesal, habiendo adecuado su legislación a las resoluciones, reglas y directrices elaboradas por las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, a través de la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de Menores. El art. 19º del CP establece que cuando un menor de 18 años comete un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regula la responsabilidad del menor; esto es, la LORRPM. Dicha ley especial, superando modelos anteriores como el de la Ley de Tribunales Tutelares de 1948³²⁰ y, más adelante, el de la LO 4/92, que de modo transitorio vino a regular la exigencia de la responsabilidad por delitos y faltas a los menores de 16 años, instaura por primera vez en España el llamado *Modelo de Responsabilidad*, reforzando así las garantías individuales del menor infractor, sin renunciar al mismo tiempo a una intervención de contenido y finalidad eminentemente reeducativos.

Los criterios que sustentan la LORRPM reposan en el llamado Interés del Menor, y se sintetizan en: i) imputabilidad penal de menores entre los 14 y 18 años de edad, diferenciada por tramos en cuanto a la intensidad y clase de medidas a aplicar, ii) intervención multidisciplinar, hasta el punto que el equipo técnico queda configurado como un elemento constitutivo del proceso, equiparado al Juez, Abogado y Fiscal, y sin cuya participación el proceso sufre causa de nulidad absoluta, iii) especialización de Jueces y el Ministerio Fiscal, en especial de los Fiscales, quienes asumen la instrucción del proceso, iv) delegación de la ejecución de las medidas a las CC.AA., sustrayendo a las instituciones penitenciarias de tal tarea, y v) regulación de la mediación y la reparación a la víctima como un modo de

³²⁰ Para más información, *vid.* Colás Turegano 2011: 60.

terminar el proceso, y fundamentalmente como una medida educativa y de atribución de responsabilidad al menor infractor.³²¹

Este marco general de la justicia de menores desarrollado por la LORMP, que como toda norma penal debería tener una vocación de permanencia en el tiempo, ha sufrido en pocos años varias modificaciones, siendo la más significativa la reforma introducida mediante LO 8/2006, que en lugar de regular aquellos aspectos no previstos por el legislador en la ley inicial, pero dentro del mismo *Modelo de Responsabilidad*, supone un cambio de rumbo en la política criminal de menores, en la medida que detrás de ella se aprecian razones meramente utilitarias y de creación de una nueva conciencia social de seguridad, propiciándose un endurecimiento del régimen punitivo en este ámbito³²².

Los principales cambios que introduce la LO 8/2006, son: i) ampliación de los delitos en los que se pueden imponer medidas de internamiento en régimen cerrado, ii) adecuación de la duración de las medidas a la entidad de los delitos, iii) supresión definitiva de la posibilidad de aplicar la ley a los denominados jóvenes (personas entre 18 y 21 años), iv) regulación de la prohibición de acercamiento/comunicación a la víctima, y v) posibilidad de que, al alcanzar los 18 años de edad, el menor cumpla el resto de la medida en un centro penitenciario común, en determinados casos.

Como se puede apreciar, tras esta reforma, coexisten ahora en España dos modelos en materia de responsabilidad penal de menores: un

³²¹ Con más detalle, Pantoja García 2010: 149.

³²² En un sentido similar, *vid.* Cruz Blanca 2010: 157.

modelo primario de responsabilidad, para delitos menores, caracterizado por ser pedagógico, educativo y resocializador, y que responde a un fin preventivo-especial, y un modelo secundario de la seguridad, para delitos graves, más represivo, invasivo y cercano al régimen de adultos, basado en la prevención general.

En cuanto al sistema procesal español, rige un modelo acusatorio pleno, en el que la investigación, instrucción y acusación son de competencia exclusiva del Fiscal, mientras que el enjuiciamiento de competencia del Juez, a diferencia de lo que ocurre con el proceso penal de adultos. Así, este modelo supone un reparto equilibrado de las principales funciones procesales, dentro del cual, el Juez debe guardar la debida correlación entre acusación y sentencia, estando imposibilitado de imponer, una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior.

Respecto al fenómeno de la aplicación de la ley penal en el tiempo, el Derecho penal de menores no presenta mayores complejidades técnicas, salvo la función de motivación de la norma y el tratamiento de la sucesión normativa en caso el imputado realice una acción continuada en el tiempo bajo la minoría y mayoría de edad, cuestiones que se abordarán en el capítulo IV.

VI. Derecho penal económico

La globalización, las nuevas tecnologías de la información, el cambio en los procesos productivos, el fenómeno del calentamiento global, el auge de las personas jurídicas, entre otros, configuran una nueva realidad

socioeconómica y nuevos riesgos que enfrentar³²³. Los actores, ataques y consecuencias de éstos últimos, ya no son los mismos que fundamentaron la teoría clásica del delito, basada fundamentalmente en el comportamiento individual de una persona (o, como máximo, de una limitada pluralidad coyuntural de personas) que con dolo directo de primer grado (intención) ejecuta de modo directo (mediante causación físico-natural inmediata) e incluso de propia mano un delito de resultado³²⁴.

En la nueva realidad socioeconómica, la concurrencia de varios actores en el marco de una estructura organizada produce distorsiones a este modelo, entre ellas: a) la disociación entre *acción* y *responsabilidad*, b) la escisión de los elementos del tipo, c) la aparición de efectos derivados de las dinámicas de grupo, d) el carácter marcadamente económico de las relaciones y actividades sociales, y f) la especial configuración de los bienes jurídicos afectados, que en muchos casos son supraindividuales e institucionales³²⁵. Todo lo anterior viene generando fuertes tensiones en el Derecho penal liberal, girando la discusión en dos puntos centrales: la

³²³ Dentro de ellos, el ruido, representa, hoy por hoy, una importante fuente de riesgo para el ambiente, la salud e, incluso, la intimidad personal y familiares, cuya protección a través del recurso al derecho penal es actualmente objeto de viva discusión. La contaminación acústica es una consecuencia directa de las propias actividades humanas: el transporte, la construcción, la industria, los establecimientos de entretenimiento, etcétera. Si bien no se acumula, traslada o mantiene en el tiempo, como otras modalidades de contaminación, es susceptible de generar graves estragos en el ambiente, que pueden traducirse en una disminución sensible de la calidad de vida de las personas. Los efectos que produce pueden ser fisiológicos, como la pérdida de la audición, y psicológicos, como la irritabilidad exagerada. Ante esta realidad, en los últimos tiempos, desde «comunidades de vecinos» hasta «asociaciones de juristas», están empeñados en luchar de un modo activo contra esta forma contemporánea de “violencia ambiental” que altera nuestra vida. En España, particularmente, se está produciendo un auténtico movimiento social en orden a la defensa de una sociedad libre de ruidos insalubres.

³²⁴ Silva Sánchez 2016: 7.

³²⁵ Silva Sánchez 2016: 7-10.

necesidad de adaptar las estructuras de imputación penal a esta nueva realidad y la inobservancia, cuando menos parcial, de ciertos principios y garantías³²⁶.

Estos rasgos propios de la sociedad contemporánea, han desarrollado en las últimas décadas el *Derecho penal económico*. El principal precursor de esta expansiva sub-especialidad es el profesor Tiedemann³²⁷, quien ya por los años sesenta propuso las primeras formulaciones y características del concepto que, años después, se extendería por el mundo hispanoparlante. Este autor parte de una distinción, hoy superada por la doctrina³²⁸, entre Derecho penal económico en sentido estricto y Derecho penal económico en sentido amplio. Mientras que el primero solamente abarcaba las leyes penales vinculadas exclusivamente a la intervención del Estado en la ordenación del mercado, la segunda en cambio agrupa a todos los tipos penales orientados a la protección de bienes jurídicos del orden económico, que se verifican en prácticamente todas actividades del mercado: producción, distribución y comercialización de bienes y servicios.

Si bien, como premisa, el Derecho penal económico –así como cualquier otra forma de Derecho penal- tiene que ofrecer las mismas garantías propias de un Estado de Derecho, lo cierto es que, en la realidad, éstas deben encontrar en este ámbito concreto su propia identidad y racionalidad³²⁹, pues los criterios de imputación penal y la velocidad con la que avanza esta materia son distintos al Derecho penal clásico. Estamos, como muy gráfica y acertadamente lo puso de manifiesto Silva Sánchez,

³²⁶ García Caveró 2014: 69.

³²⁷ García Caveró 2014: 67.

³²⁸ Por todos, *vid.* Gracia Martín 2011: 18.

³²⁹ En forma similar Martínez Buján citado por García Caveró 2014: 104.

ante un Derecho penal de *segunda velocidad*, en el que no cabe otra alternativa para asegurar una protección eficaz contra el orden económico que reformular las garantías tradicionales vinculadas a la exigencia de una lesión concreta³³⁰.

Así, los principios de intervención mínima y de legalidad, en el contexto del Derecho penal económico, son los que más remodelaciones han sufrido, lo que lleva a no pocas voces a cuestionar seriamente la legitimidad de esta nueva disciplina jurídica. Y es que si bien el carácter de *última ratio* debería regir también en los delitos económicos, resulta mucho menos oneroso y práctico la creación de determinadas conductas prohibidas que la implementación de una compleja red administrativa de deberes de control. Para el agente económico, no es rentable someterse a un control administrativo previo y minucioso; de ahí que, se opte, por razones de eficiencia económica, al recurso del Derecho penal como *primera ratio*³³¹ en el ámbito de la criminalidad económica.

En este contexto, la necesidad de una teoría de la legislación penal³³², en la que se fijen criterios materiales que orienten al legislador penal en su tarea, resulta indispensable. Para dicha finalidad, el principio de proporcionalidad se postula como uno de los principales criterios de justicia

³³⁰ Así, García Caveró 2014: 103.

³³¹ En similar sentido, García Caveró 2014: 161-162, señala que: «Este nuevo enfoque dista mucho de la sentencia del Tribunal Supremo español del 11 de marzo de 1992, en la que señaló que “el derecho penal en virtud del principio de intervención mínima actúa de forma accesoria y subsidiaria del derecho administrativo más en una materia como ésta tan sujeta a una compleja protección de este ordenamiento, lo que supone la previa infracción de normas administrativas antes de dar paso a la sanción penal (...)».

³³² Sobre la necesidad de disponer de un adecuado instrumental conceptual con el que abordar la creación o modificación de derecho en general, y del derecho penal en particular, *vid.*, Díez Ripollés 2003:11.

material a tener en cuenta por el legislador, de mayor consenso y vigencia en la actualidad.³³³ En efecto, a través del *test* de proporcionalidad³³⁴, se puede determinar si la criminalización de una específica conducta se encuentra justificada desde una perspectiva material y constitucional, en base a los criterios de *idoneidad* y *necesidad*³³⁵.

El juicio de idoneidad exige la identificación de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa que se pretende instaurar. Se identifica pues, esta parte del examen, con el concepto de *merecedor de protección penal*. Pero para afirmar la idoneidad del recurso al Derecho penal, no basta con comprobar la relevancia constitucional de la medida y su dañosidad social. Importa además, verificar que la conminación penal represente un medio apto para prevenir la realización de la conducta desvalorada.

Como se puede extraer, demanda un análisis de una relación de *medio-fin*, a través del cual la criminalización debe mostrarse eficaz de cara a la protección de los bienes jurídicos en juego. Por su parte, el juicio de *necesidad* busca determinar que no exista otra alternativa de control igualmente idónea para proteger el bien jurídico y al mismo tiempo menos lesiva. Así, mientras el juicio de idoneidad se orienta a establecer la eficacia de la medida enjuiciada, el de necesidad se orienta a establecer su eficiencia.

³³³ Para Carbonell, Miguel 2010: 10 «el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos».

³³⁴ Para más detalle sobre el “test”, Lopera Mesa 2010: 159-160.

³³⁵ La proporcionalidad en sentido estricto, al estar asociada a la pena más que a la conducta desprobada, no es de interés para estos propósitos.

Asimismo, menos extendido, pero no por ello menos valioso, el modelo de racionalidad de Díez Ripollés, basado, entre otros, en los principios de lesividad, interés público y esencialidad, ofrece también filtros adecuados a la hora de decidir la creación de un delito económico. En efecto, la propuesta de este autor³³⁶, se erige como una de las pocas alternativas sólidas y coherentes de técnica legislativa que contribuye a sentar las bases con las que delimitar los contenidos de tutela del moderno Derecho penal. Conforme a este modelo, las pautas que deben regir la elección de los contenidos de tutela por parte del Derecho penal económico, son: a) el principio de lesividad, b) el principio de esencialidad, y c) el principio de interés público.

El principio de lesividad refiere al carácter lesivo de la conducta que se pretende positivizar por medio de la ley penal. Y es que, la sociedad debe protegerse frente a conductas que afecten las necesidades de convivencia social externa, conductas consideradas socialmente dañosas³³⁷. La dañosidad social determina pues el carácter lesivo del comportamiento, y el consecuente interés de tutela penal. Identificada la dañosidad social de la conducta, el principio de esencialidad permite seleccionar de la diversidad de ataques posibles contra dichos bienes jurídicos, cuáles de ellos, atendiendo a la especial gravedad que reviste su forma de ejecución, deben ser prevenidos a través de la amenaza de la pena. Por último, el interés público define cuándo una conducta socialmente dañosa, para lo cual se

³³⁶ Esta necesidad, se debe, al contexto actual del derecho penal. Como señala Díez Ripollés 2003: 14, «la ley penal ha acumulado recientemente unas funciones sociales significativamente distintas a las que eran tradicionales, entre las que se pueden citar la asunción por el código penal, a falta de mejores alternativas, del papel de código moral de la sociedad, su protagonismo en la progresiva juridificación de cualesquiera conflictos o dilemas valorativos sociales, o su utilización con fines meramente simbólicos».

³³⁷ Díez Ripollés 2003: 138.

debe atender a dos exigencias puntuales: En primer lugar, que estemos ante conductas que trasciendan el conflicto entre autor y víctima, de tal manera que tengan potencialidad de generalización. En segundo lugar, que la percepción como socialmente dañosa de la conducta provenga desde la perspectiva de los intereses generales de la colectividad, y no desde intereses exclusivos de ciertos grupos sociales³³⁸.

En contrapartida a los límites antes expuestos, y teniendo en cuenta la inseguridad que generan los riesgos de la nueva realidad socioeconómica, se viene adoptando como respuesta, aunque aún incipientemente³³⁹, el *principio de precaución*³⁴⁰, desconocido hace un par de décadas, pero hoy de moda en el Derecho penal económico y, en particular, en el Derecho

³³⁸ Díez Ripollés 2003: 144.

³³⁹ Sobre el particular, Silva Sánchez 2016: 18, destaca que la incidencia del principio de precaución en el derecho penal está aún pendiente de valoración.

³⁴⁰ El principio de precaución o cautela emergió a principios de los años noventa en el ámbito de la contaminación marina. Aunque ya la primera Conferencia sobre la protección del Mar del Norte celebrada en 1984 en Bremen hizo una primera referencia implícita a él, fue en 1987 en Londres donde podemos verlo por primera vez plasmado en un instrument jurídico internacional de la siguiente manera: (...) a fin de proteger el Mar del Norte de los posibles efectos nocivos de las sustancias más peligrosas, es necesario adoptar un enfoque precautorio que exija medidas para controlar la presencia de dichas sustancias aún antes de que se haya establecido un vínculo causal mediante una incontestable prueba científica”. Años más tarde, en 1989, el Consejo de Administración del PNUMA ya reconoció que si se esperaba a tener pruebas científicas sobre el efecto de los agentes contaminantes vertidos en el medio marino, se podían ocasionar daños irreversible a dicho medio y sufrimientos a los seres humanos, por lo que recomendó a todos los gobiernos la adopción del principio de precaución como base de sus políticas en material de prevención y eliminación de la contaminación marina. A partir de este momento, la mayoría de los acuerdos internacionales en la material incorporarían, entre otros, el Convenio sobre la protección del medio marino de la zona del Mar Báltico (Helsinki, de 24 de marzo de 1992), el Convenio para la protección del medio marino del Atlántido nordeste (París, de 22 de septiembre de 1992) o el Convenio para la protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación, hoy denominado Convenio para la protección del medio marino y de la region costera del Mediterráneo (Barcelona, de 10 de junio de 1995). Así, Gómez Tomillo 2014: 19-20.

penal ambiental. Y es que, ante las limitaciones de la ciencia a la hora de predecir con exactitud los peligros de ciertas actividades, ya no se puede esperar, sino que se debe actuar con anticipación para evitar determinados daños, incluso antes de que se conociesen con precisión sus consecuencias perjudiciales³⁴¹.

En esencia, el principio de precaución no es sino una barrera adelantada en la sociedad del riesgo, cuya finalidad es la de establecer una medida cautelar en el desarrollo de una actividad, aunque no haya evidencia científica para establecer un vínculo causa-efecto entre una y otra. Es decir, pese a no poder acreditarse una peligrosidad *ex ante* del comportamiento, resulta ineludible ejercer una protección efectiva frente a determinados riesgos, legitimando una intervención penal avanzada, aunque se afecte el principio de subsidiariedad, al prescindir completamente del filtro que representan los sistemas de control social de carácter extrapenal³⁴².

Desde esta perspectiva, señala Pérez Cepeda, existe un deber de fomentar la supervivencia futura, basado en la solidaridad hacia la especie humana, por lo que se considera como necesario concretar un marco de riesgo relevante para intereses personales, a través de la protección de bienes jurídicos instrumentales³⁴³. Esta neutralización de fuentes de peligro a toda costa lleva a algunos a señalar que los delitos económicos cada vez más están adquiriendo las características de un Derecho penal del enemigo³⁴⁴. En mi opinión, para determinados casos, y bajo ciertas reglas,

³⁴¹ Gómez Tomillo 2014: 17.

³⁴² Así, Pérez Cepeda 2007: 326-327.

³⁴³ Pérez Cepeda 2007: 327

³⁴⁴ Así, Jakobs, citado por García Cavero 2014: 96-97.

que escapa a estos fines desarrollar, el principio de precaución no afectaría al Estado de Derecho³⁴⁵.

En lo que respecta al principio de legalidad penal, en particular, a sus garantías derivadas de *lex scripta* y *lex certa*, también éstas sufren fricciones en el ámbito del Derecho penal económico, debido fundamentalmente a la técnica legislativa que los delitos económicos demandan para su eficacia, a tal punto que, como señala Silva Sánchez, se trata de un Derecho (penal) sustancialmente judicializado, en el que la remisión *extra penal* a normas, actos administrativos o, incluso, reglas técnicas, convierten al mandato de determinación (*lex certa*) en un principio sujeto a una pretensión de optimización, en el que su plena realización habría de entenderse como un mero *desiderátum* al que convendría aproximarse cada vez más sin excluir que, en ocasiones, deba ceder ante otros principios preponderantes³⁴⁶.

Lo anterior se ve reflejado con el recurso a remisiones normativas (leyes en blanco)³⁴⁷, que comportan, un grado de normativización superior al resto del Derecho penal³⁴⁸. El empleo de disposiciones generales, actos

³⁴⁵ En el mismo sentido, Romeo Casabona, citado por Gracia Martín 2011: 44.

³⁴⁶ Silva Sánchez 2009: 25-26.

³⁴⁷ Mediante STC 2/1994, de 28 de febrero, sostuvo el Tribunal que: «no siempre las llamadas normas penales en blanco son contrarias al principio de legalidad. Según hemos declarado (STC 127/1990, fundamento jurídico 3) “las leyes penales en blanco son constitucionalmente admisibles siempre que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido; que la Ley además de señalar la pena que contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, de suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.»

³⁴⁸ Silva Sánchez 2009: 25.

administrativos o de elementos valorativos y cláusulas generales, marcan el derrotero que debe seguir el juzgador para poder concretar la conducta punible. Dependiendo del nivel jerárquico que ocupa la norma extrapenal, se estará frente a una ley penal en blanco impropia o propia³⁴⁹.

En ambos, la capacidad de rendimiento de la exigencia de *lex certa* es puesta a prueba, aunque sobre la base de teorías como la española de la esencialidad o la alemana de la concreción, se busca superar el escollo, bajo el entendimiento de que basta que el núcleo esencial de la conducta prohibida esté definido en la ley penal³⁵⁰, quedando en manos de la ley extrapenal solamente la complementación de aspectos accidentales o la función de concretar los criterios de decisión ya establecidos en la ley penal, para que el mandato de determinación se satisfaga a plenitud³⁵¹.

³⁴⁹ En la ley penal en blanco impropia, la remisión se hace a otras leyes de igual rango (Ley o D. Leg.). Mientras que en la ley penal en blanco propia, la remisión se hace a disposiciones administrativas e incluso actos administrativos.

³⁵⁰ Si bien el principio de legalidad es conciliable tanto con la incorporación al tipo de elementos normativos (*vid.* SSTC 127/1990, 111/1993, 53/1994 y 24/1996), como con la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (*vid.* SSTC 122/1987, 127/1990, 111/1993 y 24/1996), lo relevante, como ha destacado el TC en las SSTC 120/1994, 34/1996 y 142/1999 es que el legislador ha de operar con tipos, es decir, con una descripción estereotipada de las acciones y omisiones incriminadas, con indicación de las simétricas penas o sanciones, lo que exige una concreción y precisión de los elementos básicos de la correspondiente figura delictiva; resultando desconocida esta exigencia cuando se establece un supuesto de hecho tan extensamente delimitado que no permite deducir siquiera qué clase de conductas pueden llegar a ser sancionadas.»

³⁵¹ La teoría de la esencialidad le pertenece al TC. Conforme a esta argumentación, basta con que el núcleo esencial de la conducta prohibida se encuentre definido en la ley penal, aunque los aspectos incidentales o accesorios estén definidos en leyes complementarias de rango inferior, para que no se afecte el mandato de determinación. La insignificancia de la lesión del mandato de certeza, por recaer sobre cuestiones accesorias, se considera tolerable. Por su parte, la teoría de la concreción, desarrollada por los tribunales alemanes, postula el argumento de que si la ley penal en blanco determina plenamente la conducta prohibida, quedando en manos de las leyes de menor rango solamente la función de concretar los criterios de decisión ya establecidos en la ley penal, no existe

En cuanto a la garantía de *lex praevia*, también derivada del principio de legalidad, y que atañe directamente a la presente investigación, se constata que, salvo algunos supuestos complejos, como las leyes penales en blanco con remisiones dinámicas³⁵², existe consenso en que toda modificación de normas extrapenales que completan una ley penal en blanco no surte efectos hacia el pasado³⁵³, lo cual se analizará con detenimiento en el capítulo VII.

Otra problemática asociada al Derecho penal económico es, sin duda, la que subyace a la responsabilidad penal –autónoma– de las personas jurídicas, por sus implicaciones político-criminales y dogmáticas³⁵⁴. Qué duda cabe que en la actual realidad socioeconómica, la empresa actúa como un importante factor criminógeno, que además está favorecido por su propia estructura que fomenta una eventual concentración de la responsabilidad en las personas que ocupan los niveles más bajos de la misma³⁵⁵. En efecto, somos testigos de un significativo aumento de la criminalidad empresarial en los últimos años y la difícil tarea de su persecución debido a la compleja estructura que presentan las empresas. Casos como Enron, en el pasado, y Odebrecht, en la actualidad, han puesto de relieve la necesidad de un vuelco en la forma clásica de atribución de responsabilidad penal individual.

contravención alguna al principio de taxatividad. Para más detalle, *vid.* García Cavero 2003: 156-157.

³⁵² Para más detalle sobre la problemática en torno a las leyes penales con remisiones dinámicas, *vid.* García Cavero 2014: 173.

³⁵³ Por todos, Bustos Ramírez 2004: 597, tomo I. En Alemania, por todos, Silva Sánchez 1995: 703.

³⁵⁴ Con más detalle, Berdugo 161 ss.

³⁵⁵ Berdugo Gómez de la Torre 2012: 167.

Las razones político-criminales concretas por las que hacer responsables a las personas jurídicas se pueden resumir en: i) la insuficiencia preventiva de la responsabilidad individual, ii) la llamada irresponsabilidad organizada y iii) los déficits de prevención, condicionados por el aislamiento empresarial. La primera, está asociada a la disminución de la eficacia motivacional de la norma penal en el marco de una estructura organizada, plural y compleja de personas, en la que el destinatario de la amenaza no es identificable *ex ante*. La cuestión en este caso, pasa por fundamentar la necesidad de atribuir a la persona jurídica una responsabilidad *directa acumulativa* y autónoma a la de la persona física y no meramente *subsidiaria* de ésta. Para alcanzar esta finalidad, se recurre, aún en período de prueba, a los modelos de prevención que se materializan a través de *criminal compliance programs*³⁵⁶.

La segunda razón, estrechamente vinculada a la anterior, estriba en que la responsabilidad individual resultaría insatisfactoria ante la práctica extendida de creación de *cargos para asumir responsabilidad*, lo que lleva a sancionar únicamente al que figura en planilla como *el vicepresidente responsable de ir a prisión*³⁵⁷, quien recibiría fuertes incentivos económicos a cambio. En efecto, una compleja y dinámica organización de trabajo, fruto de la división vertical y horizontal que las empresas presentan, sumada a la no infrecuente utilización de *chivos expiatorios* en este ámbito, generan serios problemas de imputación y, consecuentemente, de impunidad, pues la empresa seguiría funcionando de la misma manera y con las mismas prácticas delictivas anteriores, aunque con personas físicas

³⁵⁶ Berdugo Gómez de la Torre 2012: 167.

³⁵⁷ Así, Artaza 2013: 46.

distintas intercambiables³⁵⁸. El problema detrás radica en que en el marco – fundamentalmente- de grandes empresas, la actividad operativa, tenencia de la información y el poder de decisión no concurren en una misma persona³⁵⁹.

Finalmente, tercera razón y como corolario de todo lo anterior, cualquier empresa brinda numerosas posibilidades de aislarse frente al Derecho penal, lo que convierte a la eficacia *preventiva* en un mero enunciado. En la mayoría de los casos, el encubrimiento, la confusión y formación de lagunas, hacen que las investigaciones jurídico-penales contra las personas físicas se estrellen contra la fachada empresarial³⁶⁰. De ahí que, la dificultad que comporta identificar a las personas físicas que deben responder –al interno-, han llevado a que, para evitar esos déficits preventivos, se construya un esquema de responsabilidad autónomo de la persona jurídica, basado en la *organización defectuosa* como criterio de atribución de responsabilidad³⁶¹.

Así, la nueva base de reproche para las personas jurídicas se sustenta en un déficit de autorregulación. Es decir, la no prevención de delitos constituye un acto de cooperación o favorecimiento a la realización del delito por cuya omisión la empresa debe responder con consecuencias jurídico-penales. Como señala Silva Sánchez: *«Resulta claro que las dinámicas de grupo internas de una persona jurídica pueden también ir conformando progresivamente una realidad objetivamente favorecedora de la comisión de delitos por parte de las personas físicas que la integran.*

³⁵⁸ En similar sentido, Artaza 2013: 46.

³⁵⁹ Más detalle en Heine 2012: 25.

³⁶⁰ Heine 2012: 24.

³⁶¹ Más detalle, Silva Sánchez 2013: 36 ss.

Esta realidad no es atribuible a una persona en concreto, sino a una sucesión difusa de personas a lo largo del tiempo, que han generado una organización defectuosa»³⁶².

De esta manera, si bien las personas jurídicas no pueden lesionar normas jurídico-penales al no ser destinatarias de juicios de reproche, manteniéndose incólume el axioma *societas delinquere non potest*³⁶³, sí pueden ser acreedoras a una reacción penal (*societas puniri potest*) cuando el delito cometido por la persona física sea el reflejo de un *estado de defectuosa organización* de la persona jurídica que permita prever una continuidad en la actividad delictiva, de no ser corregido³⁶⁴. En suma, quién mejor que la propia persona jurídica para prevenir los delitos que se puedan cometer en su interior. Por lo tanto, las “penas” aplicables a las personas jurídicas responden -no a su culpabilidad por el hecho (siempre ajeno)- sino a la peligrosidad de su estructura³⁶⁵.

El primer país en introducir un esquema de punibilidad general de las personas jurídicas fue Holanda³⁶⁶, seguido por Estados Unidos y Gran Bretaña, hoy extendido por casi todo el globo. En España, primero con la LO 5/2010³⁶⁷ y después con la reforma introducida a través de la LO

³⁶² Silva Sánchez 2013: 35.

³⁶³ Así, Mir Puig, Corcoy Bidasolo y Gómez Martín 2014: 3.

³⁶⁴ Silva Sánchez 2013: 36.

³⁶⁵ Silva Sanchez 2013: 32-33.

³⁶⁶ Mas detalle en Vervaele 2005: 471.

³⁶⁷ Mediante esta Ley, se añade al CP, e artículo 31 bis, con la siguiente redacción: «1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de

1/2015³⁶⁸, se consolida esta tendencia mundial marcada por las *Sentencing Guidelines for Organizations* en EEUU, el Decreto Legislativo 8 de 2001

las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente. (...)).

³⁶⁸ Esta Ley modifica el artículo 31 bis del CP, introduciendo los programas de cumplimiento penal como eximente de responsabilidad penal, quedando redactado como sigue: «1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de

en Italia, la Ley 20393 de 2009 en Chile, el *Bribery Act Guidance* de 2010 en Reino Unido y más recientemente el Decreto Legislativo 1352 en Perú³⁶⁹, que acogen la responsabilidad penal de las personas jurídicas,

organización y de prevención y 4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena. 3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. 4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo. 5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.^a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios».

³⁶⁹ La norma, modifica la Ley 30424 del año 2016, que ya había dispuesto que las personas jurídicas pudieran tener responsabilidad penal -aunque la denominaba a ésta como responsabilidad administrativa- y la restringía únicamente al delito de Cohecho Activo Transnacional -ámbito bastante limitado-. Lo nuevo en esta norma es mucho, pero lo más notable es lo siguiente: Primero, la aplicación de la norma se amplía en tres ámbitos delictivos: i) Corrupción; ii) Lavado de Activos; y iii) Financiación del Terrorismo. Segundo, las personas jurídicas tendrán responsabilidad autónoma. Esto implica, que no sólo se podrá sancionar a la persona natural que llevó a cabo alguno de

aunque con ciertos matices. Estas normas, en muchos casos de alcances transfronterizos, como la FCPA y la UK Bribery, suponen una suerte de exportación del Derecho penal a otras jurisdicciones y con ello problemas de soberanía.

España, de los modelos disponibles³⁷⁰ (de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas), ha optado por el de la transferencia o imputación³⁷¹. En efecto, el tenor literal del art. 31° bis 1 CP hace responsables penalmente a las personas jurídicas: i) por los delitos cometidos por las personas físicas que ostenten en ellas posición de representantes legales, administradores de derecho y de hecho, y además ii) por los delitos cometidos por subordinados de los sujetos anteriores, siempre y cuando esta conducta haya sido posible por «*no haberse ejercido*

los delitos previstos en la norma, sino también se analizará en paralelo la responsabilidad penal de la persona jurídica, a la que se podrá imponer diversas sanciones, como multas, inhabilitaciones, cancelaciones, clausura, hasta incluso, su disolución. Para aplicar estas medidas no será necesario que exista una condena contra la persona natural, basta con establecer que esta última actuó en nombre o representación de la persona jurídica, en beneficio directo o indirecto de la misma; y no se cumplió con la supervisión, control y vigilancia adecuada de la actividad de la persona jurídica. Como se puede apreciar, con esta nueva regulación se está dejando sin efecto el clásico principio «*societas puniri non potest*», más no el de «*societas delinquere non potest*». Tercero, la persona jurídica podrá verse exenta de responsabilidad penal si tiene implementado, antes de la comisión del delito –y como parte de su organización– un modelo de prevención de delitos (*Criminal Compliance Program*), adecuado a su «naturaleza, riesgos, necesidades y características». El Programa de Prevención no debe ser sólo un documento formal, de fachada, sino que debe contener los siguientes elementos: i) Análisis de riesgos específicos de la actividad; ii) Canales de denuncia; iii) Difusión y capacitación periódica, iv) Monitoreo continuo del Programa; y v) Persona encargada del Programa (*Criminal Compliance Officer*).

³⁷⁰ Como señala Silva Sánchez 2013: 21, existen, básicamente, dos modelos dogmáticos para fundamentar la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas: un modelo de responsabilidad por atribución y otro de responsabilidad por un hecho propio.

³⁷¹ Para más detalle, *vid.* Silva Sánchez 2013: 21.

sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso».

En este contexto internacional, acelerado en algunos países por el deseo de formar parte del grupo de la OCDE, los directivos de una persona jurídica, además de gestionar los riesgos financieros y operativos, tienen ahora como un auténtico *deber de garantía*³⁷² gestionar y procurar prevenir los riesgos penales en su organización, implantando para tal efecto programas eficaces de criminal *compliance*. En términos criminológicos, un *compliance* viene a ser un medio de control social, cuya finalidad es impedir conductas desviadas dentro de una organización³⁷³; mientras que, en términos de tipicidad e imputación objetiva, un programa de prevención penal constituye el marco de riesgo permitido para la persona jurídica, en la medida que determina que su favorecimiento causal a los delitos cometidos por las personas físicas deba ser concebido como un estado *neutro* de cooperación³⁷⁴.

Ante la incursión de la persona jurídica como nuevo actor protagónico en la realidad socioeconómica, y el rol cada vez más importante que juegan los *criminal compliance programs* en los white collar crimes, cabe preguntarse si el principio penal clásico de legalidad penal tiene -o mejor dicho- debe tener la misma elasticidad y capacidad de rendimiento que en los delitos tradicionales, de *primera velocidad*. A mi juicio, el grado de erosión del principio pasa o depende en buena medida de los efectos jurídicos que los poderes públicos estén dispuestos a conceder a

³⁷² Sobre el deber de garantía en este ámbito *vid.* Silva Sánchez 2013: 237 ss.

³⁷³ Así, Adan Nieto 2013: 29.

³⁷⁴ Así también Silva Sánchez 2013: 37.

lo regulado in house por las personas jurídicas. En otras palabras, el problema se hace más latente surge cuando a esos cuerpos normativos internos se les pretende otorgar efectos jurídicos de exclusividad de las agencias de control penal, ya que la asunción de una regla privada como determinante o co-determinante del reproche jurídico-penal vendría a ser una suerte de cesión encubierta de la competencia legislativa³⁷⁵, incompatible en un Estado social y democrático de Derecho³⁷⁶.

Dentro de este escenario, donde la responsabilidad penal de las personas físicas puede verse condicionada o, hasta incluso, determinada por la normativa interna empresarial, surgen varias incógnitas en el plano temporal. Así ¿Cabría la aplicación retroactiva de un Código de ética más favorable al trabajador pese a que no estuvo vigente al momento de realizada la infracción? O por ejemplo ¿Podría impedirse, bajo la garantía de *lex certa*, la aplicación inmediata de una determinada política interna – conocida ex ante por los trabajadores- porque recién es plasmada por escrito?

Como se puede apreciar, el estudio y las aristas de esta problemática desbordan con mucho lo aquí pretendido, pero nos sirven para poner de manifiesto una vez más la necesidad de delimitar los contornos y establecer los límites del principio de legalidad en la nueva configuración del Derecho penal.

³⁷⁵ Así también Silva Sánchez 2013: 53.

³⁷⁶ Para salvar el déficit democrático de los procesos de autorregulación, y especialmente, en aras a admitir la vinculación a éstos de consecuencias jurídicas, *vid.* Silva Sánchez 2013: 53.

VII. Derecho penal internacional

En el capítulo anterior se desarrolló la evolución histórica del principio de legalidad en el contexto internacional; ahora corresponde revisar las notas características de este fenómeno de internacionalización del Derecho penal en la sociedad contemporánea. En este ámbito, la globalización presenta hasta tres manifestaciones diferenciadas, aunque muy conectadas entre sí, que van desde los delitos internacionales en sentido estricto y el principio penal de justicia universal, que responden a la necesidad de proteger intereses de los que son titulares toda la comunidad internacional, pasando por los delitos de carácter transfronterizo, cuya aplicación responde a criterios de utilidad de las normas penales a hechos cometidos más allá de las fronteras del Estado que las emite, que demandan la colaboración entre Estados para poder aplicar sus propias legislaciones, para terminar con los procesos de regionalización, que también favorecen y posibilitan la cooperación de los Estados e incluso van más allá: sientan los primeros cimientos de cara a la creación en determinados espacios regionales de un Derecho penal propio de carácter supranacional.

Empecemos por los dos últimos. En las últimas décadas del siglo pasado se ha abierto en el mundo paso a distintos procesos de regionalización, que en mayor o menor medida implica cesiones de soberanía de los Estados. La Unión Europea, aunque recientemente golpeada por el Brexit, es la expresión más clara de este proceso, habiendo dado lugar a la aparición de *bienes jurídicos europeos*³⁷⁷ diferenciados de los

³⁷⁷ En ese sentido se orientan los *reglamentos y directivas europeas* que son de aplicación inmediata en los estados miembros y por tanto tienen una considerable repercusión en el Derecho penal interno en distintos planos. Por ejemplo, las normas comunitarias europeas

nacionales, aunque aún no puede hablarse en sentido estricto de un Derecho penal europeo³⁷⁸, por más que existan normas comunitarias que directa o indirectamente tengan consecuencias penales.

Como señala Gracia Martín, se está frente a la *europeización del Derecho penal*; esto es, diferentes modos y formas de influencia del Derecho europeo en los ordenamientos penales de los Estados partes³⁷⁹, por medio de un reenvío o remisión expresas de la norma europea al derecho interno, la cual es adecuada por cada Estado a su legislación en virtud a técnicas como la de *asimilación y armonización*³⁸⁰.

La estructura y en general el derecho elaborado por la Unión Europea se concentra fundamentalmente en la delincuencia transnacional, entrando así a la segunda manifestación del actual Derecho penal internacional. Los delitos de carácter transfronterizo, producto de los *global players*³⁸¹, requieren ante todo de una política basada en la cooperación y en la coordinación del contenido de las legislaciones. Estas razones llevaron a que en el 2000, en el marco de las Naciones Unidas se adoptara la

pueden prever que la protección penal ejercida por los Estados miembros se extienda a los intereses comunitarios y determinar una modificación de los Códigos Penales en al sentido (por ejemplo, como ha sucedido en España los delitos contra la Hacienda Pública comunitaria, arts. 306 y 309 CP). Por otra parte, las normas comunitarias ejercen una importante función de integración de los preceptos penales internos y dotan de contenido a muchos de sus conceptos, sobre todo de la Parte Especial del Código y en sus normas penales en blanco, especialmente abundantes en materias de intervención comunitaria como el Derecho penal económico o del medio ambiente. Los reglamentos comunitarios son también objeto de las remisiones a reglamentos que formula la ley española y de esta forman se integran plenamente en ella.

³⁷⁸ En sentido contrario, Berdugo Gómez de la Torre 2012: 139.

³⁷⁹ Gracia Martín 2011: 22.

³⁸⁰ Sobre estas técnicas *vid.* Gracia Martín 2011: 22.

³⁸¹ Sobre ellos, Gracia Martín, 23.

Convención contra la delincuencia organizada transnacional. A los efectos de la Convención, se entiende que un delito tiene carácter transnacional, cuando: a) se comete en más de un Estado, b) se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, dirección, planificación o control se realiza en otro Estado, c) se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado o d) se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, por ello reservada al final, la manifestación más clara de la confluencia del Poder Judicial y la globalización de la sociedad contemporánea es la existencia de una justicia penal internacional instaurada a partir del Estatuto de Roma de 1998, como expresión de rechazo a la *macro-criminalidad-política*, es decir, a aquella que vulnera masivamente derechos humanos valiéndose de estructuras organizadas y de poder del Estado³⁸².

En efecto, el Tribunal Penal Internacional es la conclusión de un largo y accidentado proceso iniciado en Núremberg que, pese a todas las limitaciones y deficiencias jurídicas que puede ofrecer es, como muchos sostienen, hoy por hoy, la única posibilidad de evitar que el Derecho penal se convierta en un Derecho penal del enemigo vencido³⁸³. Este cambio de

³⁸² Bacigalupo 2006: 573

³⁸³ Berdugo Gómez de la Torre 2012: 132-13, señala que: «La creación de un Tribunal Penal Internacional como el que contempla el Estatuto de Roma es un primer paso, que puede calificarse tímido, para la constitución efectiva de una jurisdicción internacional, pues su competencia es subsidiaria de la de los tribunales nacionales y además no es aceptada por las grandes potencias. La competencia del Tribunal, de acuerdo con su Estatuto, está limitada a los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y en un futuro el crimen de agresión».

modelo, promovido por la ONU, responde a la necesidad de contar con un Tribunal Internacional, con competencia para enjuiciar crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión, en lugar de dejar en manos de cada Estado la decisión de perseguir delitos cometidos fuera de su territorio sobre la base de su propio *ius poenale*.

Ante esta necesidad por consolidar una jurisdicción universal, se erige el principio de justicia universal³⁸⁴, con la finalidad de *nacionalizar* una serie de delitos que poseen una dimensión internacional, otorgándose competencia a los tribunales nacionales para juzgar los mismos con independencia del lugar de su comisión y la nacionalidad del responsable. El carácter transnacional del delito es pues el fundamento del principio que goza de mayor aceptación por la doctrina³⁸⁵, toda vez que permite extender la jurisdicción nacional a fenómenos delictivos de gran dimensión e impactos sociales y económicos, cuyo interés de persecución es compartido por varios Estados. Empero, como señala Méndez Rodríguez, la mera existencia de un interés compartido entre varios Estados en la persecución de determinados delitos, no convierte a éstos, automáticamente, en acreedores de la justicia universal³⁸⁶.

Hoy en día, coexisten bajo el principio dos grupos de delitos que forman parte de su objeto: aquellos que tienen efectos y alcances transfronterizos, que requieren de una estrecha cooperación entre Estados para que la persecución de los mismos sea efectiva y, otros que, con

³⁸⁴ Sobre los alcances y avances de la jurisdicción universal en España, *vid.* Blanco Cordero 2012: 559 ss.

³⁸⁵ En este sentido Méndez Rodríguez 2012: 325, relievando a Cuello Contreras.

³⁸⁶ Méndez Rodríguez 2012: 327.

independencia de su impacto fuera de las fronteras de un determinado país, existe consenso -por toda la comunidad internacional- respecto de la necesidad de su protección. Así, la tendencia es que dentro de la justicia universal se engloben tantos los delitos internacionales en sentido estricto cuanto los transnacionales³⁸⁷.

No obstante, como señala Bacigalupo, el reconocimiento de un principio de jurisdiccional universal, como Derecho *interno* de los Estados, no siempre fue pacífico³⁸⁸. Inclusive después de la II Guerra Mundial, cuando existía una comunidad internacional organizada y la horrible experiencia del holocausto ya había dado lugar a los procesos de Núremberg y Tokio³⁸⁹. Efectivamente, la Convención contra el Genocidio de 9 de diciembre de 1948, al establecer como el lugar de comisión del delito (principio territorial) como criterio rector, revela de una manera precisa las dificultades del principio de la jurisdicción universal para imponerse como principio reconocido a todos los Estados que decidieran establecerlo en sus leyes nacionales³⁹⁰.

Esta situación cambió con el Estatuto de la CPI, en el que la jurisdicción universal, como mecanismo para garantizar el deber de incriminación de todos los Estados contra los crímenes internacionales, está expresamente recogida en el párrafo 6 del Preámbulo. Esta obligación

³⁸⁷ Méndez Rodríguez 2012: 326.

³⁸⁸ Bacigalupo 2006: 574.

³⁸⁹ Bacigalupo 2006: 574.

³⁹⁰ Bacigalupo 2006: 574.

alcanza a todos los Estados, y no sólo a los Estados-Parte³⁹¹. Así, el Estado que ejercita la acción penal nacional en aplicación del principio de justicia universal, se convierte automáticamente en un delegado de la comunidad internacional para el enjuiciamiento de estos crímenes internacionales, asumiendo una doble obligación: en el orden interno, aplicar la legislación nacional y, en el orden internacional, garantizar la tutela judicial de las víctimas y la protección efectiva y eficaz de los bienes jurídicos internacionales³⁹².

En España, según el art. 23.4 de la LO 6/1985, modificada por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, la jurisdicción española es competente para conocer los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como algunos de los siguientes delitos: a) Genocidio y lesa humanidad, b) Terrorismo, c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces, e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores, y g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que, se de alternativamente la acreditación de algunos de los siguientes hechos: i) que los imputados se encuentren en España, ii) que existan víctimas de nacionalidad española; y c) la constatación de un vínculo de conexión relevante con España.

³⁹¹ En la actualidad ya son 122 los países que han ratificado el Estatuto de Roma. De entre ellos, 34 son africanos, 18 de la región Asia Pacífico, 18 de Europa Oriental, 27 Latinoamericanos y del Caribe y 25 de Europa Occidental y otros Estados.

³⁹² Así, Berdugo Gómez de la Torre 2012: 140.

Entrando a la problemática que nos ocupa, cuando un tribunal interno, por mandato de la justicia penal universal persigue un crimen internacional por imperativo, a su vez, del principio de legalidad, sólo puede aplicar una norma que cumpla con las condiciones de provenir de una fuente válida del derecho y de ser precisa en la descripción de la conducta punible y en la determinación de la pena. Así, desde el principio de legalidad penal -y más concretamente desde la garantías de *lex scripta*, *lex certa* y *lex praevia*-, se presenta el dilema de si una norma de Derecho penal internacional, consuetudinario o estatutario, puede ser aplicada por los tribunales internos pese a que la norma convencional no contemple el delito de manera expresa e inequívoca, pero sí lo haga el Derecho consuetudinario internacional.

Este problema se puso de manifiesto en España a raíz del controvertido caso Scilingo³⁹³, en el que la sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005 estimó que los hechos ocurridos en Argentina durante la dictadura militar entre 1976 y 1983, que responsabilizaban al ex militar Adolfo Scilingo, eran constitutivos del delito de lesa humanidad, pese a que el tipo (art. 607 bis) se había incorporado al CP recién en el año 2004. En concreto, para intentar mantener “incólume” el principio de legalidad, se sostuvo que se trataba de una clase de normas que:

«(...) de alguna manera no son autónomas, o al menos no totalmente, en cuanto que en gran medida representan la positivización en el derecho interno de preexistentes normas internacionales de carácter penal, integrantes por sus

³⁹³ Así, Berdugo Gómez de la Torre 2012: 140.

características y objeto, como se analiza en el apartado correspondiente de esta resolución, del ius cogens internacional y, por ello, con validez obligatoria erga omne, tanto en cuanto a las conductas delictivas como a la aplicación de las consecuencias (...)»³⁹⁴

Como se puede apreciar, para la Audiencia Nacional, el hecho que los delitos de lesa humanidad se hayan incorporado al CP español desde el Derecho penal internacional *consuetudinario*, no les hace perder su condición de *ius cogens* y su validez universal, pues se estaría frente a la mera incorporación de normas preexistentes que gozan de la doble condición de derecho internacional y de derecho interno que ya antes de su recepción eran obligatorias³⁹⁵. Se parte así de la idea, peligrosamente errada a mi modo de ver, de que la garantía *nullum crimen* es de ley natural y no positiva, y que ambas, además, tienen el mismo efecto en cuanto a su fuerza de obligación³⁹⁶.

Si alguien puede decir con verdad *yo no sabía ni podía saber que era delito* o mejor dicho *yo no sabía ni resulta exigible que pueda haber sabido que era delito*, qué duda cabe -desde cualquier ángulo que se mire - que no puede ser condenado. Y es que, si una persona no está en condiciones reales de conocer que una conducta era delito, no se le puede penar. Pero además, como se desarrollará más adelante en el capítulo IV, la neutralidad en el ejercicio del *ius puniendi* es el sostén de la garantía de *lex praevia*, de tal manera que sólo puede garantizarse la vigencia de la misma, cuando –

³⁹⁴ Fundamento de Derecho Primero b) 1, pág. 94 de la Audiencia Nacional, citado en Hormazábal Malarée 2013: 273.

³⁹⁵ Así, Hormazábal Malarée 2013: 273.

³⁹⁶ En este sentido, *vid.* Hernández 2013: 371.

objetivamente- está determinado un contenido prohibitivo. Si se admite la posibilidad de arbitrio y discrecionalidad del juzgador para poder convertir *derecho natural* en *derecho positivo*, en aras de una superioridad moral de la justicia penal internacional, se abre paso a una posible *eticización* de esta disciplina³⁹⁷.

Intentar desamarrar este nudo, mediante la reformulación de la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* por la de *nullum crimen nulla poena sine norma praevia*, no es la solución, pues solamente se intercambiaría un problema por otro. Es decir, flexibilizar la exigencia de *lex scripta* solo para calmar las críticas hacia la *lex praevia*. Aún cuando la existencia del derecho consuetudinario pueda constituir una realidad normativa, el sometimiento de este derecho a las demandas del principio de legalidad presenta las dificultades derivadas del carácter no escrito de su fuente originaria³⁹⁸.

Además, como se verá más adelante, una cosa es la realidad normativa y otra muy distinta la vigencia real y efectiva de la misma. La vigencia real de una norma está condicionada a su vigencia efectiva y ésta solo puede provenir de un órgano jurisdiccional que la aplique. Una norma que no es aplicada o que no puede ser aplicada por no existir jurisdicción que la aplique, es una norma que no tiene vigencia real, una norma que cumple una función simplemente simbólica³⁹⁹.

³⁹⁷ Así Jakobs, citado por Aponte 2005: 57.

³⁹⁸ Hormazábal Malarée 2013: 257.

³⁹⁹ Hormazábal Malarée 2013: 258

Siguiendo a Jakobs, el principio de legalidad penal tiene como propósito central limitar la pena a hechos contrarios a ordenamientos *en funcionamiento*, contrarios a la constitución *realmente existente* en la sociedad y, para ello, no basta con un postulado emitido antes del hecho, sino que debe tratarse de una norma establecida en la comunicación con anterioridad al hecho. Lo contrario sería abrir paso a una *incultura penal de amarga necesidad*, en la que el fin justificaría los medios, de modo que si esos hechos gravísimos no pueden ser penados adecuadamente, dado que no pueden quedar impunes, serían penados de cualquier manera y a cualquier costo⁴⁰⁰. Como señala Pastor, con particular agudeza así «*los derechos humanos se transforman en fin absoluto ilimitado y en un tabú indiscutible e incensurable. En su nombre se puede hacer todo, pues de cualquier manera la dignidad de la empresa está puesta tan alta que nada ni nadie la amenaza*»⁴⁰¹.

En síntesis, como se ha podido apreciar hasta aquí, la internalización del Derecho penal busca modificar los contornos del principio de legalidad penal, mediante la ampliación de sus fuentes y una creciente inclinación en pro de la víctima y del concepto de *seguridad*, hasta el punto de hablarse hoy en día de una 4ta vía del Derecho penal⁴⁰² y que la justicia penal internacional sería el Derecho penal del enemigo en su versión más pura⁴⁰³. Sin embargo, a mi juicio, el principio así como sus garantías derivadas constituyen una exigencia insoslayable en el Derecho penal internacional, por lo que difícilmente pueden quedar satisfechos cuando la norma sea sea convencional o estatutaria.

⁴⁰⁰ Así, Pastor 2009: 113-114.

⁴⁰¹ Así, Pastor 2009: 113-114.

⁴⁰² Pastor 2009: 282.

⁴⁰³ Pastor 2009: 147.

VIII. Balance y propuesta sobre hacia *dónde* debe ir el Derecho penal

Como se ha podido apreciar a través de este largo recorrido, el Derecho penal simbólico, el Derecho penal de la seguridad, el Derecho penal de las víctimas, el Derecho penal de menores, el Derecho penal económico y por último el Derecho penal internacional, son los grandes temas político-criminales del siglo XXI; los cuales, se engloban dentro del mega-concepto de *Derecho penal moderno*⁴⁰⁴, el cual se ancla en el arquetipo de la seguridad⁴⁰⁵, como respuesta preferida del Estado, quizá la única, para apaciguar las demandas sociales -canalizadas por los medios de comunicación-, y ante la inoperancia del mismo para encontrar una solución integral a estos problemas desde otros sectores.

Esta política criminal de la seguridad demanda una reformulación de la clásica doctrina de la teoría del delito, y de la mano con ella, un considerable relajamiento de garantías procesales y principios constitucionales que, para el Derecho penal liberal, resulta impensable. Dentro de esta línea, el primero de los principios penales en recibir embates de esta nueva corriente es, sin duda, el de legalidad penal⁴⁰⁶, el cual, cada vez más, está cediendo en su rigurosidad en aras del nuevo paradigma de la seguridad. En este escenario, las interrogantes, interconectadas entre sí, pero hasta hoy sin respuestas pacíficas, se resumen en ¿Hasta dónde se

⁴⁰⁴ Para más detalle sobre la triple concepción del derecho penal moderno, *vid.* Pérez Cepeda 2007: 347-349.

⁴⁰⁵ En sentido similar, Pérez Cepeda 2007: 52. Para García-Pablos Molina 2009: 476 «el principio de legalidad se ve hoy sutilmente amenazado por el antigarantismo de la sociedad postindustrial de nuestro tiempo, que bien podríamos denominar sociedad de la seguridad».

⁴⁰⁶ Así, para Montiel 2011: 525, el fundamento político del principio de legalidad resulta absolutamente obsoleto para explicar el andamiaje constitucional actual.

puede limitar lo individual para proteger lo colectivo? ¿Es posible cierta flexibilización de principios fundantes del Derecho penal en aras de la seguridad y/o de proyectos morales loables? y ¿Existen principios o garantías que no admiten remodelación alguna?

Para dar respuestas a estas interrogantes debe partirse de tres premisas que considero capitales: i) en una real emergencia, no hacer nada siempre será peor que intentar hacer algo, ii) las garantías del Derecho penal en general y en particular las que derivan del principio de legalidad penal, siempre estarán condicionadas por la cláusula de Estado de Derecho, y iii) el equilibrio es la ruta del camino a seguir si lo que realmente se busca es una armonización entre garantismo y seguridad.

Todo apunta a que estamos ante a una tercera crisis del Derecho penal⁴⁰⁷, pero a diferencia de las dos primeras⁴⁰⁸, en ésta no se discute el Derecho penal, por el contrario, éste goza de una sorprendente reputación

⁴⁰⁷ En sentido similar, Pérez Cepeda 2007: 52. En la misma línea, Fiandaca, citado por Roxin 2010: 51, señala que: «está bastante difundido el convencimiento de que la legalidad penal desemboque una situación de grave crisis. Esto a causa de multiplicidad de factores heterogéneos, que, sin embargo, parecen todos converger en poner al descubierto un debilitamiento y una pérdida de credibilidad de la ley (ordinaria) escrita como fuente de producción, reconocimiento y legitimación de normas penales (sustanciales y procesales)». Por su parte, Yacobucci 2014: 49, señala que: «el derecho penal no había sufrido una crisis semejante, porque de una manera u otra había logrado oscurecer su verdadero estatuto epistemológico, adpotando criterios de cientificidad que expulsaron lo vinculado con los valores del centro de su conocimiento. El paradigma ilustrado rindió frutos largamente en ese sentido, pero en este tiempo su capacidad explicativa no resulta evidente. Antes bien, las transformaciones padecidas ponen de manifiesto su insuficiencia para atender a la constitución de nuevos modelos sociales. En nuestros días, aparecen y se manifiestan las instancias teleológicas, funcionales, valorativas, las referencias iusfilosóficas, normativas, prudenciales y concretas, que no eran de recibo en aquel esquema de comprensión cultural.»

⁴⁰⁸ En sentido similar, Pérez Cepeda 2007: 52.

como instrumento de resolución de conflictos sociales⁴⁰⁹. Para ser más precisos, la que está en crisis es la sociedad, amenazada de inconmensurables males, siendo el Derecho penal el arma con la que se pretende disuadir o acabar con los mismos. Pero *¿Por qué* el Derecho penal? *¿Por qué* no buscar otro medio? Por la sencilla y pragmática razón de que se trata del recurso más fácil con el que el Estado puede generar la sensación pública de que algo se está haciendo⁴¹⁰. Qué duda cabe, que crear delitos y agravar penas, genera más consensos y es mucho menos oneroso que articular políticas sociales de mediano y largo plazo.

Empero, la pregunta que no suele hacerse es *¿Y por qué no?* Es decir, por qué el Derecho penal no puede servir como paliativo o, hasta incluso, cura, ante esta real –no inventada⁴¹¹– enfermedad. La respuesta, conforme se ha adelantado, no debe provenir sólo de un escritorio, ni

⁴⁰⁹ En sentido similar, Pérez Cepeda 2007: 52.

⁴¹⁰ Zúñiga Rodríguez 2005: 106, señala que: «el poder de definición de las conductas prohibidas que tradicionalmente estaba centrado en el Poder Legislativo cede espacios a los nuevos actores sociales, convirtiéndose la batalla por el poder de definición es una batalla meramente simbólica, no real, virtual, en la que se trata de convencer o incluso manipular la información si es necesario».

⁴¹¹ En este sentido, señala Quinteros Olivares 2004: 52, señala que: «cerrar los ojos ante la realidad sería olvidar que en estos tiempos, en toda Europa Occidental, se está además produciendo un significativo aumento de normas represivas dirigidas en esencia a todo lo que puede reunirse bajo el concepto de seguridad en las calles. Las causas son conocidas, y es verdad que no se puede decir que sean inventadas (...)». Agrega: «No puede negarse que muchas veces la doctrina no ha sido sensible al problema o no ha querido admitir la entrada en el derecho penal de normas en que su ulterior aplicación han mostrado su utilidad. Como ejemplo de lo primero puede citarse la cuestión de la inseguridad ciudadana como argumento definitivo para justificar cualquier clase de reforma legal, incluyendo las más xenófobas, y otra muy diferente es negar la evidencia de que en muchas ciudades y pueblos de España ha aumentado la inseguridad en las calles y han crecido zonas «peligrosas»; todo eso requiere actuaciones de los poderes públicos, aunque estas actuaciones no tengan que plasmarse necesariamente en modificaciones de las leyes penales». Quinteros Olivares 2004: 45.

tampoco de la crudeza de la calle. No se puede partir de una idea predefinida a la cual hay que defender a toda costa, contra todos. El verdadero enemigo en Derecho penal muchas veces es el propio penalista. Aferrarse a escuelas, maestros y corrientes, en definitiva, al ego, revela no querer buscar una solución a la problemática, si acaso la hay. Un enfoque equilibrado, desapasionado, que tome en consideración el punto de vista del otro, no para exponer sus falencias, sino para rescatar su aporte es, en mi opinión, hacia donde debe ir el Derecho penal.

En efecto, dar la espalda a la realidad que vivimos a través de una férrea e irreflexiva resistencia al Derecho penal moderno, demuestra una incapacidad o, en el mejor de los casos, manifiesta falta de voluntad del pensamiento penal ilustrado para adaptarse al paso del tiempo⁴¹². Por su parte, si se mira desde el otro ángulo, pretender construir el nuevo Derecho penal fuera de los derroteros del Derecho penal clásico⁴¹³ implicaría una rápida y progresiva liquidación de un conjunto de garantías ineludibles del Derecho penal, con el peligroso riesgo de que dicha *modernización necesaria* no sea sino la excusa perfecta para aumentar la represión penal sin ataduras, creando además delitos innecesarios porque no se justifica el interés tutelado ni tampoco que se haya de recurrir a la protección penal⁴¹⁴.

Pero si hay algo que no ha cambiado en el viejo y nuevo Derecho penal es el uso del mismo por razones políticas⁴¹⁵. La fuerte tentación de

⁴¹² Quinteros Olivares 2004: 29.

⁴¹³ Pérez Cepeda 2007: 67, señala que el derecho penal del futuro sólo podrá enmarcarse dentro de los derroteros trazados por el viejo derecho penal, aunque adaptados a las necesidades del presente siempre cambiante.

⁴¹⁴ En similar sentido, Quintero Olivares 2004: 51-

⁴¹⁵ Pérez Cepeda 2007: 337.

quienes ostentan el poder de turno, de hacer un uso *interesado* del mismo, será siempre una constante. De ahí que, no basta con la *necesidad* de la intervención penal como argumento central para su expansión, sino que, además, es preciso que el hecho de la intervención jurídico-penal, así como la medida de su intensidad, resulten adecuados y proporcionados al hecho⁴¹⁶. La mera comprobación de la insuficiencia de los mecanismos extrapenales para afrontar un problema social, como el Derecho administrativo sancionador⁴¹⁷, no debe pues abrir las puertas – automáticamente y de par en par – al Derecho penal. Debemos tener cuidado que el clima de inseguridad y la alarma social generen de manera recurrente –y no excepcional– predisposición de quitarse las ataduras democráticas en aras de una mayor eficacia estatal en la lucha contra la nueva criminalidad⁴¹⁸.

El debate actual sobre la necesidad de encontrar algo más contundente que el Derecho administrativo sancionador, pero menos invasivo y traumático que el Derecho penal es sin duda interesante, como también lo puede ser la idea de Silva Sánchez de condicionar la expansión

⁴¹⁶ Pérez Cepeda 2007: 54.

⁴¹⁷ Como señala Quinteros Olivares 2004: 52-53: « (...) en ocasiones el argumento se desliza al terreno de los inconvenientes de las alternativas posibles al derecho penal. Es admisible, en algún caso, la crítica a la insuficiencia del derecho administrativo sancionador en algunas de nuestras sociedades, pero esa ineficacia no puede resolverse saltando al derecho penal sin asumir sus garantías. El discurso sobre la necesidad de encontrar algo más contundente que el derecho administrativo pero menos traumático que el derecho penal es sin duda interesante, como también lo puede ser la idea de condicionar la expansión penal a la renuncia a recurrir a la pena privativa de libertad. Pero lo que no es soportable es el aumento «injustificable del derecho penal» con la creación de delitos que no se explican por la evolución de la sociedad, y menos aun la pretensión de reducir las garantías individuales ante el proceso y el derecho penal sin dejar de recurrir, y cada vez más, a la pena privativa de libertad».

⁴¹⁸ En similar sentido, Quintero Olivares 2004: 51.

penal a la renuncia a recurrir a la pena privativa de libertad⁴¹⁹. Pero, como señala Quintero Olivares, lo que no es soportable es el aumento *injustificable del Derecho penal* con la creación de delitos que no se explican por la evolución de la sociedad, y menos aun la pretensión de reducir las garantías individuales ante el proceso y el Derecho penal sin dejar de recurrir, y cada vez más, a la pena privativa de libertad. Y es que si la respuesta al hecho punible no fuera la privación de libertad ¿Debería protegerse con tanta pasión todos los principios fundantes del Derecho penal? A mi juicio, no. La rigurosidad y el nivel de limitación al Derecho penal se encuentran indisolublemente ligados a la intensidad de la consecuencia jurídica a imponerse.

Pero mientras lo anterior no ocurra, durante este proceso ¿Realmente no debemos soportar el aumento del Derecho penal? Es decir, a la hora de hacer el análisis coste-beneficio entre libertad y seguridad, o más modernamente entre precaución y subsidiariedad⁴²⁰ ¿La balanza debe inclinarse siempre en favor de esta última? Existen serias dudas al respecto, que se han visto acrecentadas a lo largo de este trabajo, durante el cual se han sucedido -una tras otro- atentados de gran escala que, sin duda, nos obligan a cuestionarnos si acaso el ideal de libertad es en realidad, como señala Jakobs, la máxima juridicidad postulable, pero no la juridicidad real.

Como adelantara líneas atrás, en la actual crisis de la modernidad, no hacer nada es un lujo demasiado caro, sobre todo, cuando quien lo asume no es quien sufre directamente las consecuencias. Si el Derecho penal

⁴¹⁹ La propuesta más interesante en esta línea es sin duda la de Silva Sánchez, para quien el derecho penal de segunda velocidad es aquel que sanciona no con privación de libertad, sino con penas de privación de derechos,

⁴²⁰ Sobre esta disyuntiva *vid.* Pérez Cepeda 2007: 57.

puede servir en algo en la coyuntura actual, no se puede negar de plano, con argumentos como el del *buen Derecho penal liberal* y el *maligno Derecho penal del enemigo*, la posibilidad de explorar su empleo, por más que no se haya demostrado todavía por medios empíricos que un aumento del mismo -de la mano con un recorte de ciertas garantías- redunden en una mayor eficacia⁴²¹. Hoy en día no estamos para limitarnos a realizar críticas puramente deconstructivas, despreocupadas de la búsqueda y el diseño de alternativas, más aún cuando estas no responden a una mera prudencia científica, sino antes bien, a una cómoda apatía nihilista del *nada funciona*⁴²². Este facilismo, a lo único que nos está llevando, como señala Herrera Moreno, es a la acentuación de posturas escépticas, carentes de toda fuerza creativa para inspirar y promover necesarias y urgentes reformas⁴²³.

Como se visto hasta aquí, el *binomio mínima prevención imprescindible- irrelevancia de la eficacia*, defendido por la escuela de Frankfurt⁴²⁴, necesita hoy más que nunca someterse a una exhaustiva revisión. La eficacia/eficiencia, si bien no puede convertirse en el fundamento central del Derecho penal⁴²⁵, por los peligros que comporta, tampoco puede prescindirse por completo de ella. La protección de bienes

⁴²¹ En este sentido, Pérez Cepeda 2007: 372, señala que: «la política criminal moderna, incapaz de prevenir eficazmente los comportamientos que le preocupan, termina utilizando al derecho penal como un instrumento, asignándole una función meramente educadora, que le hace caer en las redes del Derecho penal simbólico y a una desintegración del mismo en un Estado de Derecho».

⁴²² Herrera Moreno 2002: 40.

⁴²³ Herrera Moreno 2002: 41.

⁴²⁴ Herrera Moreno 2002: 41.

⁴²⁵ En esta óptica se sitúa la Unión Europea con una lógica de la eficiencia como directriz político-criminal dirigida a endurecer respuestas reprevistas, lo que contrasta radicalmente con la función crítica de los principios garantistas de un Estado de Derecho, inclinado en cambio al rol limitador de las garantías respecto a una realidad penal necesitada de contención y mitigación. *vid.* Pérez Cepeda 2007: 355.

jurídicos supraindividuales mediante el adelantamiento de la barrera de la punibilidad, así como alguna que otra puntual remodelación -o evolución, según como se mire⁴²⁶- a ciertos principios, sería perfectamente admisible y compatible con la cláusula de Estado de Derecho⁴²⁷. Como señala Roxin⁴²⁸, además, no se puede negar al Derecho penal la vital tarea de asegurar las condiciones de existencia de las generaciones futuras. Se debe procurar, siguiendo a Corcoy Bidasolo, encaminarnos hacia un Derecho penal social, que intervenga a la par protegiendo a la sociedad y garantizando la indemnidad de las esferas individuales de la libertad⁴²⁹. En suma, la dogmática penal debe ir en la dirección de servir a los intereses predominantes de la actual sociedad⁴³⁰, aunque sin olvidar que existen principios garantistas que no admiten siquiera retoque alguno⁴³¹, pues son los únicos capaces de reubicar al Derecho penal en el marco de racionalidad⁴³².

Uno de ellos, adelantando así el análisis que se realizará más adelante, es la exigencia de ley previa. La crítica principal al Derecho penal

⁴²⁶ Para mayor detalle, *vid.* Pérez Cepeda 2007: 355.

⁴²⁷ Sobre la modernización del derecho penal y el mantenimiento del postulado del Estado de Derecho, *vid.* Gracia Martín 2011: 62-63.

⁴²⁸ Citado por Pérez Cepeda 2007: 356.

⁴²⁹ Citada por Pérez Cepeda 2007: 356.

⁴³⁰ En este sentido, una de las propuestas más interesantes es la que propone Corcoy Bidasolo, en Pérez Cepeda 2007: 361.

⁴³¹ Así, en este sentido Gracia Martín 2011: 42, señala que: «la modernización del derecho penal sólo plantea una adecuación de esta disciplina a las nuevas realidades sociales y no desvía ni mucho menos flexibiliza los principios y garantías del Estado de Derecho, sino que los profundiza».

⁴³² Así, Yacobucci 2014: 50, señala: «que los principios penales son, en definitiva, los que proveen el punto de partida y la expectativa última de desenvolvimiento político, jurídico y epistemológico del sistema penal. Concluye señalando que cualquiera sea la teoría del delito que se exponga, siempre se deberá remitir a los principios que la sostienen y justifican dentro del marco de convivencia».

moderno se centra en que el mismo trae consigo el abandono masivo de garantías penales⁴³³, en especial las garantías derivadas del principio de legalidad⁴³⁴. En este sentido, el dilema que se presenta en la coyuntura actual es si el Derecho penal debe ser en algunos supuestos *sorpresivo*, para garantizar la expectativa de la víctima y la sociedad ó, debe –siempre- ser *previsible*, para garantizar la seguridad jurídica de quien finalmente es acreedor del poder penal. Esta disyuntiva -una vez más- revela la clásica tensión que desde sus orígenes enfrenta el Derecho penal⁴³⁵, pero que, hoy, más que nunca, cobra especial importancia, pues en la situación de confusión y crisis que vivimos, no hay nada mejor que tener claridad sobre lo que se puede y no se puede hacer con la principal arma que tiene el Estado en sus manos.

Aquí se ingresa al problema medular ¿Se puede realmente proteger a la par los derechos la sociedad en su conjunto (incluida la víctima directa) y los derechos de los delincuentes? ¿Puede decirse, desde la juridicidad real y no la ideal o máxima postulable, que la protección de los derechos de uno supone la desprotección de los del resto? Para muchos, mientras más protegidos están los delincuentes, más desprotegida queda la sociedad frente a ellos. Es decir, no se trataría de negar la capacidad del Estado para

⁴³³ Así, en este sentido Gracia Martín 2011: 42, señala que: «la modernización del derecho penal sólo plantea una adecuación de esta disciplina a las nuevas realidades sociales y no desvía ni mucho menos flexibiliza los principios y garantías del Estado de Derecho, sino que los profundiza».

⁴³⁴ García-Pablos Molina 2009: 474, precisa que: «el *nullum crimen* no se halla en crisis, lo que está en crisis es el ideario ilustrado-postivista que esperaba del *nullum crimen* lo que no podía esperar del mismo: la seguridad jurídica total, la certeza absoluta. Para el citado autor, el *nullum crimen* sigue siendo –y será- una garantía del ciudadano, fiel al significado político profundo que sella los orígenes de este principio».

⁴³⁵ Para más sobre la vieja tensión entre eficacia y garantía, *vid.* Berdugo Gómez de la Torre 2012: 229.

asegurar los derechos de todos al mismo tiempo. Se trata de cuestionar su misma pretensión de hacerla⁴³⁶. En esa línea, a propósito de la problemática de los derechos humanos, Pastor es muy enfático en que no se puede servir a dos propósitos al mismo tiempo, de modo que resulta imposible atender a la vez a los intereses punitivos (de la víctima) y los de los derechos fundamentales (o del imputado)⁴³⁷.

En mi opinión, los derechos e intereses de víctima y delincuente no son irreconciliables, son susceptibles de armonización⁴³⁸. A tal efecto, se debe buscar un equilibrio (punto medio), pues sólo una posición ecléctica, considero puede apartarnos de los extremos y los peligros que comportan salirse –aunque sea temporalmente- de los mismos. Se impone, como señala Herrero Herrero, una actividad equilibradora, si lo que realmente se pretende es no alejarse de un Derecho Penal acorde con el Estado Social y Democrático de Derecho, en una sociedad tan dinámica, innovadora, heterogénea y global como la actual⁴³⁹. Efectivamente, mantenerse lo más cercano al centro permite que las inevitables extralimitaciones estén dentro de lo tolerable socialmente. En esa línea, con el balance y agudeza que lo caracteriza, Polaino-Orts señala respecto al Derecho penal del enemigo -que no es más que el reflejo del moderno Derecho penal- lo siguiente:

«El Estado social y democrático de Derecho ha de saber hallar el equilibrio entre la protección de la vigencia de la

⁴³⁶ Así, Gargarella 2016: 266.

⁴³⁷ Pastor 2009: 284.

⁴³⁸ Sobre la necesaria armonización, entre sí, de los principios básicos que informan el Derecho penal, en orden a establecer un sistema de justicia penal justo y equilibrado, *vid.* Herrero Herrero 2015: 98.

⁴³⁹ Herrero Herrero 2015: 43.

norma, que reconoce y garantiza ampliamente un ámbito de libertad a los ciudadanos (optimización de libertad), y la protección suprema de bienes jurídicos, en la cual –por mor de la optimización de dicha tutela- se asfixiarían las esferas de libertad, en defensa de normas de flaqueo: seguridad pública, orden público, etc. Esto es, ha de encontrar un equilibrio entre lo utópico, irreal e inexistente Derecho penal puro del ciudadano y la agobiadora, absolutista e intervencionista Política criminal pura del enemigo. Es decir, una solución a la tensión entre el status civitatis y el status securitatis.»⁴⁴⁰

Ahora bien, el *quid* del asunto es ¿Cómo mantenemos ese equilibrio? Si bien, como se entenderá, la respuesta supera –holgadamente- los presentes fines, ya que la lista de principios garantistas afectados por la nueva política criminal de la seguridad es amplia (así tenemos, entre otros, los principios de *última ratio*, proporcionalidad, lesividad y reserva de ley⁴⁴¹) y las propuestas de solución no se quedan atrás⁴⁴², no por ello debe

⁴⁴⁰ Polaino-Orts 2009 (a): 596, agrega que: «en ese equilibrio, se encuentra el reto de los modernos Estados democráticos: un equilibrio donde el parámetro general sea la primacía de la vigencia de la norma garantizadora de espacios de libertad, y donde –solo en casos extremos e incidentales de lesión intolerable de la seguridad cognitiva del Estado- se sacrificara puntualmente esa esfera de libertad, en favor de la optimización de los bienes jurídicos del ciudadano, por ejemplo limitando la libertad del maltratador familiar mediante medidas cautelares de alejamiento a favor de la protección de los bienes jurídicos de las víctimas».

⁴⁴¹ Grandi 2010: 195-196, señala que: «la praxis actual se caracteriza por un alejamiento aún mas claro y evidente del arquetipo “reserva de ley”. Así, señala que la crisis de la legalidad parece corroer las raíces de los siguientes presupuestos de esta garantía: a) la absorción por parte de la institución parlamentaria de la propia función representativa, de modo que los contenidos de las leyes reflejen efectivamente la voluntad y los intereses del cuerpo electoral (o por lo menos, de su parte mayoritaria; b) el respeto de las normas

renunciarse a intentar ofrecer una respuesta a esta necesidad, aunque se hará, como se verá más adelante, de manera acotada, esto es, centrándonos en la problemática de la ley penal en el tiempo, en concreto, en los principios de *irretroactividad de la ley penal más desfavorable* y de *retroactividad de la ley penal más beneficiosa*, que son los que ordenan la sucesión normativa en materia penal.

Sin entrar al análisis que pormenorizadamente se ha reservado para más adelante, podemos ir avanzando en señalar que si bien el equilibrio deseado no puede desatender los intereses de la víctima⁴⁴³, no se debe perder de vista que el actor más peligroso en este triángulo del conflicto penal es el Estado. Como acertadamente señala Molina Fernández, aún *«con toda su locura criminal, los nazis no hubieran podido matar a seis millones de personas si no acceden al poder del Estado con todos sus recursos; ni Pol Pot, al mando de los Jemeres Rojos, hubiera podido eliminar a la cuarta parte de la población de Camboya en otra situación que no fuera el abuso del poder del Estado.»*⁴⁴⁴

de atribución de competencia entre los diversos órganos y entre las diversas fuentes, de modo tal que el Parlamento conserve un rol central en las decisiones fundamentales de criminalización, y que la norma penal sea verdaderamente el resultado del procedimiento de adopción típico de la ley, caracterizado por los controles que oportunamente hemos señalado; c) la observancia, en tal procedimiento, de las reglas tendentes a garantizar la efectividad de los controles mismos».

⁴⁴² Una de las propuestas más interesantes es la Fernando Molina, para quien con ciertos ajustes menores en los tipos penales y con una adecuada interpretación de las causas de justificación, y en particular del estado de necesidad, puede darse una respuesta satisfactoria a los nuevos retos sin una merma sustancial en las garantías y principios básicos que limitan el ius puniendi del Estado, en Huster, Garzón Valdés y Molina 2010: 112. Por su parte, Huster en Huster, Garzón Valdés y Molina 2010: 28, plantea cinco criterios concretos a tomarse en cuenta para mantener el equilibrio entre Estado de Derecho y seguridad en la lucha contra el terrorismo.

⁴⁴³ Sobre ello, Herrero Herrero 2015: 49.

⁴⁴⁴ Molina Fernandez en Huster, Garzón Valdés y Molina 2010: 91.

Por todo lo expuesto, cuando el conflicto de principios e intereses sea irreconciliable, nos guste o no, no queda más remedio que inclinar la balanza a favor de quien está más expuesto al *ius puniendi* estatal. Esta preponderancia de la legalidad sobre la seguridad se presenta, como se verá más adelante, con la exigencia de irretroactividad de la ley penal más perjudicial, que no admite, a diferencia de otras garantías de las que goza el imputado, soplo alguno por parte de los nuevos vientos de la modernización penal. Hay principios, estáticos, inmutables, que deben permanecer así en todo momento y circunstancia política, social y/o económica. No pueden ni deben adaptarse. Se tratan de columnas del edificio penal, que lo sostienen y que, por tanto, no se les puede tocar, sino sólo para reforzarlas, porque de lo contrario se viene abajo toda la estructura⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ Como señaló en su momento el Juez Holmbe con su voto discordante en el *Juicio Klinge*, la prohibición de retroactividad perjudicial es absoluta. No admite excepción alguna, aún en las situaciones más extremas, como aquellas relacionadas con la Segunda Guerra Mundial. Más aún, aseguró que las circunstancias generadas por esa Guerra estaban comprendidas dentro del margen de aplicación de dicha disposición. La intención del art. 97 de la Constitución Noruega era proclamarle al individuo una advertencia oportuna (*fair warning*) y evitar que se introdujera o incrementara arbitrariamente una pena. De este modo, la disposición en sí misma contemplaba situaciones extremas y su propósito era ofrecer salvaguardias en contra de los castigos arbitrarios, incluso en los escenarios más inesperados. Citado por Dondé Matute 2010: 252.

SECCIÓN SEGUNDA

Dinámica

CAPÍTULO III

La problemática de la sucesión de leyes penales

I. El carácter dinámico del ordenamiento jurídico

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 vida, para que unas u otras sean finalmente las competentes. Ésta cuestión -determinar la ley aplicable en un determinado espacio temporal- es una de las más delicadas y complejas que se pueden suscitar en el mundo del derecho en general, y más particularmente, en el Derecho penal. Así, la exposición de motivos que precedía a la edición reformada del CC del 24 de julio de 1889, fue muy clara en señalar que «*se trata de uno de los problemas más difíciles de la ciencia de la legislación*»⁴⁴⁶.

En efecto, así como la sociedad evoluciona constantemente, las normas en las que ésta se funda también⁴⁴⁷. El ordenamiento no permanece inmutable en el devenir del tiempo, y mientras que unas leyes se extinguen,

⁴⁴⁶ Así, Verdera 2006: 136.

⁴⁴⁷ Por ello, Frígols I Brines 2004: 25, sostiene que: «las razones que fundamentan la necesidad del cambio normativo en el Derecho penal son las mismas que lo hacen en el resto del ordenamiento jurídico. Se trata de actualizar las valoraciones jurídicas de la sociedad y las necesidades de protección social de bienes jurídicos a las exigencias cambiantes que presenta la primera, a causa del desarrollo y la evolución de la comunidad».

otras nuevas surgen para servir a las transformaciones de las exigencias de la sociedad. Y es que, al ser las normas todo un producto social, están expuestas a cambios, en la medida que cambian las condiciones de vida⁴⁴⁸. Hay, pues, sucesión de leyes penales cuando un hecho se regula por una ley nueva que describe un tipo legal antes no definido, que deja de considerar una conducta como delictiva, o que modifica de algún modo la descripción o la punibilidad de las acciones humanas⁴⁴⁹.

Hoy por hoy, qué duda cabe, que el avance tecnológico, la globalización y la apertura de fronteras traen consigo nuevas formas de interrelación y de comercio entre los seres humanos, que redundan en un visible incremento del bienestar económico y social, pero a su vez facilitan la creación de nuevas formas de criminalidad y, en muchos casos, empeoran la ya difícil tarea de persecución penal. Esto sucede por ejemplo con los delitos informáticos cometidos a través de la Internet⁴⁵⁰, en los que la labor de identificación y aprehensión del sujeto activo hace de la persecución penal de estos ilícitos una utopía⁴⁵¹. Es por eso, que el derecho no puede ser

⁴⁴⁸Catacora Gonzales, 31.

⁴⁴⁹ Así, Jimenez de Asúa 1992: 606.

⁴⁵⁰ En el ordenamiento penal peruano, se tiene como ejemplos el delito de intrusismo (art. 207-A del Código Penal), que sanciona al «que utiliza o ingresa indebidamente a una base de datos, sistema o red de computadoras o cualquier parte de la misma, para diseñar, ejecutar o alterar un esquema u otro similar, o para interferir, interceptar, acceder o copiar información en tránsito o contenida en una base de datos (...)»; y el delito de sabotaje informático (art. 207-B del Código Penal), que sanciona al «que utiliza, ingresa o interfiere indebidamente una base de datos, sistema, red o programa de computadoras o cualquier parte de la misma con el fin de alterarlos, dañarlos o destruirlos (...)». Sobre otras variantes de la tipología de los delitos informáticos, *vid.* Blossiers Manzini y Calderón García 2000: 39-58.

⁴⁵¹ La dificultad probatoria de la delincuencia informática no es fácil de superar. Aún con la creación de fiscalías, juzgados y salas especializadas, la «invisibilidad del delito informático» y la «publicidad negativa» que se genera para las empresas que denuncian infiltraciones en sus sistemas de seguridad, mantienen elevada la cifra negra de

ajeno o permanecer estático frente a estos cambios de valoraciones sociales; menos aún, el Derecho penal, cuya constante actualización es vital para una eficaz política criminal⁴⁵².

Ninguna ley tiene vigencia eterna, ni siquiera una vigencia previamente asegurada en su texto⁴⁵³. Esto es consecuencia del principio de modernidad⁴⁵⁴, que mantiene –siempre– inherente a la esencia del ordenamiento jurídico, una importante parcela de indefinición respecto a la posibilidad de que una ley posterior en el tiempo pueda desplegar determinados efectos hacia el pasado, con el fin de regular situaciones jurídicas que tuvieron origen en una normativa anterior⁴⁵⁵.

No obstante, en puridad, como señala López Menudo, no cabe hablar de una *dinámica temporal* de las leyes; es una ficción, puesto que las leyes no se mueven en el tiempo hacia atrás o hacia adelante. Siguiendo al mismo autor, resultaría más propio hablar de mayor o menor grado de penetración o poder regulativo de la norma actual sobre las situaciones y relaciones jurídicas. No son las leyes las que se mueven sino los hechos, pasados, presentes o futuros los que vienen a presencia de la ley en vigor, según la

criminalidad en éste ámbito, como ocurre en Alemania. Para más información, *vid.* Reyna Alfaro 2002: 296-298.

⁴⁵² Para González Tapia 2002: 76, el mantenimiento de la correlación entre cambios sociales y cambios normativos exige «una continua adaptación de las normas a la consustancial dinamicidad de la sociedad».

⁴⁵³ Así, Fernández 2015: 10.

⁴⁵⁴ El principio de modernidad encuentra su única fundamentación positiva en el art. 2.2 del Código Civil que señala que: «las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, esa incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiera derogado».

⁴⁵⁵ Díaz Anarte 2002: 67.

voluntad de ésta⁴⁵⁶. Esta constatación, en el sentido de que el cambio social es en realidad el factor decisivo que no permite la permanencia inmutable de la ley en el tiempo, nos obliga a repensar la tan –muchas veces injustamente- cuestionada tesis de la función ético-social del Derecho penal⁴⁵⁷.

Si bien este carácter dinámico no es de exclusividad del Derecho penal, ya que es inherente al derecho positivo en su conjunto, en el Derecho penal, más que en cualquier otra disciplina jurídica, un cambio normativo merece especial atención, dado que es el instrumento más violento de control social y puede propiciar un ejercicio arbitrario del derecho de penar que tiene el Estado. De ahí, la ineludible exigencia de que toda expansión del Derecho penal deba estar justificada sobre la base de los criterios de necesidad y merecimiento de pena⁴⁵⁸, rechazándose enfáticamente el uso simbólico del mismo con fines de mera satisfacción política⁴⁵⁹.

Pese a ello, como se ha expuesto líneas atrás, este uso simbólico ha facilitado un nuevo catálogo de figuras penales y de agravación de las ya existentes, a tal punto que se habla de la existencia de un auténtico proceso de expansión del Derecho penal, en el que su razón de ser es la de proteger a la colectividad a toda costa, bajo la falsa idea de que la ley es capaz, por sí sola, de transformar o modificar sustancialmente la realidad social. Una suerte de *deseo de ley* favorece la maraña legislativa de estos nuevos tiempos: copiosa, inorgánica, asistemática, en suma, una auténtica *selva preceptiva*⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ López Menudo 1981: 8.

⁴⁵⁷ Fernández 2015: 14-15.

⁴⁵⁸ En esta línea, Daunis Rodríguez 2005: 216.

⁴⁵⁹ Frígols I Brines 2004: 31.

⁴⁶⁰ Así, Novoa citado por Fernández 2015: 17.

Producto de este dinamismo, las leyes penales evolucionan y se adaptan a las exigencias político-criminales del momento; penalizando conductas y despenalizándolas, o bien disminuyendo o incrementando 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 material⁴⁶¹. 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.

Así, puede darse el caso que una norma sea derogada por legislador en forma total, parcial o incluso tácitamente⁴⁶², pero continúe desplegando sus efectos en determinados supuestos (aplicación ultractiva); que una ley sea promulgada por legislador y despliegue sus efectos hacia atrás, aplicándose a situaciones anteriores a su dación (aplicación retroactiva); que una ley sea promulgada por el legislador y sea aplicada hasta antes de su derogación (aplicación inmediata); situaciones en las que, una ley es promulgada por el legislador, pero sus efectos se suspenden por un determinado lapso de tiempo durante el cual continuará rigiendo la norma

⁴⁶¹ Sin embargo, para el Tribunal Constitucional peruano sólo hay conflicto de normas cuando éstas pertenecen al derecho penal sustantivo. Así lo ha establecido en el fundamento N° 10 de la sentencia recaída en el Exp. N° 1300-2002-HC/TC de 27.8-03: «El artículo 139°, inciso 11) de la Constitución, establece que en caso de duda o conflicto de leyes penales, se debe aplicar la norma más favorable. Esta regla sólo es aplicable en el derecho penal sustantivo, debido a que es en éste donde se presenta el conflicto de normas en el tiempo, es decir, que a un mismo hecho punible le sean aplicables la norma vigente al momento de la comisión del delito y la de ulterior entrada en vigencia. En ese caso, será de aplicación la retroactividad benigna y la aplicación de norma más favorable, conforme lo establece el artículo 103°, segundo párrafo, y 139.11 de la Constitución, respectivamente». En la misma línea, Meini Méndez 2004: 16-17.

⁴⁶² Morillas Cueva 2004: 214.

derogada (*vacatio legis*); así como finalmente casos en los que una ley es aprobada después de realizado el hecho delictivo, el cual se ha cometido bajo el imperio de una ley anterior que entra en vigor después de consumado el delito, pero luego a su vez es derogada por otra ley posterior y, por tanto, ya ha perdido vigencia de instaurarse el proceso penal (aplicación de la ley intermedia).

En relación a este último supuesto (ley penal intermedia), conforme a la doctrina mayoritaria⁴⁶³, puede aplicarse retroactivamente el precepto del medio; puesto que el imputado no está en condiciones de controlar la menor o mayor duración del proceso penal⁴⁶⁴ ni tampoco la mutabilidad veloz del Derecho penal producto de la voluntad del legislador. Para ello, se requiere determinar previamente qué ley es la más favorable en el conflicto de leyes en el tiempo suscitado. Tarea no siempre sencilla, sobre todo cuando se está frente a leyes penales en blanco, en las que se tiene que recurrir a la legislación extrapenal para averiguar la magnitud de su contenido.

En primer lugar, la determinación de la norma más favorable en el tiempo pasa por la comparación de la magnitud y gravedad de las consecuencias jurídicas de las normas involucradas⁴⁶⁵. Así, tratándose de normas con la misma modalidad de pena se aplicará la más benigna: en el caso de pena privativa de libertad, la de menor duración; en el caso de pena de multa, la de menor cuantía, etc. Pero ello no basta. Un segundo paso es apreciar cualquier modificación del marco penal (reglas de

⁴⁶³ Por todos, Zugaldía Espinar 2004: 280.

⁴⁶⁴ En este mismo sentido, *vid.* Caro Coria 2004: 51, en relación a la desigualdad e inseguridad jurídica que genera la elección como punto de referencia de «la ley penitenciaria vigente al momento de la condena», frente a un conflicto de normas penitenciarias en el tiempo.

⁴⁶⁵ Así, Cobo Del Rosal y Vives Antón 1999: 197.

individualización judicial de la pena, causas eximentes de responsabilidad, agravantes, etc.) que afecten la posibilidad, el tipo y la forma de punición⁴⁶⁶. Y, en tercer lugar, corresponde apreciar la mayor o menor severidad de la norma en función del imputado; esto es, evaluando el grado de afectación particular que se le generará con la elección de una u otra norma, para lo cual resulta acertado otorgarle la posibilidad de ser oído en audiencia previa⁴⁶⁷.

Empero, hay casos en los que la determinación es más problemática. Ello sucede cuando las normas en conflicto contemplan distintas modalidades de pena y/o distintos aspectos particulares. Así, el caso de una nueva ley que establezca una menor penalidad en relación con la antigua ley, pero sin embargo le corresponda un plazo más largo de prescripción. O el caso de una ley que sancione una conducta con 6 años de pena privativa de libertad y 40 días-multa, frente a otra que sancione la misma conducta con 5 años de pena privativa de libertad pero con 180 días-multa.

La doctrina mayoritaria se decanta por negar la vigencia de la teoría de la combinación de leyes y estima que la selección de la norma debe hacerse en su integridad⁴⁶⁸. Lo cual nos parece acertado, ya que de aceptarse la posibilidad de elegir determinados aspectos de una y otra

⁴⁶⁶ En este sentido, Bruns citado por Hurtado Pozo 2005: 301.

⁴⁶⁷ A diferencia del derecho penal peruano, en el derecho penal español, una de las novedades más importantes del CP de 1995 (art. 2. num. 2), aunque ya fuese recogida expresamente por el Código penal español de 1928, es la posibilidad de oír al reo en caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable; posibilidad que, se asienta en la idea de que quién mejor que el propio imputado para determinar que norma le resulta más beneficiosa.

⁴⁶⁸ Entre otros, Morillas Cueva 2004: 223; Ruiz Robledo 2003: 201, Cobo Del Rosal y Vives Antón 1999: 198; Hurtado Pozo 2005: 302-305.

norma, se estaría creando una tercera ley en sede jurisdiccional, que terminaría por suplantar la voluntad del legislador; quebrantándose los principios de separación de poderes y de *lex scripta*. Y no cabe argumentar en contra⁴⁶⁹ que, en realidad, no se trata de un problema de *lex tertia*, sino interpretativo.

Como se puede apreciar, cuando se presenta una sucesión de normas en el tiempo, se debe establecer: i) qué hechos pueden ser alcanzados o no por las nuevas leyes aprobadas, ii) determinar si la nueva ley puede o no atrapar -en razón a su mayor benignidad- hechos delictivos cometidos con anterioridad a su promulgación y, iii) en caso la nueva ley sea más gravosa que la precedente, debe establecerse si procede o no conferirle aplicación ultractiva a esta última -bajo cuya regencia se cometiera el delito-, a pesar de haber sido derogada por la siguiente ley.

Como se verá a continuación, esta difícil tarea, de seleccionar la norma aplicable en un caso concreto para, acto seguido, poder determinar los efectos que ésta desplegará, corresponde a la temática general que subyace al Derecho penal intertemporal⁴⁷⁰ y, en concreto, a los principios que ordenan y esclarecen la correcta aplicación de la ley penal en el tiempo⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Así, la Ejecutoria Suprema de 20.1.98 recaída en el Exp. N° 6459-97-Ica, *vid.* Rojas Vargas 1999. Y la Ejecutoria Suprema de 5.4.94 recaída en el Exp. N° 3437-93-Lima, *vid.* Rojjasi Pella 1997.

⁴⁷⁰ Castan, citado por Díaz Anarte 2002:114, entiende que: «el Derecho Intertemporal, lo constituye el “conjunto de reglas destinadas a determinar la eficacia de la ley en el tiempo o, lo que es igual, a resolver los conflictos que pueden ocurrir entre la ley nueva y la anterior derogada por ella, adaptando los preceptos de la ley nueva a los estados de Derecho nacidos al amparo de la ley anterior».

⁴⁷¹ Jiménez de Asúa 1992: 606-607, señala que: «una vez admitido que en toda ley nueva se produce una sucesión, y determinada la forma de fijar la prioridad de varias

II. Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo

A) Ciclo de vida de la ley penal

Más allá de la disquisición, para nada irrelevante, entre ley y norma⁴⁷², lo determinante es establecer sus límites cronológicos. Es decir, cuándo cobran vida, cuándo pasan a mejor vida e incluso resucitan. Si bien las leyes tienen o deberían tener una vocación de permanencia en el tiempo, la actualidad nos demuestra cada vez más lo efímeras que son, lo que genera, sin lugar a dudas –como en el caso de la ley intermedia- muchas dificultades a la hora de determinar cuál sigue con vida y por ende resulta de aplicación a un hecho concreto. En otras palabras, más allá de su longevidad, las leyes siempre poseen un ciclo vital, que va desde su promulgación y publicación, pasando por su efectiva entrada en vigor, hasta el momento final de su derogación. Conocer con la mayor precisión posible estos mojones temporales, permitirá al aplicador del derecho establecer cuándo realmente se está frente a una aplicación inmediata, ultractiva o retroactiva de la ley penal.

leyes, procede esclarecer los principios jurídicos que sirven para solucionar las múltiples cuestiones que presenta la sucesión y que se originan en el hecho que una ley anterior derogada debe ser o no tomada en cuenta».

⁴⁷² Sobre el particular, la discusión está abierta, dependiendo de los enfoques. Para algunos, como Fierro 2003: 183: «el concepto de ley es más amplio que el de norma, pues ordinariamente la ley es fuente formal de un complejo de normas y esa mayor amplitud y extensión que le otorgamos a la ley, al ser algo distinto, trae aparejado que una clasificación de las leyes penales no puede coincidir con un ordenamiento similar de las normas, que debe responder, sin dudas a otro criterio». Frigols 50, por su parte, tiene una visión distinta. En cualquier caso, para efectos del presente trabajo, utilizaremos indistintamente los términos ley o norma, pues en definitiva el problema del derecho penal intertemporal atañe a ambos, las leyes en sentido estricto y a las normas en general, como por ejemplo a aquellas que provienen de los precedentes jurisprudenciales».

B) Existencia

El nacimiento jurídico de la ley penal (su existencia) comprende, varios momentos que configuran sucesiva y armónicamente su completo episodio de alumbramiento positivo⁴⁷³, antes de su efectiva entrada en vigor. Y es que, una ley puede existir, esto es, incorporarse positivamente al ordenamiento jurídico, pero aún no tener eficacia concreta alguna, es decir, no ser capaz de desplegar sus efectos. De ahí que, conceptual y pragmáticamente es importante distinguir entre su existencia (vigencia formal) y su eficacia temporal (vigencia material)⁴⁷⁴.

La primera alude a su término de vida útil, a su período de duración en el tiempo, pues se mantendrá incólume hasta que no sea derogada (en forma expresa o tácita) por otra ley posterior; o sea abrogada a través de una norma superviniente de igual rango⁴⁷⁵. Ello no implica, que durante todo el tiempo de su vida útil, haya sido fértil, esto es, que posea la aptitud de producir efectos jurídicos. La segunda, en cambio, alude a su eficacia material en el tiempo, que va desde el momento de que entra en vigor hasta

⁴⁷³ Polaino Navarrete 2015 (a): 177.

⁴⁷⁴ Esta es una distinción y clasificación propia. No me parece acertada quienes sostienen que la vigencia formal de la ley penal se extiende desde la entrada en vigor de la misma hasta su derogación. Así por ejemplo opina García-Pablos de Molina 2009: 814. No obstante, más acertada nos parece la distinción que hace Fernández, para quien: «el concepto vigencia alude a la existencia de la norma (publicada) en contraposición al concepto validez, que alude a su aplicabilidad o eficacia temporal. Sin embargo, el término validez a nuestro juicio es polisémico y puede generar diferentes sentidos, lo que hace a Fernández tener que diferenciar entre validez temporal de la norma –su eficacia en el tiempo– respecto de validez de la ley entendida como justificación moral». *Vid.* Fernández 2015: 29.

⁴⁷⁵ Fernández 2015: 9.

el momento de su derogación. Ésta última, empero, en ningún caso puede equipararse con el desuso⁴⁷⁶.

El primer paso para la existencia de una ley –penal-, es su *elaboración*. Para ello –previamente- es necesaria una iniciativa legislativa que, conforme al art. 87.1 de la Constitución española corresponde al Gobierno, al Senado, a la Asamblea de una Comunidad Autónoma y, por último, a la ciudadanía, cuando esta última logre recolectar no menos de 500,000 firmas. En cuanto al proceso de elaboración, el capítulo II de la CE, bajo el epígrafe «*De la elaboración de las leyes*», acertadamente impone la necesidad de que se adopte mediante una ley orgánica, cuya aprobación requiere de una mayoría absoluta. Este mayor grado de consenso requerido⁴⁷⁷ se encuentra plenamente justificado por la materia a regularse: los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos.

⁴⁷⁶ Ni la falta de aplicación práctica, ni el desuso consuetudinario (desuetudo), ni tampoco una extendida práctica en contrario de las prescripciones normativas, poseen la menor eficacia derogatoria de una ley. La costumbre contra legem, como fuente abrogatoria de la ley, no tiene eficacia ni reconocimiento alguno en materia penal. A lo más, la falta de aplicación práctica prolongada de una ley penal, cuando se ve acompañada de su desobediencia consuetudinaria franca, puede ser sopesada como un cambio en las valoraciones dominantes en la comunidad, lo cual no solo puede inducir al legislador a pensar una solución derogatoria, sino también a determinar que el magistrado, apreciando la desuetudo como una objetiva minoración de la fuerza motivadora de la norma penal por su pérdida de actualidad, haga jugar ese factor en la ponderación de la pena, al amparo del principio de proporcionalidad. Así, *vid.* Fernández 2015: 34.

⁴⁷⁷ La exigencia de una mayoría de mitad más uno del total de diputados que conforman las Cortes nos asegura un muy alto grado de consenso, bien porque un gobierno en minoría ha de pactar con otros grupos el texto a aprobar, de modo que el recíproco control de unos grupos políticos por otros contribuye al perfeccionamiento de la ley resultante, bien porque el partido gobernante ha obtenido mayoría absoluta y puede legislar con el solo soporte de su grupo parlamentario, que alcanza o supera la mitad más uno de las Cortes. Así, Muñoz Clares 2013: 108.

Tras el trámite parlamentario en comisión y pleno, proceso que culmina con la aprobación del proyecto por las Cortes, corresponde como segundo paso la *sanción* de la ley, de conformidad con lo prescrito en el art. 91º de la CE. La sanción es el acto solemne por el que el Jefe de Estado, dentro del plazo de quince días desde que la disposición legislativa fue aprobada por parte de las Cortes generales, confirma la ley, aprobando y refrendando la misma en señal de conformidad.

Después de la sanción, como tercer paso, mediante su *promulgación*, se declara la creación formal de la ley por parte del Jefe de Estado, quien expresa a todos los destinatarios de la misma el mandato de guardarla y de hacerla guardar.

Por último, aunque en realidad las diferencias son muy sutiles⁴⁷⁸, el Jefe de Estado ordena como paso final su inmediata *publicación*, que se hará en el Boletín Oficial del Estado (BOE). Es con la publicación -tras hacerse notoria o potencialmente patente a todos- que se puede hablar de la existencia de una ley en el ordenamiento jurídico.

C) Eficacia

Después de la publicación, queda un paso más para que la ley entre – materialmente- en vigor. Se debe superar un cierto período conocido como *latencia*, durante el cual la ley aún no tiene aplicabilidad, pudiendo por tanto quedar en suspenso o ser modificada. Así, una ley en *vacatio legis* es una mera expectativa de legalidad en la medida que antes de su efectiva

⁴⁷⁸ Sobre ello, *vid.* Muñoz Clares 2013: 109 y Jimenez de Asúa 1992: 601.

entrada en vigor no surte efecto alguno⁴⁷⁹. Si la propia ley aprobada no dispone otra cosa, entrará –de conformidad con lo establecido en el art. 2 del Cc, en vigor recién a los veinte días de su publicación en el BOE⁴⁸⁰.

Cuando el tiempo de *vacatio* es muy extenso⁴⁸¹, debido a la complejidad de la ley y/o su carácter más o menos novedoso -por tanto, sometido a mayores exigencias interpretativas-, se abre una mayor posibilidad a la aparición de una ley intermedia, aprobada durante ese lapso de latencia – anterior a la comisión del delito y a la finalización de esa *vacatio legis*-, que pese a ello puede llegar a convertirse en la ley aplicable (aunque ya no vigente), al momento de tener que someter a proceso penal al imputado.

Es una vez superada la *vacatio*, que la ley alcanza eficacia, adquiriendo a partir de ese momento potencialidad de aplicabilidad, esto es, pese a ya encontrarse plenamente en vigor, sólo desplegará sus efectos cuando le competa regular un específico acontecimiento. Una norma vigente -en sentido material- puede carecer sin embargo de aplicabilidad

⁴⁷⁹ Así, Muñoz Clares 2013: 109.

⁴⁸⁰ En ocasiones la *vacatio legis* es más corta, declarando muchas veces que su entrada en vigor se producirá al día siguiente de su publicación completa en el BOE y hasta el mismo día de su publicación, como ocurrió, entre otros, con el Real Decreto Ley 25/2012, de 7 de septiembre, que aprobaba medidas urgentes para paliar los daños producidos por los incendios forestales y otras catástrofes naturales ocurridas en varias comunidades autónomas. Así, Muñoz Clares 2013: 110.

⁴⁸¹ Como por ejemplo, el período de *vacatio* establecido para la LORPM, que establecía para sí misma una *vacatio* de un año, que fue aprovechada por el Ejecutivo para lanzar y aprobar un proyecto de reforma de la ley antes de su efectiva entrada en vigor. Así, Muñoz Clares 2013: 110. Un supuesto *sui generis* de *vacatio legis* existió en el ordenamiento jurídico español como consecuencia del recurso previo de inconstitucionalidad, previsto en el art. 79.2 de la LOTC (anterior redacción), recurso que hasta su resolución paralizaba la entrada en vigor de la ley (recte: Proyecto de Ley) aprobada por el Parlamento. *Vid.*, García-Pablos de Molina 2009: 816.

para regular un determinado hecho, bien por ser más desfavorable que la anterior (con lo cual corresponderá la aplicación ultractiva de la ley antigua más benigna), o bien en la hipótesis inversa, por ser más beneficiosa, en cuyo supuesto corresponderá su aplicación retroactiva, pese a que no se encontraba vigente al momento del hecho⁴⁸². Consecuentemente, como señala Fernández, el núcleo de la cuestión no pues es de una estricta vigencia cronológica, sino que se trata de un *topos* de aplicabilidad de la ley, que puede ultrapasar los límites cronológicos de puesta en vigor y de vigencia de una norma⁴⁸³.

Así pues, definir –sobre todo- diferenciar la *existencia* (vigencia formal) de la *eficacia* (vigencia material) de la ley, no sólo responde a un compromiso teórico, sino que tiene consecuencias prácticas en los supuestos de sucesión de leyes en el tiempo, en los que se advierte una clara interferencia y correlación entre sí de tres momentos temporales: el de comisión del delito, el de entrada en vigor de una ley sucesiva, y finalmente, el del enjuiciamiento penal. Toda esta compleja problemática será abordada más adelante.

⁴⁸² En esta línea Suárez Collía 2005: 135: «Esta problemática entre *vacatio* vs entrada en vigor se puso de manifiesto con el hoy derogado art. 24 del Código penal de 1973 que suscitaba la duda de si tal efecto retroactivo a favor del reo debía entenderse restrictivamente, esto es, a partir de la entrada en vigor de la Ley, no durante su “*vacatio legis*”; o bien, si no procedía tal distinción, porque el art. 24 del CP se refería de forma inequívoca, al momento de la “publicación” de la ley, y no –como hace el Código penal de 1995- al posterior de su “entrada en vigor».

⁴⁸³ Fernández 2015: 30.

D) Extinción

La vigencia material de una ley concreta cesa: a) por otra ley posterior, que, expresamente deroga la primera, o que tácitamente la abroga, por contener disposiciones contrarias o regular de modo completo la materia tratada en la anterior; b) por llevar en el propio texto o en el de otra ley, de igual o superior rango, la fecha de su caducidad (leyes temporales); c) por haber desaparecido el objeto o las circunstancias personales que le dieron nacimiento⁴⁸⁴ y d) por decisión judicial.

En el primer supuesto, la derogación o abrogación⁴⁸⁵, puede ser expresa o tácita. Una cláusula derogatoria expresa es la contenida en la disposición derogatoria única, apto. 1º del CP, que cita, de forma explícita, una serie de leyes, disposiciones y reglamentos anteriores; mientras que, un claro ejemplo de derogación tácita lo podemos encontrar en el apartado 2 de la misma disposición, que establece: «*Quedan también derogadas cuantas normas sean incompatibles con lo dispuesto en este Código*». Esta modalidad -muchas veces difusa e imprecisa- de derogación, revela una peligrosa dejadez por parte del legislador que, como puntualiza García-Pablos De Molina, requiere de una interpretación jurídica previa muy

⁴⁸⁴ Jimenez de Asúa 1992: 603

⁴⁸⁵ Desde el punto de vista técnico-legislativo hay quienes diferencian entre abrogación, que se verificaría cuando la nueva ley dispone que otra anterior quede sin efecto; subrogación, la cual supone el reemplazo de una ley por otra, y por último, la derogación en sentido estricto, que opera cuando una nueva ley modifica parcialmente la anterior. Empero, dicha diferenciación no reporta mayor utilidad para orientar la interpretación dogmático-penal, si bien las hipótesis de reforma de las figuras delictivas -vale la pena formular la salvedad- constituyen supuestos de estricta subrogación de leyes. Así, Fernández 2015: 30.

cautelosa de la norma cuya incompatibilidad con la ley posterior se afirma, en salvaguarda del principio de certeza y de separación de poderes⁴⁸⁶.

El segundo supuesto se presenta cuando se dictan leyes coyunturales, para regir en circunstancias de zozobra o defensa social más rigurosa que, por su carácter transitorio, se prevé que cesarán en un determinado plazo. Si bien estas leyes, al término establecido en su propio texto, cesan, en realidad, más bien se solidifican en el sistema jurídico, pues todo hecho o situación que haya acontecido durante su vida cronológica, aún cuando se hayan sucedido varias leyes posteriores más benignas y proporcionales, mantendrán su aplicabilidad plena y total. Así ocurrió, por ejemplo, con la llamada ley de anarquismo, de 2 de septiembre de 1986, que agravaba las penas de la 10 de junio de 1984⁴⁸⁷.

El tercer supuesto, hoy por hoy casi inexistente, es el relativo a las leyes que se dictan con un objetivo concreto y para ciertas circunstancias, que luego cesan, cuando termina el objeto o desaparecen las circunstancias que le dieron vida, pese a que no se les ha derogado expresamente ni tenían en el texto fecha de caducidad prefijada. Así aconteció con las disposiciones que durante los años 1916 a 1919 definieron como delito o falta el acaparamiento de sustancias alimenticias y combustibles⁴⁸⁸.

El último supuesto es el más problemático: la derogación judicial, que se produce por la declaración de inconstitucionalidad de una ley por

⁴⁸⁶ García-Pablos de Molina 2009: 816.

⁴⁸⁷ Sobre este ejemplo, *vid.* Jimenez de Asúa 1992: 604.

⁴⁸⁸ Estas disposiciones se establecieron para cortar en España turbios negocios de los acaparadores durante la primera gran guerra y en los días inmediatos que la siguieron, y cancelaron su vigencia al terminar las circunstancias por las que fueron dictadas, aunque no se les haya puesto término de modo expreso. *Vid.* Jimenez de Asúa 1992: 604.

parte del TC, de conformidad con el art. 38 de la LO 2/1979, de 3 de octubre. Se trata -en esencia- de una suerte de legislación penal negativa, que opera i) de pleno derecho, ii) *erga omnes*, iii) sin efectos *ex tunc* y iv) que además tiene valor de *cosa juzgada*⁴⁸⁹; por lo que, cualquier magistrado, una vez emitido el fallo, debe proceder a la aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional que se ha declarado infringida por la ley. Sin embargo, la cuestión de compleja solución se presenta cuando en función de la declaración de inconstitucionalidad de la ley aplicada en su momento pudiera aplicarse retroactivamente una ley posterior más benigna. De esto me ocuparé más adelante⁴⁹⁰.

Como se puede apreciar, el mero dato -frío y objetivo- de que la vida de una ley ha cesado, no impide la posibilidad de su resurrección. Así, cuando el CC en su art. 2.2º establece que con la derogación de una ley no recobran vigencia las que estás hubiere derogado, se refiere únicamente a la vigencia –material- de la ley, más no su eficacia concreta para regular un hecho determinado. La derogación de una ley no implica que pierda su potencialidad de aplicabilidad y, menos aún, que ya no pertenezca al orden jurídico. En primer lugar, como se ha visto, una ley derogada legal o judicialmente puede aún aplicarse y atrapar hechos, tanto hacia el futuro (ultractivamente) como hacia el pasado (retroactivamente). La derogación por tanto de una ley sólo nos ofrece un límite cronológico. En segundo lugar, una ley derogada expresa el rechazo del sistema jurídico actual, más no del orden jurídico. Mientras que el primero se refiere al conjunto de disposiciones legales vigentes, el segundo se refiere a todo el universo de sistemas jurídicos que se suceden unos tras otros a lo largo del tiempo.

⁴⁸⁹ Art. 38 de LOTC

⁴⁹⁰ En Fernández 2015: 45, se explica con más detenimiento cómo un recurso extraordinario de revisión que puede plantearse en estos casos.

Esta distinción resulta de vital transcendencia, porque puede ayudar a diferenciar dos fenómenos que pueden confundirse desde algunos puntos de vista: la derogación y la declaración de invalidez. Así, mientras la derogación supone la expulsión del sistema jurídico actual, pero no del orden jurídico, en la medida en que la norma sigue perteneciendo a los sistemas jurídicos anteriores, la declaración de nulidad de una norma jurídica supone la expulsión de la misma, no sólo del sistema jurídico actual, sino también de todos los sistemas jurídicos anteriores que también pertenecen al orden jurídico⁴⁹¹.

III. Principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes penales

A) La irretroactividad como regla

Cuando se presenta una sucesión de leyes penales en el tiempo⁴⁹², surge la necesidad de seleccionar una de ellas para la resolución del conflicto penal, siendo los principios que ordenan la eficacia de las normas jurídico-penales en el ámbito temporal⁴⁹³, aunque en doctrina se pueda

⁴⁹¹ Frígols I Brines 2004: 134.

⁴⁹² Sobre el alcance y contenido del concepto de «sucesión de leyes penales», y su relación con el principio de irretroactividad de las leyes penales, *vid.* Muñoz Conde y García Arán 2004: 138-140.

⁴⁹³ En este sentido, Polaino Navarrete 1976: 589, señala: «La solución del conflicto de la vigencia cronológica de leyes penales temporales ha de inspirarse, igual que el surgido entre leyes penales "ordinarias", en los genuinos principios científicos informadores y regulativos de todo ordenamiento jurídico punitivo; y dentro de ellos, acaso de un modo singular respecto a la conexión de referencia, en el principio de legalidad —que a su vez importa, necesariamente, el de irretroactividad de la ley penal— y en el principio de retroactividad de la ley penal más benigna. Tales axiomas se presentan como portadores de un sentido positivo —no acorde uno y en cambio negativo el otro en relación a una

hallar otras clasificaciones⁴⁹⁴, los de: i) irretroactividad (como regla), ii) retroactividad (como excepción) y iii) ultractividad (como consecuencia derivada).

La regla general ante una sucesión normativa en materia penal y que se encuentra íntimamente ligada a la finalidad preventivo-general de la pena⁴⁹⁵, es la prohibición de aplicar retroactivamente una norma penal más desfavorable al imputado que la vigente al momento de la comisión del delito⁴⁹⁶. Esta exigencia pertenece al núcleo esencial del principio de legalidad penal⁴⁹⁷ y comporta, en palabras del TC español, la imposibilidad

regla general, sino ambos "afirmativos" en condiciones de paridad axiológica—, y como comprensivos de un valor precisamente complementario entre sí».

⁴⁹⁴ La doctrina suele identificar hasta cinco supuestos: ultractividad, retroactividad, irretroactividad, extractividad e hiper-retroactividad.

⁴⁹⁵ Sobre la vinculación entre irretroactividad y prevención general, *vid.* Bramont-Arias Torres 2004: 313; Caro Coria 2004: 55-56; Maurach 1998: 196.

⁴⁹⁶ Los problemas derivados de la eficacia de la ley penal en el tiempo no pueden ser resueltos en su totalidad por esta garantía constitucional. La eficacia temporal de las leyes penales no se agota con la vigencia de la irretroactividad. La regla del *tempus comissi delicti* juega un papel fundamental. *Vid.* González Tapia 2002: 75.

⁴⁹⁷ Así, De Vicente Martínez 2004: 156-158, a propósito de las SSTC 8/1981 de 30 de marzo de 1981, 89/1993 de 12 de marzo de 1993 y 21/1993 de 18 de enero de 1993. En esta último el TC señaló: «5. Resta por examinar, en torno al principio de legalidad, si se ha efectuado una aplicación retroactiva de la sanción contenida en el art. 586 bis del Código Penal in malam partem, pues, a juicio del recurrente, la pena que contempla el precepto aplicado vulneraría también dicho derecho fundamental al imponerle una consecuencia para el hecho punible de mayor gravedad que la prevista en la norma vigente en el momento de su comisión. El fundamento del principio de irretroactividad de la Ley penal se identifica con el del principio nullum crimen, nulla poena sine previa lege, es decir, con la garantía del ciudadano de que no será sorprendido a posteriori con una calificación de delito o con una pena no prevista o más grave que la señalada al tiempo del hecho. Pero si un correcto entendimiento del principio de irretroactividad de la Ley penal, inmerso como dijimos en las SSTC 8/1981 y 15/1981 en el de legalidad, significa que no es posible aplicar una ley desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, al mismo tiempo indica que los efectos de una ley perjudicial cesan cuando ha terminado su tiempo de vigencia, bien porque en una sucesión normativa se contemple la situación más benignamente o porque tal situación haya dejado de

de: «aplicar una ley desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, al mismo tiempo indica que los efectos de una ley perjudicial cesan cuando ha terminado su tiempo de vigencia, bien porque

contemplarse. Es decir, en el ámbito del Derecho Penal, la estricta prohibición de retroactividad que incluye el art. 25.1 C.E. está referida a la retroactividad en perjuicio del reo, dado que aquélla ha de ceder allí donde, en lugar de cumplirse el fin perseguido por la irretroactividad -protección del autor frente a las penas sobrevenidas-, se produciría un perjuicio para el sujeto. Por estos motivos, el Código Penal, tras consagrar en su art. 23 el principio de irretroactividad de la Ley penal, señala a continuación que las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta. De acuerdo con ello, resulta que la única posibilidad legal de que el Tribunal de apelación haya aplicado en este caso una sanción no prevista en el momento de producirse la falta se encontraría en la circunstancia de que ésta resultase más favorable al autor de la infracción. A juicio del demandante, la pena que le ha sido impuesta es superior a la prevista por la Ley en el momento de cometerse los hechos enjuiciados, pero como dijimos en la STC 131/1986, y también en los AATC 369/1984 y 471/1984, el principio de retroactividad de la Ley penal más favorable conlleva la aplicación íntegra de la Ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la Ley anterior, siempre que el resultado final suponga beneficio para el reo. Mientras en la anterior previsión normativa (art. 586.3º Código Penal) la imprudencia enjuiciada estaba castigada con tres penas conjuntas (multa, reprensión privada y privación del permiso de conducir), en la actual redacción (art. 586 bis) producida con la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 3/1989, el mismo hecho se castiga con una única pena (alternativamente arresto menor o multa) a la que potestativamente, no necesariamente como en el caso anterior, puede unirse la privación del permiso de conducir. No resulta pues irrazonable estimar, como aprecia también el Ministerio Fiscal, que el resultado final, o, lo que es lo mismo, la pena concreta impuesta al recurrente le resulta más beneficiosa, ya que, de haberse elegido la penalidad contenida en el anterior art. 586-3º del Código Penal, junto con la pena de multa necesariamente debería haberse impuesto la de privación del permiso de conducir, mientras que con el precepto seleccionado por el órgano judicial (art. 586 bis), el recurrente únicamente ha sido sometido a una sanción pecuniaria. Es más, adoptar la solución que propone el actor -para quien la única sanción a considerar hubiera sido la multa en la cuantía prevista en el art. 586.3º- supondría la creación ex novo de una penalidad para el hecho previsto en la norma que, realmente, se traduce en una inadmisibles asunción de funciones legislativas por el Tribunal sentenciador». También, *vid.* Polaino Navarrete 2004: 330.

en una sucesión normativa se contemple la situación más benignamente o porque tal situación haya dejado de contemplarse»⁴⁹⁸.

Se proscribe así, la retroactividad de disposiciones desfavorables y se consagra por ende la irretroactividad penal como principio⁴⁹⁹, regla⁵⁰⁰ y derecho⁵⁰¹ en caso de conflicto de leyes penales. Conforme al principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial, no es admisible que al imputado se le aplique una norma penal que era inexistente al momento en que tomó la decisión de contrariar el ordenamiento jurídico. Con ello, se garantiza que todo cambio de valoración y de actualización del Derecho penal sólo tenga efectos hacia el futuro⁵⁰² y no regule situaciones preexistentes. Siguiendo a Zugaldía Espinar «*toda persona tiene derecho a poder calcular la trascendencia jurídica de sus actos en el momento en que los realiza, sin tener que contar con los cambios de valoración que de esos mismos hechos pueda hacer posteriormente el legislador*»⁵⁰³.

Esta exigencia de la irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, contenida en el art. 9.3 de la CE, ha sido desarrollada *in extenso* por el TC⁵⁰⁴. Y es que, sólo en la medida en que los destinatarios conozcan o puedan conocer *ex ante* el contenido prohibitivo de la norma, para que adquiera legitimidad el recurso al

⁴⁹⁸ Así, el fundamento N° 5 de la STC N° 21/1993 de 18 de enero.

⁴⁹⁹ *Vid.* Frígols I Brines 2004: 272.

⁵⁰⁰ *Vid.* Rodríguez Devesa y Serrano Gómez 1994: 209; Bustos Ramírez 2004: 595.

⁵⁰¹ Para el Tc, conforme a la STC 73/1982, la irretroactividad constituye además un principio subjetivo para el ciudadano. En el mismo sentido, *vid.* STC 293/2006.

⁵⁰² En este sentido, Velásquez Velásquez 2002: 138., señala que la ley penal: «rige para el futuro, lo cual es apenas obvio, puesto que las normas se dictan para gobernar tiempos venideros y no el pasado, de donde se desprende que –en principio– no poseen efectos retroactivo y los derechos adquiridos se rigen por la ley anterior».

⁵⁰³ Zugaldía Espinar 2004: 275

⁵⁰⁴ Por todas, *vid.* STC 42/1986 de 10 de abril.

Derecho penal como mecanismo de protección de bienes jurídicos⁵⁰⁵. Incluso, desde una perspectiva funcionalista, sólo aquella norma conocible *ex ante* por el ciudadano puede ser quebrantada y susceptible de ser reafirmada por el Derecho penal⁵⁰⁶.

Si bien este principio no pertenece de modo exclusivo al Derecho penal, sino a todo el ordenamiento jurídico; no obstante, en materia penal la vigencia del principio de irretroactividad constituye una de las mejores autolimitaciones que el Estado puede realizar en el ejercicio de su *ius imperium*⁵⁰⁷; debiéndose precisar, que este mandato, no sólo está dirigido al legislador, sino también al juez, a quien finalmente le corresponde determinar la norma penal aplicable en caso de una sucesión de leyes penales en el tiempo.

Esta mayor importancia de la prohibición de retroactividad en el ámbito penal, también se explica, como ha sido relevado en el capítulo anterior, ante la necesidad de frenar las tentaciones políticas que motivan cambios normativos *ad hoc* y un uso simbólico del Derecho penal con fines de respuesta pública al clamor popular o de mera satisfacción de intereses políticos. Es decir, responde a la *necesidad de neutralidad* en el ejercicio del *ius puniendi*. Así, Roxin, en una de las mejores construcciones que ofrece la doctrina del *por qué* impedir la aplicación retroactiva de leyes penales, señala:

⁵⁰⁵ El conocimiento anterior de la conducta prohibida, así como del marco penal, es una exigencia derivada de la función motivadora de la norma penal y ésta, a su vez, un medio imprescindible para la protección de bienes jurídicos. En este sentido, Muñoz Conde y García Arán 2004: 61-62.

⁵⁰⁶ Sobre la concepción de Jakobs respecto a la función social del derecho penal y la prevención general positiva como restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma, *vid.* Peñaranda Ramos 1998: 15-21.

⁵⁰⁷ Castillo Alva 2004a: 102.

*«La prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad político jurídica por el hecho que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar a posteriori las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. Pues bien, impedir que se produzcan tales leyes ad hoc, hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho».*⁵⁰⁸

En síntesis, esta garantía derivada del principio de legalidad penal, que en extenso se verá en el capítulo IV, impide la creación de *ius poenale* para regular hechos pasados. Las leyes penales deben tener una vocación de futuro, es decir, regular situaciones proyectadas por el legislador y no acaecidas, pues de lo contrario, se abre paso a peligrosas manipulaciones políticas (en contra o a favor del imputado), que no deben permitirse en un Estado de Derecho en el que víctima y ofensor merecen tutela. Mientras mayor el grado de objetividad e indiferencia con el que se ejerce el *ius puniendi* (es decir sin importar quién se somete al poder penal,) más legítimo será el recuso a este instrumento violento de control social. Me inclino por tanto a la tesis de irretroactividad absoluta o estricta⁵⁰⁹, aunque con ciertos matices que explicaré más adelante.

⁵⁰⁸ Roxin 1997.

⁵⁰⁹ Según Creus 2011: 92: «para la tesis de la irretroactividad absoluta o estricta, se aplica la ley del momento del hecho, sin consideración a las diferencias de consecuencias jurídicas, ya que fue durante su vigencia cuando quedó establecida la relación jurídico-

B) La retroactividad como excepción

La regla general de irretroactividad tiene como excepción aquellos casos en los que corresponde la aplicación de la ley posterior por ser más favorable al reo⁵¹⁰. Efectivamente, si como consecuencia de una reevaluación de la política criminal se dictase una nueva ley, pues, a criterio del legislador, la conducta tipificada en la antigua ley ya no es merecedora de pena o le corresponde una menor desaprobación jurídica, es factible que ésta –la nueva ley- surta efectos hacia atrás, desplazando en su camino a todas aquellas leyes -incluso a aquella vigente al momento del delito- más perjudiciales para el imputado⁵¹¹. Se parte de la idea de que si el mismo supuesto de hecho es objeto de un a nueva valoración más benévola, es absolutamente razonable que las nuevas pautas axiológicas, más ajustadas a las valoraciones sociales del momento, se apliquen de manera retroactiva⁵¹².

En España la CE de 1978 no menciona expresamente la posibilidad de aplicación retroactiva favorable al reo en el art. 25.1, así como tampoco

penal. En cambio, para la retroactividad relativa, si bien la ley penal aplicable como principio es la del momento del hecho, el principio se excepciona cuando la nueva ley que rige en el momento del fallo resulta más benigna para el imputado, puesto que –se dice- ésta es la que mejor responde a las necesidades actuales de la sociedad y sería inútilmente gravoso seguir aplicando reglas cuya inexistencia ha dejado de ser necesaria.»

⁵¹⁰ Blanco Lozano 2004: 300, tomo I.

⁵¹¹ Así, Polaino Navarrete 1976: 589, sostiene: «El principio de legalidad se coordina y perfecciona con el de retroactividad de la ley penal más favorable. Basta contemplar ésta desde la perspectiva de su contenido material, para advertir que tiene como consustanciales un fundamento tutelar de garantía jurídica y unos fines de prevención general y especial, cuya inobservancia en el momento de proceder a aplicar la correspondiente sanción (por haberse entretanto alterado hipotéticamente el sentimiento jurídico y las pautas de valoración normativa) supondría infringir los límites nomológicos de una legalidad descriptiva de acciones típicas que conforme a su naturaleza se caracteriza por constituir un ser jurídico, no estático ni perpetuo, sino incesantemente dinámico y progresivo».

⁵¹² Así, Suárez Collía 2005: 178.

en el art. 9.3, que sólo prohíbe la retroactividad de lo desfavorable; sin embargo, ello no ha sido óbice alguno para su reconocimiento, pues se entiende que si la prohibición de retroactividad de la ley penal perjudicial es una consecuencia del principio de legalidad penal y, éste, a su vez, constituye un límite para el Estado y una garantía para el ciudadano, la aplicación retroactiva de las leyes penales que benefician al reo no lesiona su contenido⁵¹³. Empero ¿Cuándo podemos hablar propiamente de retroactividad? Para ello, hay que detenerse a analizar cuál es el concepto que mejor la define, pues solo a partir de dicha delimitación previa podemos realmente permitir o negar -en un caso concreto- aplicabilidad a una ley penal que sucede a otra en el tiempo⁵¹⁴. Seguidamente se abordará ese estudio.

1. Clases de retroactividad

Dentro de las posibles clases de retroactividad⁵¹⁵, dos son las de mayor consenso: la retroactividad expresa y la retroactividad tácita. La primera se manifiesta cuando el efecto ha quedado materializado

⁵¹³ Muñoz Conde y García Arán 2004: 141.

⁵¹⁴ Si bien lo óptimo, en apariencia, sería que cada nueva ley incorporase en su articulado las disposiciones transitorias oportunas que solventasen todos los problemas posibles en relación a su eficacia en el tiempo, lo cierto es que es un ideal irrealizable, ya que siempre existirá un espacio de indeterminación.

⁵¹⁵ En doctrina, un sector, siguiendo lineamientos marcados por la jurisprudencia española que se basan en los puntos de vista sustentados por Roubier, ha intentado distinguir a la llamada retroactividad auténtica que se presenta cuando la ley posterior proyecta sus efectos a actos, situaciones o relaciones jurídicas llevadas a cabo y agotadas antes de la vigencia de la nueva ley. Ella se diferencia de la retroactividad impropia, que es aquella en la cual es posible apreciar los efectos derivados de la ley nueva que pretenden regir situaciones anteriormente constituidas, pero aún no concluidas. Así Fierro 2003: 264.

inequívocamente en el texto de la norma⁵¹⁶, esto es, cuando se realiza una proclamación formal, clara e indiscutible de su aplicación retroactiva. Aquí, es el propio legislador quien precisa, al dictar una ley, su retroactividad, alcance y grado. En estos casos no queda otra posibilidad de oposición que cuestionar su constitucionalidad⁵¹⁷.

La segunda (retroactividad *tácita*), muchas veces confundida con la implícita⁵¹⁸, se produce en todos aquellos casos que por el sentido o finalidad de la ley resulte patente la intención del legislador de darle efecto retroactivo⁵¹⁹. Aquí, la *ratio legis* es el método de interpretación a seguir para esclarecer el efecto que el legislador proyectaba, exista o no disposición expresa en tal sentido. En otras palabras, lo relevante es que el contenido de la nueva norma penal revele que para sea aplicada resulta imprescindible darle efecto retroactivo⁵²⁰. Esta suerte de retroactividad

⁵¹⁶ López Menudo 1981: 73, distingue a su vez la retroactividad expresa según la ley ordene el cambio normativo organizadamente o de modo inorganizado.

⁵¹⁷ (por vulneración al art. 9.3 y eventualmente 25 de la CE). Así, se expresa Collía 117.

⁵¹⁸ Así, López Menudo 1981: 74-75, para quien: «la retroactividad implícita es aquella que es deducible de interpretación, o sea, aquella que “aún no declarada expresamente, no puede ser discutida cuando la nueva ley revela de modo claro o indudable que, para su aplicación, se le ha de dar aquel efectos de modo necesario”. La retroactividad tácita se distingue de la implícita en que ésta última es el resultado de una particular operación interpretativa».

⁵¹⁹ Verdera Izquierdo 2006: 97.

⁵²⁰ Así, la STS de 5 de julio de 1986 (RJA 3955): «El mandato retroactivo tácito de la norma es reconocible, según la doctrina científica y la jurisprudencia, cuando así se derive del sentido, carácter y finalidad de la ley, lo que, con independencia de otros supuestos de orden técnico reativos a las disposiciones interpretativas y procesales, sucede cuando el contenido de la nueva norma revele que para que sea aplicada es imprescindible darle aquel efecto –Sentencias de 26 de noviembre de 1934 (RJA 1843); 17 de diciembre de 1941 (RJA 1425); 23 de octubre de 1982 (RJA 5803)». En Verdera Izquierdo 2006: 98.

*natural*⁵²¹ de ciertas leyes, en razón de su naturaleza, se encuentra en diversos tipos de normas, como se verá a continuación.

En primer lugar, en las interpretativas o aclaratorias, cuya vigencia real se entiende debe retrotraerse al momento en que inicia a desplegar efectos la norma que interpretan, pues ésta no constituye una regulación nueva, sino que declara una preexistente. Muchos sostienen que en realidad estas leyes no suponen una verdadera retroactividad, ya que al interpretar la anterior forman parte de aquella para integrarla, por lo tanto se trata de una retroactividad más aparente que real⁵²².

En segundo lugar, en las disposiciones reglamentarias, las que, al igual que las anteriores, se consideran que no modifican los derechos u obligaciones contenidos en la ley que desarrollan, limitándose sólo a facilitar la aplicación de la ley, completándola y fijando reglas para su cumplimiento⁵²³. Por lo tanto, se aplican desde aquel momento en que la norma desarrollada adquirió validez, con independencia del lapso de tiempo transcurrido entre una y otra.⁵²⁴

En tercer lugar, se encuentran las normas de carácter procesal, las cuales son de aplicación inmediata a todos los procedimientos en curso, pendientes en el momento de entrar en vigor la nueva ley⁵²⁵, con

⁵²¹ Así, Verdura Izquierdo 2006: 100.

⁵²² Así, Verdura Izquierdo 2006: 100.

⁵²³ Suárez Collía 2006: 118. Para más detalle, *vid.* Vaquer Caballería 2010: 84 ss.

⁵²⁴ Estas clases de normas presentan la siguiente problemática: ¿Qué pasa si entre la norma A (principal) y la norma B (interpretativa o complementaria) se produce un hecho punible y, a la vista del mismo, el legislador, producto de la exaltación del momento, le da un sentido más desfavorable en perjuicio del imputado, al cual ya conoce.

⁵²⁵ Verdura Izquierdo 2006: 105.

independencia del momento de comisión del delito. Si bien se reconoce la prohibición de retroactividad en este ámbito, el problema aquí estriba en el punto de referencia temporal con el que se aprecia cuándo es retroactiva una ley procesal. Si bien en esta materia rige la regla del *tempus regit actum*⁵²⁶, esto es, la norma vigente al momento de realización del acto procesal, en la práctica existen excepciones a dicha regla cuando se afectan derechos fundamentales del imputado, lo que se revisará con detenimiento en el capítulo VII.

2. Conceptualización en función de sus distintos grados

En su acepción vulgar y más simple⁵²⁷, retroactividad significa *accionar hacia atrás*, lo que implica que los hechos y sus efectos acaecidos en el pasado no deben ser alterados por las nuevas leyes. Sin embargo, esta definición no permite solucionar todos los casos de sucesión de leyes en el tiempo, debido a su elasticidad conceptual e indeterminación⁵²⁸. La formulación de un concepto abstracto o a priori que defina con claridad necesaria qué debe entenderse por retroactividad a efectos generales, es de tamaña dificultad⁵²⁹, que la dogmática jurídico-penal ha optado por recurrir a los distintos grados en que la misma puede manifestarse⁵³⁰, para intentar

⁵²⁶ Entre otros, Calderón Cerezo y Choclán Montalvo 2005: 59; Cobo Del Rosal y Vives Antón 1999: 205; Berdugo Gómez De La Torre 2004: 58.

⁵²⁷ Así y por todos López Menudo 1981: 27.

⁵²⁸ Así, López Menudo 1981: 4.

⁵²⁹ Frígols I Brines 2004: 41, relievra que: «el concepto de retroactividad es un problema constante de la dogmática jurídica, que no se encuentra absolutamente definido. Para Díaz Anarte, 65, no es posible encontrar una norma de conflicto general que se erija en único criterio válido para resolver las antinomias entre disposiciones normativas que se suceden en el tiempo».

⁵³⁰ Díaz Anarte 2002: 60.

superar el carácter equívoco del concepto. Son tres los grados reconocidos: i) máximo, ii) medio y iii) mínimo.

Se entiende que una norma tiene eficacia retroactiva en grado máximo cuando se aplica a relaciones jurídicas consagradas, nacidas al amparo de una ley anterior en el tiempo, incidiendo la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos, consumados o no. Esta clase de retroactividad, también conocida como auténtica, fuerte, pluscuamperfecta o genuina hace referencia a aquellos supuestos en que la retroactividad alcanza incluso a hechos, no sólo pasados, sino sobre los que ha recaído sentencia firme⁵³¹, de ahí que se le conozca como retroactividad de *efectos expropiatorios*⁵³². Son claros exponentes de ésta los ejemplos de la doctrina civilista sobre la legislación relativa al divorcio⁵³³.

Esta clase de retroactividad es poco frecuente, se produce generalmente en situaciones de total anormalidad, como cambios revolucionarios, conflictos bélicos o en secuelas de los mismos, donde se materializa una ruptura radical con la legislación precedente. Un ejemplo de ello lo tenemos en los Tribunales Militares de Núremberg, creados *ex post facto*, en los que se impusieron doce penas de muerte, tres de cadena perpetua, además de otras cuatro privaciones de libertad, respecto de hechos producidos con anterioridad a la promulgación del acuerdo de 1945⁵³⁴.

⁵³¹ Verdera Izquierdo 2006: 87.

⁵³² Así Acedo, citado por Verdera Izquierdo 2006: 87.

⁵³³ Ejemplo clásico de este tipo de retroactividad lo hallamos en la Ley de 23 de septiembre de 1939, derogatoria de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, en la que: “se declaraban nulas las sentencias firmes de divorcio vincular dictadas por tribunales civiles a tenor de aquella ley derogada, respecto de matrimonios canónicos, hayan o no pasado los cónyuges a uniones civiles posteriores.

⁵³⁴ Suárez Collía 2005: 125.

Igual de cuestionable⁵³⁵, pese a su favorabilidad, puede llegar a ser la aplicación retroactiva de grado máximo de una nueva ley penal *in bonam partem*, como por ejemplo, cuando hubiese recaído sentencia firme y la pena se haya cumplido en su integridad⁵³⁶.

Por su parte, la retroactividad de grado medio implica la aplicación de la nueva ley solamente a los efectos jurídicos de la relación básica que todavía no se han consumado en el momento en que la nueva disposición entra en vigor; es decir, se limita a regular aquellas consecuencias nacidas o que hubieran de ejecutarse una vez superada su *vacatio*⁵³⁷. Aquí la ley nueva respeta el acto o hecho inicial y sus efectos consumados o agotados, más no los pendientes⁵³⁸, que todavía no están cerrados. Estos podrían ser los casos en los que hubiese recaído sentencia firme, pero ésta todavía no se está ejecutando, o aquellos en los que hubiese recaído sentencia firme y la sentencia se esté ejecutando, pero aún no se haya cumplido⁵³⁹.

⁵³⁵ Ésta retroactividad es de dudosa constitucionalidad, así lo viene a afirmar, entre otras, las SSTS 16 de junio de 1990 (RJA 2264), 16 de junio de 1993 (RJA 4839). Así también, por ejemplo, la STC 35/1987, de 18 de marzo que señala que: «a pesar de no existir en la cláusula final de la Constitución, ni en ningún otro pasaje del Texto constitucional precepto alguno que establezca su retroactividad en términos generales o en relación con los derechos fundamentales, la Constitución tiene la significación primordial de establecer un orden de convivencia, singularmente en relación con derechos fundamentales y libertades públicas, debiendo por ello reconocerse que pueda afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad (...) Pero esta doctrina de carácter general debe ser concretada caso por caso, teniendo en cuenta sus particularidades, sin admitir en ningún supuesto una retroactividad de grado máximo...» En Verdera Izquierdo 2006: 89.

⁵³⁶ En este último caso, si bien la pena ya cumplió su cometido preventivo especial, se admite la retroactividad favorable para suprimir los efectos de otras circunstancias perjudiciales para el reo, como es el caso de los antecedentes penales. En este sentido, Zugaldía Espinar 2004: 280.

⁵³⁷ Suárez Collía 2005: 125.

⁵³⁸ Verdera Izquierdo 2006: 90.

⁵³⁹ Verdera Izquierdo 2006: 90.

Finalmente, la retroactividad en grado mínimo se da cuando la nueva ley se aplica únicamente a los efectos de la relación jurídica nacida bajo el imperio de una ley anterior que hubieran de desplegarse sólo después de comenzar la vigencia de la nueva ley. A diferencia de la retroactividad de grado medio, en la que la nueva ley se aplica a los efectos de la relación jurídica que nazcan o hayan de ejecutarse con posterioridad a su vigencia, la retroactividad en grado mínimo lo es exclusivamente de los efectos que nazcan⁵⁴⁰. Se le considera tan débil que, para muchos, no existe realmente aplicación retroactiva⁵⁴¹. Así, por ejemplo, en la STS de 26 de enero de 1980 se estableció que: *«en puridad de doctrina, sólo puede hablarse de irretroactividad cuando se someta a la nueva situación normativa hechos pertenecientes definitivamente al pasado y, por tanto, no existe aplicación retroactiva cuando se sujeten a la norma nueva los hechos todavía subsistentes en el tiempo»*⁵⁴².

3. Conceptualización en función de las doctrinas iusprivatistas

Además de la distinción por grados, la doctrina científica ha elaborado diferentes teorías que contribuyen a la configuración técnica de los límites de la retroactividad⁵⁴³. Teorías sobre cuándo deben ser retroactivas y cuándo no las normas. Sin embargo, más allá de los aportes de las mismas, lo cierto es que, como se verá seguidamente, no existe una que por sí sola sirva como pauta general para resolver los contrastes de las disposiciones normativas que se suceden en el tiempo. Siempre habrán

⁵⁴⁰ Suárez Collía: 127.

⁵⁴¹ Así, por ejemplo, Díaz Anarte 2002: 61.

⁵⁴² Jurisprudencia citada en Verdera Izquierdo 2006: 92.

⁵⁴³ Jurisprudencia citada en Verdera Izquierdo 2006: 92.

zonas templadas de retroactividad⁵⁴⁴, razón por la que la determinación de la ley aplicable deberá hacerse caso por caso.

Una de las más representativas⁵⁴⁵ es, sin duda, la teoría de los *derechos adquiridos*⁵⁴⁶, introducida en el Derecho Canónico (siglos XIII y XIV), pero reformulada modernamente con las grandes obras de Gabba y Lassalle, Merlin De Douai, Chabot de Lallier, Aubry Et Rau, Demolombe, Laurent, Bianchi, Fiore, Zacharie, Gierke, entre otros⁵⁴⁷. Según ésta, una vez que un derecho ha nacido y se ha establecido en la esfera de una persona, las normas posteriores que se dicten no pueden afectarlo. En definitiva, la ley posterior en el tiempo podrá desplegar sus efectos hacia el pasado siempre y cuando ello no suponga menoscabo alguno de derechos ya adquiridos en el momento de su entrada en vigor⁵⁴⁸.

Esta teoría, parte de la distinción entre *derechos adquiridos* y *derechos expectantes*⁵⁴⁹. Se admite que la ley posterior modifique, sin ser considerada retroactiva, hasta la simple expectativa, más no los derechos adquiridos. Dicho de otra manera, las meras esperanzas dependientes de

⁵⁴⁴ Díaz Anarte 2002: 67.

⁵⁴⁵ El tema de la aplicación de las normas generales en el tiempo se desarrolló con fuerza a inicios del siglo XX, cuando los desastres financieros que siguieron a la Primera Guerra Mundial en Europa obligaron a establecer normas que regularan los efectos de las leyes, especialmente en materia de deudas impagas. Desde entonces dos teorías que tienen multitud de variantes entre sí se han disputado alternativamente la mejor interpretación posible de la problemática: la teoría de los derechos adquiridos y la teoría de los hechos cumplidos. Rubio 2013: 27.

⁵⁴⁶ Sobre esta teoría, las sentencias del TEDH casos Brock, Licata/CES y Centeno, en las que se establece la prohibición de retroactividad de las normas restrictivas de derechos adquiridos. Para más detalle, *vid.* Vaquer Caballería 2010: 76.

⁵⁴⁷ Por todos, *vid.* López Menudo 1981: 93.

⁵⁴⁸ Díaz Anarte 2002: 68.

⁵⁴⁹ Pese a ello, se critica la dificultad de diferenciar los derechos adquiridos de las simples expectativas. Así, ver López Menudo 1981: 98.

sucesos futuros, respecto de los cuales ninguna relación jurídica anterior se ha establecido en favor del que espera⁵⁵⁰, no suponen, bajo esta teoría, una vulneración al art. 9.3 de la CE.

Los derechos expectantes vendrían a ser una suerte de facultad legal de poder obrar en un determinado sentido, que se diferencia del derecho adquirido porque ésta es siempre anterior al mismo, ya que el derecho no nace hasta que la facultad se ejercite⁵⁵¹. Se arguye, en esa línea, que la expectativa no puede estar garantizada por la exigencia de *lex praevia*, ya que su materialización depende de la voluntad de un tercero o bien de determinadas eventualidades inciertas⁵⁵². En ese sentido, la Exposición de Motivos del CC, señala que: «*si la existencia, efectividad ó extensión del derecho dependen de eventualidades independientes de la voluntad del que lo posee, podrá éste tener una esperanza, pero no un verdadero derecho adquirido*»⁵⁵³.

Así, bajo esta teoría, una nueva norma posterior al delito, que modifica *in peius* el régimen de otorgamiento de beneficios penitenciarios a un imputado que, aún no se encuentra purgando prisión efectiva, podría serle de aplicación –retroactiva-, habida cuenta que era tan sólo una expectativa, más no un derecho adquirido. De ahí que, una de las críticas que se formula a esta teoría es que está orientada a la protección de los derechos individuales-patrimoniales y no a regular las relaciones jurídicas de derecho público. En palabras de Carbonier, no parece justo que un derecho otorgado al individuo, no en provecho propio sino en provecho de

⁵⁵⁰ En este sentido, Verdura Izquierdo 2006: 61.

⁵⁵¹ Así Merlin, citado por Verdura Izquierdo 2006: 60.

⁵⁵² Verdura Izquierdo 2006: 61.

⁵⁵³ Párrafo 38.

otro o del interés social, pueda invocarse como derecho adquirido⁵⁵⁴. Es decir, no puede hablarse de derecho adquirido cuando éste se encuentra en contradicción con el ordenamiento público.

Aunado a lo anterior, la especial dificultad de definir y distinguir cuándo estamos ante *derechos adquiridos* y cuándo ante *meras expectativas*, hace que esta teoría, en lugar de erigirse como una fórmula de alcance general para analizar la cuestión de la retroactividad, sea improductiva, trasladando o más bien desplazando del centro de la gravedad de la problemática a otro punto aún más complejo de resolver⁵⁵⁵.

Intentando superar los déficits, Savigny, aportando mayor flexibilidad a la doctrina de los derechos adquiridos, diferencia entre i) leyes referidas a la adquisición de derechos⁵⁵⁶ y ii) leyes que regulan la existencia o inexistencia de una institución jurídica⁵⁵⁷. Lo decisivo, según este enfoque, ya no es el mero voluntarismo de los titulares de un derecho en su mantenimiento, antes bien la naturaleza de la norma jurídica, según se

⁵⁵⁴ Citado por López Menudo 1981: 99.

⁵⁵⁵ Díaz Anarte 2002: 74.

⁵⁵⁶ Así, Verdera Izquierdo 2006: 73-74: «O sea, leyes que tratan un hecho, la eficacia de un hecho, la unión del derecho a una persona (lo denomina transformación de un instituto abstracto de derecho, en relación de derecho personal), a estas leyes les es aplicable el principio de irretroactividad. La nueva ley no ejerce acción alguna, no sólo en el pasado, sino tampoco en las consecuencias posteriores del mismo, o sea, no puede afectar los derechos adquiridos. En suma, sobre estas leyes de adquisición se aplica el principio de respeto a los derechos adquiridos, el cual se une con el principio de irretroactividad de las leyes».

⁵⁵⁷ Aquellas referidas a su modo de ser o duración, a estas aplica el principio de retroactividad al entender que los derechos acogidos de acuerdo con las mismas no deben perdurar. Se refieren a derechos subjetivos y se aplican a derechos preexistentes. Verdera Izquierdo 2006: 74.

dirija ésta bien a constituir derechos o bien a disciplinar su ejercicio⁵⁵⁸. Empero, esta teoría no permite distinguir de manera clara e indubitable ambas categorías de leyes⁵⁵⁹. Asimismo, tampoco es capaz de poder resolver los problemas que suscitan aquellas normas jurídicas, como las procesales o de ejecución penal, no vinculadas a la adquisición de derechos ni a su existencia.

Producto de la insuficiencia de la teoría de los derechos adquiridos para explicar la retroactividad de una norma jurídica, surge la *teoría de los hechos cumplidos*, construcción de origen germánico que gozó de gran predicamento en Francia como en Italia, que ya no tiene en cuenta la distinción entre derecho adquirido y expectativa, sino únicamente toma como referencia el momento temporal en el que se realiza el hecho para, de acuerdo al mismo, determinar si éste cae en el ámbito de vigencia de una u otra ley⁵⁶⁰.

Esta teoría, inspirada por la Constitución de Teodosio II y Valentiniano III del año 440 se basa en el axioma del *tempus regit actum*⁵⁶¹, postulando que cada hecho jurídico debe ser regulado en forma exclusiva y excluyente por la ley al amparo de la cual nació. Según esta doctrina, no importa si un hecho ha sido adquirido, sino si se ha realizado.

A pesar de su aparente sencillez, esta teoría no puede despojarse de la crítica. Ello, por cuanto, para su eficacia, precisa de abundantes

⁵⁵⁸ López Menudo 1981: 103.

⁵⁵⁹ Verdera Izquierdo 2006: 74.

⁵⁶⁰ Verdera Izquierdo 2006: 67-68.

⁵⁶¹ Verdera Izquierdo 2006: 67-68

distinciones y matizaciones que, para muchos, la descalifican⁵⁶². Uno de los cuestionamientos principales es su complicada adecuación a las relaciones y situaciones de tracto sucesivo, en las que, la regla rígida del *tempus regit actum*, presenta quiebras insalvables⁵⁶³. Y es que, no siempre la totalidad de hechos jurídicos agotan sus efectos jurídicos en un solo momento. Es perfectamente posible, que un hecho jurídico consumado al amparo de la legislación anteriormente vigente, continúe produciendo efectos durante un cierto período de tiempo⁵⁶⁴. Este el caso de los delitos de *estado*⁵⁶⁵.

Efectivamente, puede ocurrir que los hechos jurídicos produzcan unos efectos jurídicos que pueden i) haberse agotado y consumado en el momento de entrar en vigor la nueva ley (efectos agotados), ii) haberse derivado ya, pero sin haberse todavía agotado o consumado (efectos pendientes) o iii) no haberse todavía ni siquiera producido (efectos futuros)⁵⁶⁶. Bajo esta teoría, por tanto, se corre el riesgo de que los efectos –futuros– de un hecho jurídico queden al margen de la exigencia de *lex praevia*, pues se trataría de una retroactividad débil o impropia permitida⁵⁶⁷, poniendo en juego la seguridad jurídica con todo lo que ella significa. Por ello, el axioma *tempus regit actum*, por sí solo, no resulta del todo suficiente para fundamentar el criterio de solución al complejo y dramático problema que aborda⁵⁶⁸.

⁵⁶² Así, López Menudo 1981: 120.

⁵⁶³ Así, López Menudo 1981: 120.

⁵⁶⁴ Díaz Anarte 2002: 78.

⁵⁶⁵ Así por ejemplo el delito de bigamia, tipificado en el art. 217° del CP.

⁵⁶⁶ Lopez Menudo 1981: 119.

⁵⁶⁷ Así, José Castán Tobeñas, citado por Suárez Collía 2005: 114

⁵⁶⁸ Suarez Collía 2005: 114.

Ferrara, en un intento de superar estos cuestionamientos, postula que más bien se trata de una regla única y precisa, que no admite en ningún caso restricciones o complementos, por lo que, todo hecho jurídico, sea éste un evento casual o un acto jurídico, debe ser regulado en su forma, en su sustancia y en todos sus efectos (sean pasados, presentes y futuros) por la ley del tiempo en el que el hecho fue jurídicamente realizado. Consecuentemente, si los actos o los hechos eran jurídicamente irrelevantes conforme a la ley del tiempo en que fueron realizados, seguirán siendo ineficaces bajo el imperio de una ley nueva⁵⁶⁹. El problema de ésta tesis ortodoxa, es que al perpetuar en el tiempo las relaciones jurídicas nacidas en el pasado, se produce una desconexión con la realidad jurídica.⁵⁷⁰

Como se puede apreciar, montar todo el sistema del derecho transitorio sobre bases formalistas, dotando inmortalidad a las leyes⁵⁷¹, sumada a la gran dificultad que comporta determinar cuándo hay un hecho jurídico, pendiente de realización, y cuándo hay un hecho consumado, agotado, nos lleva al punto de partida inicial del problema. ¿Qué efectos de los mencionados hechos jurídicos nacidos conforme a una ley precedente en el tiempo podrían verse afectados por la nueva ley? O dicho de otra manera ¿Puede la nueva ley afectar a hechos jurídicos nacidos conforme a la ley anterior cuyos efectos aún no se hayan agotado?⁵⁷²

⁵⁶⁹ Citado por López Menudo 1981: 120.

⁵⁷⁰ Así, López Menudo 1981: 124.

⁵⁷¹ Díaz Anarte 2002: 81, señala que: «que defendiendo tal concepción de la irretroactividad, se agudiza la problemática que suscita la teoría del hecho jurídico cumplido, ya que se prolongo excesivamente la influencia de la ley antigua, desde el momento en que la nueva ley ni siquiera puede afectar los efectos futuros de hechos jurídicos pasados».

⁵⁷² Díaz Anarte 2002: 79.

Como alternativa a la incoherencia práctica que presenta la teoría de los hechos cumplidos, Roubier, a través de su moderna doctrina de la autonomía de la voluntad, fija como regla la siguiente: «*la nueva ley debe respetar todos los efectos jurídicos producidos en el pasado y debe regular los futuros sólo a partir del día de su promulgación*». Para el citado autor, la base fundamental del Derecho intertemporal es la diferenciación del efecto retroactivo y el efecto inmediato de la ley. Para tal efecto, distingue entre *relación jurídica*, aquella que se establece entre dos o más personas, con carácter particular y variable, que desaparece con el ejercicio del derecho y cumplimiento de la obligación, de la *situación jurídica*, que tiene un carácter permanente, los poderes que de ella derivan son susceptibles de ejercerse indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder⁵⁷³.

Profundizando en su teoría señala Roubier que el ciclo de una situación jurídica comprende tres momentos: el de su constitución, el de sus efectos y el de su extinción. El primero y el tercero representan la dinámica; el segundo la estática de la situación⁵⁷⁴. Así, cuando una norma afecta tanto a hechos pasados como a efectos pasados de hechos pasados, se la considera como retroactiva; mientras que si afecta únicamente a efectos futuros de hechos pasados, se dice que tiene efecto inmediato, pero no retroactivo⁵⁷⁵. Ese *efecto inmediato* nos conduciría a entender que no se produce la retroactividad de la ley nueva, sino se excluye la ultractividad de la antigua. Así, por ejemplo, bajo este postulado, la norma procesal que

⁵⁷³ Así, Verdera Izquierdo 2006: 77

⁵⁷⁴ López Menudo 1981: 126.

⁵⁷⁵ Suárez Collía 2005: 114.

regula la prisión preventiva, podría tener una aplicación inmediata, aún en perjuicio del imputado⁵⁷⁶.

Pero no sólo la determinación del efecto inmediato deviene en compleja, sino también su diferenciación con el efecto diferido. En efecto, el desajuste de esta teoría se produce respecto a la incidencia de la nueva ley sobre los estados jurídicos duraderos, o en otros términos, sobre los efectos jurídicos derivados de una situación o relación ya constituida, por lo que tampoco esta doctrina nos puede servir de soporte para establecer la retroactividad en el Derecho penal, en especial, en el caso de las leyes penales en blanco (los reglamentos), donde los apriorismos o fórmulas de transición deben ser rechazadas *ab initio*⁵⁷⁷.

En síntesis, si bien esta teoría supone un avance importante en la difícil materia de la sucesión de leyes en el tiempo, pues eleva el nivel de seguridad jurídica, no estoy de acuerdo en que ese *efecto inmediato* no comporte en ningún caso retroactividad o como postula Roubier «*que el efecto inmediato sea una cosa y la retroactividad otra*»⁵⁷⁸. Si bien resulta correcta la premisa general de que las leyes deben entrar en vigor de inmediato, no debe perderse de vista que en ciertos casos *las consecuencias*

⁵⁷⁶ Por tanto, al optar por la diferenciación entre efectos inmediatos y retroactivos, entiende que las leyes gozan de «efecto inmediato» y no retroactivo: cuando anulan o modifican, aceleran o disminuyen los efectos en curso de las relaciones o situaciones jurídicas. O sea, los efectos producidos tras su entrada en vigor pero que resultan de relaciones jurídicas nacidas bajo la antigua ley. También para hacer referencia a aquellos supuestos que tratan situaciones anteriores pero sin retroactividad. Así, Verdera Izquierdo 2006: 79

⁵⁷⁷ En ese sentido, a propósito de los reglamentos en derecho administrativo, *vid.* López Menudo 1981: 132.

⁵⁷⁸ Así, citado por López Menudo 1981: 132.

*de derechos existen desde el momento de la realización del supuesto*⁵⁷⁹, razón por la que no siempre puede apreciarse el factor de retroactividad o irretroactividad en función a las partes anteriores y posteriores a la fecha del cambio de legislación.

Finalizando el recorrido de las doctrinas sobre la materia, se sitúan con posturas más armónicas y eclécticas, las formuladas por Ruggiero⁵⁸⁰, Szaszy⁵⁸¹, Laurent y Huc⁵⁸², Struve⁵⁸³ y Bonnacase⁵⁸⁴.

⁵⁷⁹ Así, García Maynez, citado por Verdera Izquierdo 2006: 81.

⁵⁸⁰ Esta teoría, también denominada del interés público y privado, diferencia dos principios paralelos: Uno, a favor de la irretroactividad en aquellas materias donde predomina la autonomía de la voluntad privada y, otro, en favor de la retroactividad respecto de las materias de interés público. Como afirma Ruggiero, en la racional conciliación de ambos principios y en la determinación de la relación existente entre el hecho realizado y sus consecuencias, y en la naturaleza de la norma, se debe hallar el criterio para resolver si la norma derogada debe ser prolongada en su eficacia normativa. Verdera Izquierdo 2006: 82.

⁵⁸¹ Szaszy considera que la ley nueva debe aplicarse, aún desde el punto de vista material, no solamente al porvenir sino también al pasado, a los hechos del pasado y a los efectos que han producido antes de la vigencia de la nueva ley. *Vid.*, Verdera Izquierdo 2006: 83.

⁵⁸² Laurent y Huc, sustituyen el concepto de irretroactividad y retroactividad por el de derecho e interés; debido a las dificultades que entrañaba la distinción entre derecho adquirido y expectativa. En Verdera Izquierdo 2006: 83.

⁵⁸³ Struve, distingue la irretroactividad de todas las leyes invocando el Derecho Natural. Considera que las leyes transitorias deben ser deducidas de la naturaleza de cada negocio y que todo intento del legislador para crearlas, es radicalmente nulo. En Verdera Izquierdo 2006: 84.

⁵⁸⁴ Bonnacase, distingue entre situaciones jurídicas abstractas y concretas. De acuerdo con esta diferenciación, una ley es retroactiva cuando modifica o extingue una situación jurídica concreta. Por el contrario, no se puede predicar la retroactividad cuando simplemente limita o extingue una situación abstracta, creada por la ley anterior, ahora derogada. En Verdera Izquierdo 2006: 84.

4. Conceptualización en función a su orientación temporal

Como se puede ir evidenciando hasta aquí, la doctrina de los grados y las ius-privatistas⁵⁸⁵, parecen solamente adecuadas cuando nos encontramos ante relaciones jurídicas de carácter estático, planteadas en base a la dualidad hecho-consecuencia jurídica⁵⁸⁶, más cercanas por tanto a la dinámica particular de las relaciones jurídicas de naturaleza civil que a las de naturaleza penal, lo que lleva acertadamente a Frigols I Brines a plantear que, en el ámbito penal, en realidad, una norma simplemente es o no retroactiva, sin mayores matices⁵⁸⁷ y sin tener que ingresar a la amplitud que el concepto de retroactividad alcanza al ser diversificado en los grados a los que se ha hecho referencia. Tan es así, que por ejemplo los contornos entre los grados medio y mínimo, pueden llegar a ser tan difusos, hasta el punto que la propia doctrina a veces los aglutina en un solo grupo⁵⁸⁸.

El asunto de la retroactividad de las leyes se encuentra profundamente enraizado en el campo jurídico-privado, habiendo, como se ha pasado revista, sido objeto de numerosos estudios por parte de la doctrina clásica de influencia francesa, pero que, sin embargo, no resultan tan compatibles con la naturaleza, alcances y dinámica propias que

⁵⁸⁵ Sobre las limitaciones de estas doctrinas, para regular la aplicación en el tiempo de normas administrativas, *vid.* López Menudo 1981: 2.

⁵⁸⁶ Verdera Izquierdo 2006: 93.

⁵⁸⁷ Frigols I Brines 2004: 185.

⁵⁸⁸ Díaz Anarte 2002: 60. En este sentido, el TC se ha preocupado de diferenciar el principio de irretroactividad penal de su precedente más antiguo contenido en el Código Civil. Así, *Vid.* SSTC 27/1981 de 20 de julio y 6/1983 de 4 de febrero, en las que ha rechazado tajantemente que la alusión disposiciones “restrictivas de derechos individuales” pueda confundirse con la doctrina de los derechos adquiridos.

presentan las leyes penales. De ahí que resulte inadecuada su extrapolación al ámbito del Derecho público y, en particular, al Derecho penal⁵⁸⁹.

Más adecuado nos parece el enfoque particular de Frígols I Brines, para quien el concepto de retroactividad está vinculado a la naturaleza específica de la norma jurídica: su orientación temporal, en función si la norma jurídica es prescriptiva o valorativa. Bajo este postulado, se considera que si la norma jurídica es de naturaleza prescriptiva se halla inevitablemente orientada hacia el futuro, mientras que si es de naturaleza valorativa, no estaría constreñida por ningún límite temporal, por lo que podría orientarse hacia el pasado con total libertad⁵⁹⁰. En similar sentido, Suárez Collía, sostiene que la apreciación de la irretroactividad debe siempre ser interpretada en función de la naturaleza de la norma jurídica y de la estructura de la relación, situación o hechos a los que ésta se refiere⁵⁹¹.

Sin embargo, el cuestionamiento central que presenta esta propuesta es que, en algunos casos⁵⁹², una norma valorativa *debe* regir sólo para el futuro, pues aunque no sea imperativa, de manera indirecta incide sobre una que sí lo es⁵⁹³.

C) Toma de postura: búsqueda de un punto de conexión neutral

La *orientación temporal* es un indicativo o criterio más adecuado para determinar la naturaleza retroactiva o no de una norma jurídico-penal,

⁵⁸⁹ Así, Suárez Collía 2005: 108-109.

⁵⁹⁰ Frígols I Brines 2004: 81.

⁵⁹¹ Suárez Collía 2005: 115.

⁵⁹² Frígols I Brines 2004: 81.

⁵⁹³ Poner un ejemplo sobre ello.

más no es del todo suficiente. Se requiere, en mi entendimiento, además, comprobar si en la producción de la misma y su aplicabilidad a un caso en concreto, se afecta o no la neutralidad del ejercicio del *ius puniendi* estatal y si se limitan o no derechos fundamentales del imputado. Y es que, cuando se legisla a la vista de hechos ya producidos se rompe con dicha neutralidad. Sólo antes del delito se puede garantizar objetividad, después de dicho momento, en el que entra en conflicto intereses del Estado (mejor dicho del gobierno de turno), de la sociedad, de la víctima y del imputado, ya deja de ser neutral el Derecho penal.

Lo más importante, por tanto, en la problemática que subyace al Derecho penal intertemporal, es determinar cuál es el punto de referencia temporal que rige para cada clase de norma jurídico-penal. Como reclama Frígols I Brines, hay que distinguir como normas distintas –y por tanto, con diferentes puntos de conexión- las normas que regulan una determinada acción genérica o estado de cosas y las normas que establecen una consecuencia jurídica en conexión con la anterior⁵⁹⁴. Esta es, en esencia, la verdadera cuestión, que permite establecer cuándo estamos realmente ante un supuesto de aplicación inmediata, ultractiva o retroactiva.

En esta línea, y siguiendo la lógica detrás de la aplicación ultractiva de una ley temporal⁵⁹⁵, debería seriamente repensarse -abrirse el debate- de

⁵⁹⁴ Frígols I Brines 2004: 185.

⁵⁹⁵ En este sentido, Suárez Collía 2005: 179 «señala que el criterio del legislador español se justifica plenamente por razones de prevención general. La retroactividad de la ley posterior más favorable constituiría un peligroso criterio interpretativo, que generaría indefensión social al privar al Estado del único resorte “disuasorio” capaz de prevenir ciertas conductas en situaciones anómalas o de excepción: la ultractividad de la ley “temporal”, para que el ciudadano sepa que ésta se aplicará, sin duda alguna, a los hechos

si en el actual del Derecho penal, debe mantenerse vigente la retroactividad de una norma más favorable, que no estuvo vigente al momento del hecho, pese a que, al igual que ocurre con la retroactividad perjudicial, una aplicación retroactiva de una norma jurídica más favorable afecta – igualmente- la neutralidad en el ejercicio del *ius puniendi*.

Según este enfoque, como se verá en el capítulo V, si lo que se persigue es una real garantía de objetividad y armonización entre libertad y seguridad, tan arbitrario y pernicioso puede llegar a ser direccionar una ley para perjudicar a alguien, como direccionar la misma para su beneficio. Mientras menor sea la discrecionalidad a la hora de ejercer el *ius puniendi* y la elección de la norma en el tiempo, mayor legitimidad tendrá la reacción penal.

D) La ultractividad como consecuencia derivada

Por último, el estudio de la problemática del fenómeno de la sucesión de las leyes penales en el tiempo exige abordar la figura de la ultractividad. Ésta se produce cuando la ley penal derogada continúa regulando los efectos de los hechos producidos durante su vigencia, de modo que su aplicabilidad se prolonga más allá de aquella. No se trata, *strictu sensu*, de la prolongación de la vigencia formal de la disposición precedente, sino sólo de la eficacia (vigencia material) de las normas que contenía⁵⁹⁶. De ahí que, no resulta inexacto afirmar que la no retroactividad

cometidos bajo su vigencia formal aun cuando éstos se enjuicien en un contexto de normalidad bajo la vigencia de la ley posterior más benigna.»

⁵⁹⁶ Vaquer Caballería 2010: 70.

de una ley desfavorable, trae como consecuencia derivada⁵⁹⁷ que la vigente al momento de comisión del delito, se aplique ultractivamente hacia adelante, dejando a un lado -sin aplicabilidad- a otras leyes que se han sucedido en el tiempo y que se encuentran en vigor⁵⁹⁸.

Así, las leyes derogadas mantendrán eficacia posterior a su derogación, cuando no corresponda una aplicación retroactiva de la ley derogatoria. Esta supervivencia o resurrección de la ley derogada para continuar desplegando sus efectos, pese a haber sido excluida del ordenamiento jurídico, el TC la califica como *vestigio de vigencia*⁵⁹⁹, cuando el momento de aplicación de la ley derogada por una derogante irretroactiva se extiende a un período posterior a su pérdida de vigencia⁶⁰⁰.

Una cuestión particularmente compleja, vinculada a la distinción entre ultractividad propia e impropia⁶⁰¹, es la aplicación ultractiva de la ley temporal. En otras palabras, la no admisión de una retroactividad favorable cuando la ley vigente al momento del hecho punible era una de naturaleza

⁵⁹⁷ Para Verdera Izquierdo 2006: 113, «la ultractividad no es una consecuencia necesaria del principio de irretroactividad. De acuerdo con tal principio las relaciones jurídicas no podrán regularse por la nueva ley, sino que serán regladas por la ley anterior».

⁵⁹⁸ En contra, la STC 108/1986, de 29 de julio establece que: «en el art. 9.3 no se garantiza la ultractividad de las normas derogadas, sino tan sólo la exclusión de la acción retroactiva de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.»

⁵⁹⁹ Así, la STC 199/1987, de 16 de diciembre y la STC 182/1997, de 28 de octubre.

⁶⁰⁰ Así, Verdera Izquierdo 2006: 112.

⁶⁰¹ La doctrina distingue entre: a) Ultractividad propia, para hacer referencia a todos aquellos supuestos en que una vez que la ley ha sido derogada continúa desplegando eficacia. Se produce en los supuestos de ausencia de efectos retroactivos en la ley derogatoria o derogante; y b) Ultractividad impropia, todos aquellos supuestos en que la ley derogada sigue surtiendo su eficacia. Ello, debido a que una determinada ley se la otorga. Asimismo, dicho autor considera que al tratarse la retroactividad de un concepto jurídico indeterminado más correcto es utilizar la ultractividad como norma de conflicto general. Verdera Izquierdo 2006: 113.

temporal. Esta situación se puso especialmente de manifiesto con motivo de los Decretos-Ley 10/1975 de 26 de agosto y 2/1976 de 18 de febrero, por los que se regula la prevención del terrorismo y la competencia para el enjuiciamiento de tales delitos⁶⁰².

Hay quienes sostienen que, al regir ésta sólo por cierto período, y ante determinada coyuntura político-criminal, su eficacia debe perdurar en el tiempo, al margen de que se produzca una sucesión normativa en la que resulte más beneficiosa la aplicación de una norma posterior. Se considera un despropósito ampararse en razones político-criminales que, motivan, precisamente, el nacimiento de toda ley penal temporal, para inaplicar, en una norma dictada para regir temporalmente. En este sentido, con la lucidez que lo caracteriza, se pronuncia Polaino Navarrete:

«Las respectivas -consecuencias jurídicas dimanantes cobran relevancia en el plano de la real aplicación del- derecho, pues una norma punitiva de estricta naturaleza temporal, objetivamente excepcional y con límites cronológicos de validez preestablecida en el instante de su puesta en vigor, no podría verse beneficiada por el valor del principio de retroactividad de la ley penal favorable, legislativamente instaurado en el art. 24 del Código Penal. Admitir ello implicaría negar —a plazo diferido, pero cierto— la propia existencia y la virtualidad jurídica de la ley penal temporal, la cual al término de su autolimitada vigencia positiva habría de ser considerada y prácticamente reconocida como si jamás

⁶⁰² Para más detalle, *vid.* Polaino Navarrete 1976: 577-584.

*hubiera existido, quedando anulados de jure la plenitud de los efectos jurídicos surgidos de aquélla.»*⁶⁰³

En la línea anterior, siguiendo al art. 2.2 del CP de 1995⁶⁰⁴, señala que la retroactividad de la ley posterior más favorable constituiría un peligroso criterio interpretativo, que generaría indefensión social al privar al Estado del único resorte *disuasorio* capaz de prevenir ciertas conductas en situaciones anómalas o de excepción⁶⁰⁵. En contra, Jiménez de Asúa afirma «*que la nueva ley, que no considera delito los anteriores tipos delictivos, es el antiguo ordenamiento, que al cesar la ley pasajera, recobra su imperio, y esta antigua legislación, renacida, es la ley posterior que, por no crear esas figuras delictivas, es la aplicable*»⁶⁰⁶.

A mi modo de ver, las leyes temporales deben estar siempre conectadas e indisolublemente ligadas al *tempus commissi delicti* como punto de referencia temporal, siendo totalmente irrelevante que la ley antigua -que recobra eficacia una vez que la temporal cesa su vigencia- sea más benigna o maligna, toda vez que, su prohibición de aplicación retroactiva no debe responder a la naturaleza de la norma, sino a la necesidad de neutralidad estatal. Y como verá en el capítulo VI, sólo el momento de comisión del delito, garantiza una aplicación del *ius puniendi* objetiva e imparcial

⁶⁰³ Polaino Navarrete 1976: 592.

⁶⁰⁴ Contra el tradicional silencio de los Códigos precedentes, el de 1995 señala en su art.2 párrafo 2 que: “Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga lo contrario”.

⁶⁰⁵ Suárez Collía 2005: 179.

⁶⁰⁶ Jiménez de Asúa 1992: 647.

SECCIÓN TERCERA

Fundamentos

CAPÍTULO IV

De la Irretroactividad de la ley penal más perjudicial

I. Generalidades

Para definir los alcances del principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial se requiere determinar *ex ante* los fundamentos concretos que subyacen al mismo, pues sin un sustento preciso de su *ratio* toda conclusión a la que se arribe respecto a su ámbito de aplicación carecerá de solvencia jurídica.

En este orden lógico de análisis, primero se definirá en este capítulo los fundamentos del principio para luego, en el capítulo VII, delimitar sus alcances en las tres fases del Derecho penal: material, procesal y de ejecución. Para ello, como paso previo, se requiere definir qué se entiende por *fundamento* de la prohibición de retroactividad. Y éste no significa otra cosa que la justificación esencial del principio de irretroactividad, la razón de ser de la existencia de dicha garantía y, en ese sentido, el punto de apoyo esencial de la misma.⁶⁰⁷

A pesar que la prohibición de retroactividad constituye una garantía derivada del principio de legalidad penal, no posee una misma justificación

⁶⁰⁷ En este sentido, Frígols I Brines 2004: 275.

material con éste último⁶⁰⁸. Es así, que por ejemplo, la exigencia de separación de poderes, base del principio de legalidad penal, no podría ser invocada como argumento de defensa frente a una resolución judicial en la que se aplique una norma penal con efectos retroactivos, puesto que ni el legislador que dictase dicha norma penetraría la esfera jurisdiccional, ni el juez estaría creando derecho positivo.

Lo anterior no implica que la exigencia de *lex praevia* no comparta fundamento alguno con el principio de legalidad penal. Ello, sería ilógico, pues como ya se ha expuesto, la prohibición de retroactividad es un garantía constitutiva del principio *nullum crimen nullum poena sine lege* y; por tanto, existen puntos de convergencia ineludibles⁶⁰⁹. Por esa razón, el análisis que aquí corresponde, se centrará en aquellos fundamentos desarrollados por la dogmática penal, vinculados específicamente a la prohibición de retroactividad y de mayor trascendencia jurídica.

Por último, los fines de la pena no serán desarrollados en este capítulo, al considerar que los mismos antes de constituir un fundamento unívoco que explique la exigencia de irretroactividad, forman parte de la política criminal y, por tanto, no producen iguales efectos en todos los ordenamientos jurídicos⁶¹⁰. Más bien, su influencia será resaltada en el capítulo VI, al momento de exponer los lineamientos para la determinación del ámbito de aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial.

⁶⁰⁸ Rodríguez Devesa y Serrano Gómez 1994: 210.

⁶⁰⁹ Entre otros, el deseo de garantizar la seguridad jurídica y, en definitiva, proteger la libertad individual frente a la arbitrariedad de los poderes públicos, Vidales Rodríguez 2001: 78.

⁶¹⁰ De modo particular, Gonzáles Tapia 2002: 165.

II. Fundamento jurídico-político: garantía política frente a la arbitrariedad estatal

El fundamento central del principio de legalidad penal es de orden político, vinculado estrechamente al liberalismo político, producto de la revolución filosófica en la etapa de la Ilustración, cuyo postulado se cifró en la interdicción de toda arbitrariedad de los poderes públicos⁶¹¹. En aquella época, la burguesía, en su enfrentamiento con el absolutismo, logró que los gobernantes y los jueces (poder ejecutivo y poder judicial) no pudieran ejercer la potestad punitiva a su libre arbitrio, sino sobre la base de un sustento jurídico contenido en la ley.

Así, como consecuencia del rechazo a la desigualdad y asimetría del poder público en relación con los poderes ciudadanos, surge en el siglo XVIII la exigencia de *nullum crimen nullum poena sine lege*; en cuya virtud, el Estado ha de especificar anticipadamente el contenido y fundamento de sus intervenciones sobre los ciudadanos con el mayor rigor posible. Se trata, en definitiva, de una garantía política frente a la arbitrariedad estatal⁶¹². O, como apunta De Vicente Martínez, «*expresión política de la garantía del ciudadano y de sus derecho fundamentales frente a la privación o restricción de éstos por el Estado*»⁶¹³.

Si bien este fundamento pertenece -en estricto- al principio de legalidad penal, también le es extensible al principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial, aunque no haya sido considerado explícitamente

⁶¹¹ Calderón Cerezo y Choclán Montalvo 2005: 53, tomo I; Roxin 1997: 144.

⁶¹² De Vicente Martínez 2004: 31.

⁶¹³ Bustos Ramírez 2004: 566, tomo I; Mir Puig 1998: 76; Berdugo Gómez De La Torre y otros 2004: 49.

como tal por la doctrina. Es más, le es extensible a todas sus garantías derivadas, pues tratándose de la razón de su existencia, lo lógico es que cada una de ellas comparta –con el principio base de legalidad- como mínimo dicha justificación material⁶¹⁴. Dicho de otro modo, no se puede concebir un delito plasmado en un Decreto Supremo, una aplicación analógica *in malam partem*, un tipo penal indeterminado, la calificación de una conducta como delictiva por la costumbre o una aplicación retroactiva de normas desfavorables para el reo, sin que ello no constituya un uso arbitrario de la potestad punitiva del Estado.

III. Fundamentos jurídico-penales

A) Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad, en tanto fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial, es una concepción concebida originariamente por la doctrina penal alemana⁶¹⁵, cuyo auge se extendió hasta la Ilustración⁶¹⁶. Conforme a este postulado, el principio de irretroactividad se configura como una garantía derivada del principio de culpabilidad, en la medida que asegura que al ciudadano no pueda castigársele en virtud de una ley que no pudo conocer ni tener en cuenta⁶¹⁷.

⁶¹⁴ En este sentido, Bustos Ramírez 2004: 567-568, tomo I., sostiene que: «el principio de legalidad tiene por objeto evitar la arbitrariedad del Estado en sus relaciones con la persona». Más específicamente, Gonzáles Tapia 2002: 194, entiende que: «la garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y la garantía de certeza, aspectos que conforman la seguridad jurídica, no son el fundamento inmediato del principio de irretroactividad, sino del principio de legalidad en su conjunto».

⁶¹⁵ Por todos, Frígols I Brines 2004: 278.

⁶¹⁶ Gonzáles Tapia 2002: 150.

⁶¹⁷ Gonzáles Tapia 2002: 143.

Sin embargo, a mi juicio, el contenido de la culpabilidad⁶¹⁸ limita significativamente el ámbito de aplicación de la exigencia de *lex praevia*, dado su alto grado de subjetividad y naturaleza individual⁶¹⁹. Y es que, el problema que plantea situar el fundamento de la prohibición de retroactividad en la culpabilidad radica en (i) el grado de conocimiento de la antijuricidad y (ii) en la eventual ausencia de imputabilidad.

Con respecto a la extensión del conocimiento de la norma, en primer lugar, un sector doctrinal⁶²⁰ descarta a la pena –su cuantía– dentro de su objeto de conocimiento; con lo cual, el agravamiento posterior de las incriminaciones existentes no podría ser neutralizado por la vigencia del principio de culpabilidad. En efecto, como señala Roxin⁶²¹, sólo se considera presupuesto de la culpabilidad la posibilidad de conocer el injusto, no la punibilidad de una conducta⁶²². En el mismo sentido, Palazzo señala que:

«Por ello, mientras que en el supuesto de nueva incriminación cabe argumentar que la falta de precepto legal vigente que determine la antijuricidad de una conducta impediría castigar a un sujeto por su realización, en el supuesto de agravación, puesto que el comportamiento es el mismo y el conocimiento

⁶¹⁸ El fundamento material de la culpabilidad que aquí se postula se condice con la nueva «concepción dialéctica» de la misma bautizada por Muñoz Conde y materializada en la idea de «suficiente motivación normativa del autor del hecho antijurídico» por Berdugo Gómez De La Torre. *Vid.* Berdugo Gómez De La Torre 2004: 316-137; Muñoz Conde y García Arán 2004: 357-359.

⁶¹⁹ González Tapia 2002: 160.

⁶²⁰ Entre otros, Bacigalupo 1997: 308; Frígols I Brines 2004: 283-284. Con matices, Stratenwerth 2005: 252; González Tapia 2002: 157; Muñoz Conde y García Arán 2004: 386.

⁶²¹ Roxin 1997: 147.

⁶²² *Vid.* Jakobs 1997: 81.

sobre la pena irrelevante, el principio de culpabilidad no supondría un obstáculo alguno para la aplicación retroactiva de la Ley más grave vigente en el momento del juicio»⁶²³.

En segundo lugar, el objeto del conocimiento del injusto que exige la culpabilidad tiene un contenido más modesto que el de un específico tipo penal⁶²⁴. No se requiere por parte de la persona un conocimiento de los contornos específicos de la conducta prohibida, menos aún, del *marco penal* que la acompaña. Basta el conocimiento en términos genéricos de la afectación a un bien jurídico protegido⁶²⁵; con lo cual, difícilmente se podría impedir la retroactividad de otras normas –ajenas al Derecho penal material- que igualmente afecten derechos fundamentales del ciudadano. Por estas razones, un sector doctrinal rechaza el principio de culpabilidad como fundamento del principio de irretroactividad⁶²⁶.

En cuanto a la ausencia de capacidad de culpabilidad del autor, ha de afirmarse que, atendiendo a la justificación material de la culpabilidad en la función motivadora de la norma penal⁶²⁷, ésta no podría desplegar sus efectos en aquella persona que por diversas razones (minoría de edad, alteración de la conciencia, etc.) no tenga capacidad de cognoscibilidad⁶²⁸

⁶²³ Palazzo citado por González Tapia 2002: 158.

⁶²⁴ Así, Frígols I Brines 2004: 282.

⁶²⁵ En este sentido, Muñoz Conde y García Arán 2004: 386, para quien: «este conocimiento de la antijuricidad no es necesario, sin embargo, que vaya referido al contenido exacto del precepto penal infringido o a la penalidad concreto del hecho; basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está *jurídicamente prohibido* y que es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia».

⁶²⁶ Entre ellos, Frígols I Brines 2004: 283.

⁶²⁷ Muñoz Conde y García Arán 2004: 357.

⁶²⁸ La cognoscibilidad significa un estado de cosas en el que los ciudadanos poseen, en gran medida, la capacidad de comprender, material e intelectualmente, estructuras

y; en consecuencia, capacidad para motivarse suficientemente con la conminación penal⁶²⁹. Ampliando lo señalado por **Roxin**⁶³⁰, no sólo se proscribire como presupuesto de la culpabilidad la punibilidad de una conducta, sino también la peligrosidad de la misma.

B) Función de motivación de la norma penal

El Derecho penal ante todo busca incidir en la conducta humana a fin de que ésta no exceda el límite de lo permitido por el ordenamiento jurídico. Su eficacia no depende del éxito en la erradicación de la criminalidad, una aspiración utópica, sino en el mantenimiento en unos niveles razonables, de los delitos y de las reacciones desencadenadas frente a los mismos en el seno de la sociedad⁶³¹. Para la consecución de tal finalidad, el Derecho penal protege ciertos bienes jurídicos de determinados ataques, mediante la motivación que imprime la norma penal en el colectivo, es decir, comunicando un mensaje prescriptivo, cuyo objetivo es la orientación social de las conductas⁶³². De esta premisa, se desprende la consideración de la función de motivación de la norma penal como fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial⁶³³.

A pesar que la función motivadora de la norma penal es parte material del principio de culpabilidad⁶³⁴, no puede concebirse a ambos

reconstructivas de normas generales e individuales, materiales y procedimentales, mínimamente efectivas, mediante su accesibilidad, alcance, claridad, determinabilidad y ejecutoriedad. Así, Ávila 2012: 581.

⁶²⁹ Berdugo Gómez De La Torre y otros 2004: 317.

⁶³⁰ Roxin 1997: 147.

⁶³¹ Silva Sánchez 1992: 211.

⁶³² Así, Fernández 2015: 88.

⁶³³ En términos similares, Bramont-Arias Torres 2004: 313. También, Jescheck citado por Blanco Lozano 2004: 176, tomo I; Berdugo Gómez De La Torre y otros 2004: 57.

⁶³⁴ *Vid.* Muñoz Conde y García Arán 2004: 357.

como un mismo fundamento. Los alcances de la función de motivación de la norma penal – de cara a la justificación de la prohibición de retroactividad- son más amplios que los del principio de culpabilidad. Mientras que la culpabilidad demanda exclusivamente el conocimiento de una norma de conducta -en términos generales, no de un tipo penal específico-; en cambio, la función motivadora de la norma penal no se reduce al Derecho penal sustantivo (normas de conducta), esto es, a la conciencia de la antijuricidad. Abarca también, a toda norma penal que genere en el potencial delincente un suficiente efecto disuasorio, para lo cual se apreciará la aflictividad que la norma concreta conlleva, sin importar su mera clasificación.⁶³⁵

El Derecho penal ejerce un fuerte influjo en la motivación humana; pues las normas jurídicas, como elementos pertenecientes al mundo circundante del individuo, son interiorizadas o internalizadas por él y cooperan en la formación de su conciencia⁶³⁶. Y es que, en el ámbito de la vida práctica, el hombre, para decidir si obra u omite obrar, necesita conocer tanto las reglas del mundo físico como del mundo normativo.

Si la acción humana (incluyendo la omisión) es comprendida como un proceso con sentido, y no sólo como una mera intervención muscular (o falta de inervación), es claro que ella debe ser programada para que conduzca a la meta deseada. Y la única forma de programar la acción

⁶³⁵ Es el caso de las medidas cautelares personales, como la detención preventiva, que, si bien no es una institución propia del derecho penal material, antes bien del derecho procesal penal, también coadyuva a la formación de la conciencia del potencial delincente, pudiendo significarle una restricción igual o mayor en su esfera de libertad, que la propia sanción penal. De ahí que, como se verá en el próximo capítulo VI, resulte irrelevante la ubicación sistemática de la norma para efectos de fijar los alcances del principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial.

⁶³⁶ Muñoz Conde y García Arán 1998: 68.

futura, desde el punto de vista normativo, es referirla anticipadamente a reglas –normas- abstractas de comportamiento⁶³⁷.

En palabras de Rojas Vargas, motivar supone «*inducir (persuadir o mover) a las personas a que ajusten sus comportamientos bajo ciertas y determinadas (legalmente) pautas normativas, de forma de lograr un cuadro ideal de no agresión a los bienes jurídicos penalmente relevantes*»⁶³⁸. Como consecuencia, esta función de motivación de la norma penal conlleva la imposibilidad de aplicar hacia el pretérito una ley *ex post facto*, que no pudo desplegar sus efectos oportunamente en la mente de quién delinquiró. Sobre el particular, De Vicente Martínez señala:

*«(...) si el principio de legalidad está llamado a cumplir una función motivadora sobre la generalidad de los ciudadanos, éstos sólo pueden recibir el mensaje normativo cuando dicho mensaje aparece clara y públicamente expresado en una disposición cuya vigencia, además, sea anterior a la propia comisión del hecho. La consecuencia fundamental de lo anterior es la prohibición de dotar a la ley penal de efectos retroactivos (...)»*⁶³⁹.

En términos de análisis económico del Derecho penal⁶⁴⁰, una persona comete un delito porque los beneficios esperados del mismo para él superan

⁶³⁷ Así, Maier 1996: 17.

⁶³⁸ Rojas Vargas 2004: 34.

⁶³⁹ De Vicente Martínez 2004: 30.

⁶⁴⁰ Sobre la importancia y utilidad práctica del análisis económico en el derecho penal, en especial, en lo que a política criminal y prevención general se refiere, *vid.* Villa Stein 2001: 53-54. En esta línea, Silva, 20 señala que: «el delincuente potencial que razona como un sujeto económico introduce el hecho de la nueva incriminación o del incremento de pena en una ecuación más compleja, con elementos de probabilidad y temporalidad.

los costos esperados⁶⁴¹. Quiere decir que a pesar del contenido intimidatorio de la norma penal, ésta no logra motivar al potencial delincuente que desista de su proyecto criminal. Pero ese juicio de valoración no toma como costo únicamente la pena, sino también una serie de factores adicionales, que pueden incidir o no directamente en ésta. Una bibliografía empírica creciente sobre los delitos revela que los delincuentes responden a los cambios ocurridos en los costos de oportunidad, en la probabilidad de aprehensión, en la severidad del castigo y en otras variables relevantes como si fuesen efectivamente los calculadores racionales del modelo económico; y esto independientemente del móvil por el que se cometa el delito⁶⁴².

En cuanto a los alcances de la función de motivación de la norma penal, las siguientes interrogantes aún no han sido resueltas – y en algunos casos, ni siquiera planteadas- por la dogmática penal ¿Qué se entiende por norma penal? ¿Sólo las normas de conducta motivan? ¿También poseen esa aptitud las normas procesales y de ejecución penal? Las respuestas a estas

En primer lugar, procede a multiplicar el factor de la mayor gravedad de la reacción penal esperable por el coeficiente de probabilidad de que el delito sea descubierto, su autor detenido, se incoe un proceso, se logre probar la responsabilidad y tenga lugar efectivamente una condena. Tal coeficiente, obvio es decirlo, resulta muy inferior a 1. En segundo lugar, incorpora el criterio adicional conocido como “descuento de futuro”, es decir, introduce la dimensión temporal y resta trascendencia a los desincentivos que, incluso de producirse con seguridad, tendrían lugar muchos años después de la comisión del hecho. Si tenemos en cuenta la duración media de un proceso penal, incluido los recursos hasta el amparo constitucional, habrá que reconocer que la introducción de este factor no es en absoluto irrelevante».

⁶⁴¹ Siguiendo a Posner 1998: 214: «los beneficios son las diversas satisfacciones tangibles (en el caso de delitos pecuniarios) o intangibles (en el caso de los llamados delitos pasionales) derivadas del acto criminal. Los costos incluyen varios gastos directos (para comprar armas, herramientas, máscaras, etc.), los costos de oportunidad del tiempo del criminal y los costos esperados del castigo penal».

⁶⁴² Posner 1998: 215.

interrogantes trascienden el plano teórico y poseen una importancia práctica crucial: contribuir a la delimitación del ámbito de aplicación de la prohibición de retroactividad.

Tradicionalmente, un sector de la doctrina considera que el término *ley penal* alude sólo al Derecho penal material y; por tanto, sólo tiene eficacia motivadora todo lo relativo al delito, a la pena y a los presupuestos de punibilidad. En el Perú, sigue esta postura Meini Méndez, para quien:

«Sólo las normas de conducta tienen como objetivo orientar el comportamiento de los ciudadanos. Son ellas las que cumplen la función de motivación de la norma penal (...) Son pues los preceptos jurídicos que contienen este tipo de normas (de comportamiento) los únicos que podrían ser aplicados retroactivamente»⁶⁴³.

En un sentido aproximado, Schreiber, a propósito de la institución de la prescripción⁶⁴⁴, rechaza también la prohibición de retroactividad de preceptos adjetivos bajo el argumento de que *«el delincuente no se convierte en titular de una pretensión jurídica legítima sobre los plazos vigentes»⁶⁴⁵*. Según este punto de vista, el principio de legalidad sólo garantiza a los ciudadanos que serán castigados por aquello que la ley determina antes de realizar una determinada conducta y con las penas que

⁶⁴³ Meini Méndez 2004: 20.

⁶⁴⁴ Sobre esta institución, el TC mediante STC 64/2001, de 17 de marzo, ha señalado que: «La Constitución no establece imperativamente un determinado régimen de prescripción de las infracciones penales, ni tan siquiera impone su propia existencia.»

⁶⁴⁵ Citado por Ragués I Vallés 2004: 81.

se prevén en dicho momento, pero no les asegura el tiempo que puede durar la persecución de su delito⁶⁴⁶.

En mi opinión, limitar los alcances de la función motivadora de la norma penal al derecho material no se condice con el fin preventivo-general que trasunta al *sistema penal en su conjunto*⁶⁴⁷ y con el *estándar* que el concepto de motivación exige. Y es que, las normas penales materiales no son las únicas que cumplen una función de cálculo del comportamiento humano, también lo hacen las normas que inciden sobre la pena o la libertad personal⁶⁴⁸, al margen de su ubicación sistemática. Por ende, la exigencia de *lex praevia* no sólo compete a las normas de conducta.

Piénsese en un delito cuya pena máxima sea de 6 años de privación de libertad (severidad relativa), pero en el que no opere la prescripción de la acción penal, el plazo máximo de detención preventiva fuese de 140 meses, no proceda recurso de queja en ningún caso y no tuviese beneficios penitenciarios. Que duda cabe que dichas normas, aunque formen parte de la Parte general, del Derecho procesal penal o del Derecho penitenciario, influirán significativamente en la decisión que tome una persona antes de cometer dicho ilícito penal y pueden terminar por disuadirla.

Efectivamente, no sólo cuando un delito y la pena se encuentran fijados en una ley, las personas pueden determinar correctamente su comportamiento conforme a derecho y calcular los costos y beneficios de sus acciones. Es evidente que un tipo penal rodeado de dicho marco penal

⁶⁴⁶ Ragués I Valles 2004: 81.

⁶⁴⁷ La consideración del derecho penal como «sistema integral» será abordada *in extenso* en el capítulo VI.

⁶⁴⁸ *Vid.* Caro Coria 2004: 54.

también cumple la función de motivación en la persona del delincuente. Por esa razón, Muñoz Conde y García Arán entienden que «*bajo el concepto de motivación se comprenden, pues, todos aquellos procesos que explican la conducta o la hacen comprensible*»⁶⁴⁹.

Por lo tanto, no importa a quiénes estén dirigidas las normas *ex post facto*, esto es, a los ciudadanos (normas primarias o de conducta) o a los jueces (normas secundarias o de decisión), conforme a la distinción de la doctrina⁶⁵⁰; pues, en realidad, *todos son destinatarios de todas las normas*⁶⁵¹. Como señala Maier⁶⁵², no se trata aquí de establecer *quiénes han recibido el mensaje de la norma*, sino en última instancia, *quiénes pueden recibirlo*. Así, la determinación de quienes pueden recibir el mensaje de la norma, para efectos de establecer la vigencia de la función motivadora de la norma penal, considero, sólo debe depender del contenido de la misma: si ésta afecta derechos fundamentales, aunque no sea parte del Derecho penal sustantivo, podrá ser aprehendida por cualquier ciudadano.

Esta afirmación, se sustenta en la idea de que la función de motivación de la norma penal no le pertenece a exclusividad a la norma

⁶⁴⁹ Muñoz Conde y García Arán 1998: 68.

⁶⁵⁰ La diferenciación entre normas de conducta y normas de sanción (o de decisión) es de suma importancia a la hora de articular una prevención orientada a la reducción de la violencia. Vid, Silva Sánchez 2015: 72. «Las primeras están dirigidas a los ciudadanos y tienen como presupuesto de hecho una prohibición o mandato y una consecuencia jurídica. Se tratan, de las normas de la Parte general y Parte especial que contienen los delitos, las penas y los presupuestos de punibilidad. Las segundas, en cambio, están dirigidas a los jueces, ordenándoles la imposición de sanciones penales en el caso se contravengan las normas primarias. Dentro de ellas, se encuentran las normas de carácter procesal y de ejecución». Asimismo, *vid.*, entre otros, Gonzáles Tapia 2002: 161-162. Con más amplitud, Silva Sánchez 1992: 311-315.

⁶⁵¹ Kaufmann citado por Maier 1996: 24.

⁶⁵² Maier 1996: 25.

primaria (delito y pena), pues existen normas secundarias que, dado su carácter restrictivo de derechos individuales, son internalizadas por el potencial delinciente, reforzándose la motivación generada por la norma primaria. En este orden de ideas, con toda claridad, Silva Sánchez sostiene:

«Ahora bien, que el papel central de la misión de motivación le corresponda a la norma penal (primaria), no significa, según creo, que se agote en ella. También la norma secundaria y la propia ejecución de la pena impuesta tienen un efecto de refuerzo sobre la motivación ejercida por la norma primaria»⁶⁵³.

Como se puede apreciar, una aplicación retroactiva de preceptos ajenos al Derecho penal material, pero que igualmente afecten la cantidad y calidad de pena, su forma de ejecución, la libertad personal u otro derecho fundamental conexo, sería contraria a la función de motivación de la norma penal y, con ello, a la vigencia del principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial.

En este sentido, Caro Coria, a propósito de la Constitución del Perú, señala:

«El art. 103 pf. 2 de la Constitución recoge este principio fundamental: “ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”. Uno de los fundamentos político-criminales de este principio, radica en el hecho de que, la proyección y abstracción mental

⁶⁵³ Silva Sánchez 1992: 355.

que puede efectuar un potencial delincuente antes de cometer el hecho punible, pasa por evaluar las consecuencias jurídicas que acarreará su conducta, según las normas vigentes en dicho momento. Si las consecuencias de su conducta fueran inciertas o variables, perdería sentido la prevención general y la función de motivación de la norma penal»⁶⁵⁴.

En forma similar, para Maier:

«Las leyes siempre rigen para el futuro (CC,3, texto originario, anterior a la vigencia de la llamada “ley” n° 17.711) y con razón, pues es la única manera de concebir la ley como regla de cálculo del comportamiento humano y como forma general de equiparar el trato que la autoridad brinda a los seres humanos. En efecto, las reglas no pueden cumplir su función de cálculo sobre comportamientos ya sucedidos, sino estaban vigentes a la época del suceso, pues el autor no ha podido determinar su conducta por ellas; de ahí que las normas, aplicadas a comportamientos pasados, tampoco puedan cumplir la función política que determina su existencia: influir –como uno de los motivos- en las personas que realicen ciertos comportamientos y omitan otros; y también, para que puedan relacionarse entre sí con algún sentido racional (...)»⁶⁵⁵.

⁶⁵⁴ Caro Coria 2004: 50-51

⁶⁵⁵ Maier 1996: 247.

No obstante todo lo anterior, el único problema que plantea fundamentar la irretroactividad en la función de motivación de la norma penal, al igual que en la culpabilidad, estriba en que, difícilmente podría impedirse –bajo este argumento- la aplicación retroactiva de una norma desfavorable a un sujeto inimputable que no puede motivarse del contenido prohibitivo de la norma *ex post facto*, aún cuando ésta hubiese estado vigente en el momento del hecho⁶⁵⁶. Por ello, Muñoz Conde y García Arán sostienen con total acierto que «*la norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos*»⁶⁵⁷.

Y es que, si bien la función de motivación que cumple la norma penal es primariamente social, general, es decir, incide en la comunidad; en su última fase es individual, pues incide directamente en el individuo concreto⁶⁵⁸. Como señala Rojas Vargas, la función de motivación es genérica, en tanto y en cuanto se dirija a «*todo el colectivo humano penalmente imputable*»⁶⁵⁹. Lo que demuestra que la función motivadora de la norma penal, para que cumpla su cometido preventivo, tiene que concretarse necesariamente en un sujeto con capacidad de *imputabilidad*, pues, como apunta Parsons «*todos los procesos de motivación son procesos que se producen en las personalidades de los actores individuales*»⁶⁶⁰. De ahí que, como señala Silva Sánchez, la visión moderna de la legalidad –del

⁶⁵⁶ La calculabilidad significa el estado ideal en el que el ciudadano puede conocer cómo y cuándo pueden hacerse los cambios, con lo que se impide que sea sorprendido. Pero esa calculabilidad solo existe si el ciudadano puede controlar, hoy, los efectos que le atribuirá el Derecho mañana, lo que solo ocurre si el ciudadano tiene, en gran medida, capacidad de, anticipar y medir el peligro. En similares términos, *vid.* Ávila 2012: 582.

⁶⁵⁷ Muñoz Conde y García Arán 2004: 357.

⁶⁵⁸ Muñoz Conde y García Arán 2004: 62.

⁶⁵⁹ Rojas Vargas 2004: 34.

⁶⁶⁰ Parsons citado por Muñoz Conde y García Arán 2004: 62.

cual emana la exigencia de *lex praevia*- no tendría ya como horizonte el de garantizar una motivación directa del ciudadano por el contenido de las leyes⁶⁶¹.

C) La prohibición de leyes penales *ad hoc*

Otro de los fundamentos de la prohibición de retroactividad, es la prohibición de leyes penales *ad-hoc*, motivadas por el uso simbólico del Derecho penal. Y es que, para que pueda sancionarse una acción como delictiva, tal acción ha de estar prevista como delito con anterioridad a su realización. Este requisito impide crear una ley *ad hoc* para sancionar una acción que ya es realidad⁶⁶².

Por regla general, las leyes se caracterizan por su generalidad y abstracción. Pero hay casos en los que, excepcionalmente, es necesario regular situaciones que afectan a un número más reducido de destinatarios, mediante la dación de leyes especiales. El art. 103º de la Const. admite tales leyes, cuando así lo exige la naturaleza de las cosas, más no por razón de la diferencia de personas⁶⁶³.

⁶⁶¹ Así, Silva 2009: 22.

⁶⁶² En este sentido, Polaino Navarrete 2004: 330. En el mismo sentido, Roxin 1997: 161, señala que: «La prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad político jurídica por el hecho que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar *a posteriori* las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. Pues bien, impedir que se produzcan tales leyes *ad hoc*, hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho»

⁶⁶³ Sobre la interpretación constitucional del TC a este respecto, *vid.* las sentencias recaídas en los expedientes N° 0001-2003-AI-TC de 4.7.03, N° 0004-2000-AI-TC de 9.5.01, N° 1100-2000-AA-TC de 30.11.00. Para más información, *vid.* Rubio Correa

En este marco, una ley penal *ad hoc* constituye una ley especial, que si bien, en principio, cumple con la exigencia del art. 103° de la Const., tiene la particularidad de que nace con la intencionalidad de solucionar o regular una situación de hecho concreta, no satisfecha por la ley vigente al momento de la comisión del delito, en función a la cual la persona calculó las consecuencias de su conducta. Esa vocación de regular *hechos ya sucedidos* y a *autores ya conocidos* motiva la prohibición de la aplicación de leyes *ad hoc* retroactivamente.

De admitirse la dación de leyes penales *ad hoc* como parte de la política criminal, con la finalidad de regular una situación preexistente no prevista legalmente o no en la medida requerida, se atenta contra la exigencia de irretroactividad. Como señala Grünwald:

«no cabe admitir leyes ad hoc, las cuales fácilmente podrían ser promulgadas bajo la conmoción de un concreto caso, resultando luego, a consecuencia de una ponderación a distancia en el tiempo, excesivamente severas conforme al principio de proporcionalidad punitiva»⁶⁶⁴.

Conforme a esta concepción, el ámbito de aplicación de la prohibición de retroactividad es más amplio; puesto que, no importa la naturaleza jurídica de la norma penal *ad hoc* –material, procesal o ejecutiva- promulgada *a posteriori*. Basta que cronológicamente entre en vigor después y pretenda regular situaciones anteriores, para que no posea efectos retroactivos.

2005: 220-224. Caso distinto son las leyes «de caso único», las que – a todas luces- están proscritas por dicha cláusula constitucional.

⁶⁶⁴ Citado por Blanco Lozano 2004: 176.

Sin embargo, como no en todo conflicto de leyes penales en el tiempo concurre la presencia de una ley *ad hoc* en el sentido antes descrito, no siempre servirá de fundamento a la irretroactividad de una ley posterior perjudicial. Es el caso de una ley penal dictada como producto de una actualización de la política criminal, sin que los destinatarios sean un grupo o segmento en particular. Por ejemplo, la incorporación del delito de conducción en estado de ebriedad. Por ello, este fundamento tampoco satisface a plenitud la *ratio* del principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial.

IV. Fundamento axiológico: la seguridad jurídica

A) Seguridad jurídica como certeza

Según la opinión mayoritaria, la seguridad jurídica es, el fundamento que mejor describe la *ratio* de la prohibición de retroactividad en materia penal⁶⁶⁵. Ésta exige, a través de la perspectiva temporal del principio de legalidad penal (*lex praevia*), que se aplique la ley vigente en el momento de la comisión del delito, pues no en vano es la única que rige el suceso en el momento relevante de su acaecimiento. Aplicando dicha ley, y no otra anterior –ya derogada- o posterior -normalmente incognoscible-, los destinatarios de la norma, que de un modo u otro son todos los ciudadanos, saben qué va a pasar jurídicamente, cómo va reaccionar el Estado tras la

⁶⁶⁵ Por todos, Gonzáles Tapia 2002: 166. De manera más acotada, Suárez Collía 2005: 115 entiende que si bien el fundamento esencial de la prohibición de retroactividad reside en exigencias de seguridad jurídica, ésta debe ser interpretada en función de la naturaleza de la norma jurídica y de la estructura de la relación, situación o hechos a los que ésta se refiere.

realización de un cierto comportamiento. Y no otra cosa que dicho conocimiento es la seguridad jurídica⁶⁶⁶.

En lo que no existe acuerdo doctrinario es en el contenido de dicha seguridad jurídica, la cual es entendida de distinta manera⁶⁶⁷, dependiendo del mayor o menor grado de objetividad con que ésta se defina⁶⁶⁸. Una primera aproximación, yendo de menor a mayor en términos de objetividad, es la idea de seguridad jurídica como certeza o garantía frente a la aplicación sorpresiva de leyes penales⁶⁶⁹.

La seguridad jurídica entendida como certeza, implica el conocimiento del ámbito de lo prohibido por el Derecho penal y la confianza en que dicho marco penal, vigente en el momento de cometido el hecho, no será modificado *a posteriori* por el legislador y aplicado por el juez cuando corresponda su enjuiciamiento. Desde esta perspectiva, el principio de irretroactividad en materia penal es una exigencia básica de la seguridad jurídica, en la medida en que posibilita la confianza del ciudadano en el derecho vigente, conforme al cual orienta su vida en

⁶⁶⁶ Lascuráin Sánchez 2000: 19. Siguiendo a Ávila 2012: 568: «el principio de seguridad jurídica fundamenta la validez e instrumentaliza la eficacia de las demás normas jurídicas. Sin embargo, estas funciones de fundamento e instrumentalización no solo se refieren a aspectos estáticos de las normas sino también a aspectos dinámicos, estos relativos tanto a la transición del pasado al presente, y del presente al futuro, como –y esto es decisivo– a la transición del nivel abstracto al nivel concreto de aplicación del Derecho».

⁶⁶⁷ Para González Tapia 2002: 167, existen dos posiciones de cómo entender la seguridad jurídica: «una más subjetiva, claramente liberal, equivalente a certeza del derecho vigente para el ciudadano; otra más objetiva, que a lo anterior añade una confianza general, y en cierto modo desvinculado del conocimiento de la norma, en la actuación no arbitraria de los poderes públicos». Por su parte, Ávila 2012: 573: «señala que el aspecto material de la seguridad jurídica denota tres estados: cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad».

⁶⁶⁸ Sobre la necesidad de alcanzar la máxima objetividad al fundamentar la irretroactividad, *vid.* Frígols I Brines 2004: 276. En el mismo sentido, pero desde una perspectiva funcionalista del derecho penal, *vid.* Jakobs 1997: 115.

⁶⁶⁹ Para más información, *vid.* González Tapia 2002: 182-190.

sociedad, y *sabe a qué atenerse*, sin temor a una aplicación sorpresiva de una ley penal posterior⁶⁷⁰. En otras palabras, se otorga tranquilidad y confianza acerca de cuáles son las acciones prohibidas, debidas y permitidas⁶⁷¹.

El TC ha vinculado la exigencia de certeza con el principio de irretroactividad y taxatividad, imponiéndole al legislador la obligación de:

«(...) perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse (...) Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no (...) provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas»⁶⁷².

⁶⁷⁰ En términos similares, Gonzáles Tapia 2002: 184.

⁶⁷¹ Así, Fierro 2003: 301.

⁶⁷² Vid. STC 46/1990 FJ4. Asimismo concluye el TC: «Finalmente ha infringido también el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.) al generar una situación de incertidumbre jurídica en todo lo referente a la legislación de aguas aplicable en el territorio insular. La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean éstas. La vulneración de la seguridad jurídica es patente y debe ser declarada la inconstitucionalidad también por este motivo.»

La seguridad jurídica, en tanto expresión de certeza, es interdependiente de la *lex stricta* requerida por el mandato de determinación, que impone la descripción precisa de los tipos penales, para no caer en el marasmo de la indeterminación, de la cual constituyen un ejemplo paradigmático las leyes de Nuremberg de 1935, que definieron como delito a las conductas contrarias al *sano sentimiento del pueblo*⁶⁷³.

Empero, aunque éste parezca un fundamento muy preciso del *por qué* impedir la retroactividad desfavorable de la ley penal, no lo es. La realidad pone en evidencia que, la formulación teórica del mismo, basada en la presunción *iure et de iure* del conocimiento general de las leyes por parte de los ciudadanos, no es muy defendible. En efecto, como ya se ha expuesto con ocasión del principio de culpabilidad⁶⁷⁴, un sector importante de la doctrina considera que dicho conocimiento es relativo, circunscrito a la conducta prohibida; quedando sin mucha explicación la extensión de la prohibición de retroactividad para supuestos que no versen sobre una nueva incriminación, como la agravación de incriminaciones ya existentes⁶⁷⁵. A ello se le suma que, la seguridad jurídica entendida como certeza, dejaría sin vida al Derecho penal internacional, basado en reglas no escritas⁶⁷⁶.

⁶⁷³ Así, Fernández 2015: 81-82, para quien sólo el derecho legislado produce seguridad y certeza jurídica.

⁶⁷⁴ *Vid. supra* capítulo IV, epígrafe III. A)

⁶⁷⁵ Asimismo, debe tomarse en cuenta que según la RAE semánticamente «certeza» significa «conocimiento seguro y claro de algo» y/o «firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor a errar»; por lo que, trasladado al ámbito de lo jurídico, sería contrario a la realidad sociológica que un ciudadano tenga un conocimiento pleno y exacto de la diversidad de normas en las que se edifica el sistema penal.

⁶⁷⁶ Así, Fernández 2015: 81, señala que: «El Estado de derecho, a través de la exigencia de estricta legalidad, pivotea alrededor de un valor de seguridad jurídica, la cual implica sumisión del poder público al derecho y sólo puede lograrse a través de la positividad del ordenamiento jurídico. Sólo la realización estricta del rule of law es lo que confiere

En contra de estas argumentaciones se defiende, con razón, la necesidad de proteger la confianza del ciudadano incrédulo, no fiel a la inmutabilidad del derecho vigente⁶⁷⁷. Pero a su vez, esta postura, refuerza la tesis de que, planteando la seguridad jurídica como certeza, la prohibición de retroactividad adquiere un grado muy elevado de subjetividad, al punto que su ámbito de aplicación variará en función del caso concreto.

B) Seguridad jurídica como previsibilidad

Aunque vinculada estrechamente a la certeza⁶⁷⁸, la previsibilidad como contenido de la seguridad jurídica ofrece mayor objetividad de cara a la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial⁶⁷⁹; puesto que, como apunta Frígols I Brines, garantiza:

«(...) la posibilidad de previsibilidad y calculabilidad de las injerencias del poder estatal y, concretamente, del Derecho penal por parte del ciudadano”, el cual, de esta forma, puede conocer de antemano tanto la valoración como las consecuencias de su conducta antes de actuar, de forma que no pueda ser sorprendido a posteriori con valoraciones o consecuencias distintas a la misma.»⁶⁸⁰

Como se puede apreciar, la previsibilidad -denominada en Alemania *protección de confianza*- como núcleo esencial de la seguridad jurídica, no

confianza y seguridad a los ciudadanos, colmando sus expectativas. Es lo que se reafirma en la “tranquilidad” que inspira la ley».

⁶⁷⁷ González Tapia 2002: 189.

⁶⁷⁸ Para Saínez Moreno citado por Lascaraín Sánchez 2000: 20, la seguridad jurídica es: «la cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que previsiblemente lo será en el futuro».

⁶⁷⁹ Vid. Frígols I Brines 2004: 284.

⁶⁸⁰ Frígols I Brines 2004: 284.

exige, a diferencia de la seguridad jurídica como *certeza*, la cognoscibilidad efectiva de las normas como presupuesto central, sino, fundamentalmente, la antelación de la norma a defraudar, en tanto que es la única manera en que un ciudadano puede prever las repercusiones de su conducta en el ámbito de su libertad⁶⁸¹. A partir de esta comprensión, una norma penal retroactiva debe quedar excluida, en la medida en que de ningún modo ésta podría ser previsible⁶⁸².

El Tribunal Constitucional peruano, a la par que reconoce el principio de seguridad jurídica como parte integrante del derecho interno⁶⁸³, reconoce a la *previsibilidad* como parte de su núcleo esencial:

«El principio de seguridad jurídica forma parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad»⁶⁸⁴.

«En el expediente N° 016-2002-AI/TC, el Tribunal consideró que la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca

⁶⁸¹ Frígols I Brines 2004: 287.

⁶⁸² Frígols I Brines 2004: 287.

⁶⁸³ *Vid.* Rubio Correa 2005: 282, comentando la sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Exp. N° 0016-2002-AI-TC de 30.4.03.

⁶⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N° 016-2002-AI/TC de 30.4.03.

*asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad».*⁶⁸⁵

La CIDH, también concibe a la seguridad jurídica como fundamento de la irretroactividad, en el sentido de previsibilidad:

*«Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales. Por otro lado, si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos del principio de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva»*⁶⁸⁶.

La interrogante que suscita esta concepción es cuál debe ser la medida de la previsibilidad. Esto es, qué expectativas protege el Derecho

⁶⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N° 001-2003-AI/TC de 4.7.03

⁶⁸⁶ Así lo ha establecido la CIDH en el caso «*García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*», mediante sentencia de 25.11.05.

penal y cuáles no⁶⁸⁷. Si ésta se mide en términos subjetivos, en función a cada ciudadano en particular, no habría uniformidad en los alcances de la irretroactividad, y de paso se atentaría contra el principio de igualdad⁶⁸⁸; con lo cual, en nada se apartaría de las críticas formuladas al principio de culpabilidad⁶⁸⁹ y la seguridad jurídica como certeza⁶⁹⁰.

En cambio, si se define la previsibilidad en términos más objetivos, como previsibilidad de las injerencias estatales en el ámbito de libertad del ciudadano⁶⁹¹, los alcances de la prohibición de retroactividad serían más amplios y uniformes. Bajo esta tesis, todas las normas del sistema penal estarían protegidas por el principio de irretroactividad, sin importar su ubicación sistemática, ni a quién estén dirigidas (normas primarias o secundarias), en tanto sean susceptibles de ser estimadas *ex ante* como normas negativas y restrictivas de la libertad personal por parte de los ciudadanos. En este sentido, Lascurain Sánchez sostiene que la seguridad jurídica garantiza «*la previsibilidad para los ciudadanos de las consecuencias jurídicas de sus comportamientos que sean relevantemente negativas para ellos*»⁶⁹².

Empero, el cuestionamiento a este fundamento otra vez es su discutible aplicabilidad a sujetos inimputables. Ello, por cuanto un

⁶⁸⁷ Según el Diccionario de la Real Academia, previsible es «lo que puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales». Prever es «ver con anticipación» o «conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder».

⁶⁸⁸ En este sentido, Frígols I Brines 2004: 288, sostiene que: «si la aplicación de las garantías tuviese como medida a cada uno de los ciudadanos y su capacidad de previsión, se producirían diferencias de tratamiento difícilmente justificables de acuerdo con el principio de igualdad».

⁶⁸⁹ *Vid. supra* capítulo IV, epígrafe III A)

⁶⁹⁰ *Vid. supra* capítulo IV, epígrafe IV A)

⁶⁹¹ Frígols I Brines 2004: 292.

⁶⁹² Lascurain Sánchez 2000: 21.

ciudadano concreto sin capacidad de discernimiento, incapaz de motivarse por la norma positiva, cómo podría prever lo que no está en aptitud de conocer y/o de internalizar, por más que se entienda que el objeto de salvaguarda no son las previsiones ciertas y reales, sino la previsibilidad como una posibilidad abstracta⁶⁹³. Y es que, el estándar de sujeto razonable⁶⁹⁴, no resulta aplicable para un inimputable, quien no tiene siquiera la posibilidad –abstracta o imaginaria- de discernir y por tanto prever una conducta delictiva. Es por esta razón, que no parece el fundamento más preciso. Más bien, se debe de continuar en la búsqueda de un contenido más objetivo de la seguridad jurídica, cuya aplicación sea más universal.

C) Seguridad jurídica como límite objetivo al *ius puniendi* estatal

En la escala –de menos a más- de objetividad planteada, esta justificación de la prohibición de retroactividad, planteada por Frígols I Brines, se encuentra en la cúspide. Y es que, la seguridad jurídica, entendida como límite objetivo al *ius puniendi* estatal, ya no sólo garantiza la previsibilidad de la reacción estatal, sino también la neutralidad y limitación de la misma⁶⁹⁵.

Al condicionarse la legitimidad del ejercicio de los poderes públicos a la previa definición de la norma cuya aplicación se pretende, se garantiza la objetividad de las leyes penales⁶⁹⁶ y se impone una autolimitación del *ius*

⁶⁹³ Así, García Amado 2016: 322.

⁶⁹⁴ El estándar del delincuente racional o desapasionadamente calculador o informado, al que alude García Amado 2016: 322, no aplica.

⁶⁹⁵ Frígols I Brines 2004: 294.

⁶⁹⁶ En este sentido, Gonzáles Tapia 2002; 193.

puniendi al Estado⁶⁹⁷. Aquí ya no interesa el ciudadano en particular o el destinatario de la norma concreta. Lo único relevante es que la intervención punitiva se funde en una regulación anticipada con validez general. En otras palabras, con arreglo a esta fundamentación, el comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ocurridos, peor aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino *por anticipado y con validez general*, precisamente mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho.”⁶⁹⁸

Esta garantía de objetividad como limitación de la actuación de los poderes públicos, ha sido plasmada en la jurisprudencia del TC:

«El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la «predecible» reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal»⁶⁹⁹.

Para este tribunal, la garantía de objetividad está vinculada a la confianza de todos los ciudadanos en la sumisión de los poderes públicos a la ley, fija e inamovible respecto al pasado, sea cual sea la reacción social o

⁶⁹⁷ En este sentido, Frígols I Brines 2004: 294.

⁶⁹⁸ Schreiber citado por Jakobs 1997: 82.

⁶⁹⁹ Así, la ya relievada sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Exp. N° 016-2002-AI/TC de 30.4.03.

la valoración que posteriormente pueda recibir el comportamiento realizado.

A partir de este punto de vista, ingresa dentro de los alcances de la prohibición de retroactividad toda norma penal –material, procesal o de ejecución-, en la medida de que cualquier intento de aplicación retroactiva –por motivos de persecución política o de simple actualización de la política criminal-, que afecte los derechos fundamentales de los ciudadanos, supondría el resquebrajamiento de la neutralidad a la que el Estado se ha obligado a respetar. Se trata, en definitiva, de una cautela general de prudencia y objetividad, tanto frente a decisiones legislativas que respondan a fines de persecución política o social, como a las que estén motivadas por la impresión de los hechos o la alarma social⁷⁰⁰.

En cuanto a las críticas que se dirigen contra esta ampliación del ámbito de aplicación de la prohibición de retroactividad, éstas, radican en que, conforme al Derecho constitucional vigente en la mayoría de países de tradición romano-germánica, la irretroactividad sólo prohíbe expresamente la retroactividad de los delitos y las penas y que, ampliar sus alcances a todas las normas que afectan a los derechos y libertades de los individuos implica llevar a cabo una *petitio principii*⁷⁰¹. Asimismo, y muy vinculado a lo anterior, se cuestiona el concepto mismo de potestad punitiva, entendiendo por tal, el derecho de penar del Estado, asociado exclusivamente al delito y la pena⁷⁰², más no las injerencias estatales en otros ámbitos.

⁷⁰⁰ González Tapia 2002: 196-197.

⁷⁰¹ Así, Frígols I Brines 2004: 294.

⁷⁰² Sigue esta concepción restringida, Bustos Ramírez 2004: 546, tomo I., quien define el *ius puniendi* como: «una decisión político-criminal en una norma que declara *punible* un

En contra de estos ataques hay que sostener, en primer lugar, que el art. 9.3º de la CE, que establece la prohibición de retroactividad de *disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*, por lo que, dicha cláusula no permite apreciar que la voluntad del legislador español fuera la de limitar los alcances de la prohibición de retroactividad al Derecho penal material.

En segundo lugar, conforme al Derecho penal contemporáneo, el ámbito de aplicación de la prohibición de retroactividad no encuentra como límite el Derecho penal sustantivo, y ello no supone exceder sus alcances más allá de su razón de ser. En realidad, esta idea se soporta en una visión más real del contenido de potestad punitiva o *ius puniendi* estatal. Y es que, la potestad punitiva del Estado no se reconduce únicamente al ámbito de la punibilidad. Ésta también es ejercida por el Estado en otros ámbitos, como en el proceso penal y en la ejecución de la pena.

V. Otras fundamentaciones

Con menor éxito y acogida en la literatura penal, el principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial ha sido también fundamentado en la libertad personal⁷⁰³, en el principio de justicia material⁷⁰⁴ y en el principio de *favor libertatis*⁷⁰⁵. De los tres, este último no es -en mi opinión- propiamente un fundamento de la prohibición de retroactividad.

Ello, por cuanto el principio de *favor libertatis* únicamente ofrece una solución al conflicto temporal de normas, eligiendo la más favorable en

hecho y *perseguido* a su autor. El *ius puniendi* es expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima».

⁷⁰³ Vid. Hurtado Pozo 2005: 294.

⁷⁰⁴ Vid. Blanco Lozano 2004: 176.

⁷⁰⁵ Sostiene esta postura, Pagliaro citado por Castillo Alva 2004a: 101.

el tiempo. Su aplicación puede generar una aplicación ultractiva, inmediata o retroactiva, dependiendo de cuál norma sea más beneficiosa para el reo. Por tanto, más que una justificación de la irretroactividad, constituye una pauta que coadyuva a la selección de la ley aplicable.

VI. Toma de postura: la exigencia de neutralidad en la respuesta penal

Todos los fundamentos planteados justifican en alguna medida la prohibición de retroactividad. La diferencia entre unos y otros estriba en el grado de objetividad y sus alcances prácticos. Así, la seguridad jurídica entendida como certeza, al condicionar la vigencia de la irretroactividad al conocimiento particular del derecho por parte del ciudadano, no permite una aplicación uniforme –objetiva- de la exigencia de *lex praevia*. Mientras que, por otro lado, el principio de culpabilidad, la función de motivación de la norma penal y la seguridad jurídica entendida como previsibilidad, no pueden explicar con mucho éxito la irretroactividad para inimputables incapaces de motivarse de la prohibición y aflictividad que contiene la norma penal.

Asimismo, la prohibición de leyes penales *ad-hoc*, como fundamento de la prohibición de retroactividad, resulta insuficiente para explicar la irretroactividad en todos los casos. En efecto, cuando el cambio normativo perjudicial es originado por una ley *ad hoc* es claro en que el fundamento más acertado sería el de su prohibición. Sin embargo, cuando la sucesión normativa no se debe a la promulgación de una ley *ad hoc*, sino a una mera actualización de la política criminal, este fundamento deja de tener validez.

En mi opinión, el fundamento que mejor se condice con la necesidad de frenar el exceso del poder del Estado y que explica de manera más objetiva la prohibición de retroactividad, es la seguridad jurídica entendida como exigencia de neutralidad en el ejercicio del *ius puniendi* estatal⁷⁰⁶. Bajo este entendimiento, el alcance de la irretroactividad no varía en función del individuo concreto, pues no interesa su imputabilidad, su aptitud motivacional, su fidelidad o no al ordenamiento vigente⁷⁰⁷ o si es el destinatario de la norma (norma primaria o secundaria). Basta únicamente con que concurra una ley posterior al evento delictivo y que la misma constituya una manifestación de potestad punitiva, para que opere plenamente el principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial, como garantía de objetividad y neutralidad estatal⁷⁰⁸.

Esta conclusión guarda relación con el origen político del principio de legalidad, en la medida que pone de relieve su carácter originario de protección frente a la arbitrariedad estatal⁷⁰⁹. Postulado que comparte la seguridad jurídica, la cual exige que los poderes públicos pierdan su discrecionalidad al aplicar la ley penal. Nótese, que el ciudadano no puede ser objeto del azar en materia penal, pues, el ejercicio real de sus libertades exige una condición previa y objetiva de seguridad⁷¹⁰.

⁷⁰⁶ En sentido similar, pero con particularidades se decantan Frígols I Brines 2004: 295-302; Gonzáles Tapia 2002: 180.

⁷⁰⁷ Para más detalle sobre la confianza depositada en el ciudadano «no fiel al Derecho», *vid.* Jakobs 1997: 81.

⁷⁰⁸ En el mismo sentido, se decantan Frígols I Brines 2004: 295-302; Gonzáles Tapia 2002: 180.

⁷⁰⁹ En esta línea, Ávila 2012: 588 señala que: «la seguridad jurídica exige la seguridad de la transición del presente al futuro por medio de la anterioridad, la continuidad y la vinculabilidad normativas. Solamente mediante estas garantías el ciudadano podrá ver asegurada, en el futuro, la libertad ejercida en el presente, sin sorpresa o engaño».

⁷¹⁰ Urquizo Olaechea 2006: 577.

Además, esta justificación parte de una premisa inobjetable: el Estado no sólo ejerce su potestad punitiva mediante el Derecho penal material. En efecto, el *ius puniendi* estatal no puede concebirse únicamente en el sentido de conminación de conductas ilícitas e imposición de penas⁷¹¹. La potestad punitiva del Estado no sólo es ejercida a través de la Parte general o de la Parte especial del CP. El poder sancionador del Estado se verifica en todas las etapas en las que éste exhibe la capacidad de modificar la situación jurídica de los ciudadanos: en la investigación preliminar, en el proceso penal y en la ejecución de la pena.

A este respecto resulta ilustrativa la sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Exp. N° 1268-2001-HC/TC de 15 de abril de 2002, en la que el tribunal establece la necesidad de respetar los principios constitucionales y derechos fundamentales del imputado más allá del procedimiento judicial propiamente dicho⁷¹², en la medida que constituye un hecho innegable que el Estado manifiesta su poder coercitivo desde la investigación policial y fiscal e; incluso, una vez concluido el proceso, en la ejecución misma de la sanción penal. En la misma dirección, la CIDH ha señalado que:

«en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos

⁷¹¹ Así lo entiende Rodríguez Devesa y Serrano Gómez 1994: 36-37, para quienes el concepto de *ius puniendi* es más amplio que el derecho del Estado a imponer penas y ejecutarlas cuando se comete un delito, pues abarca también, la facultad del Estado de establecer normas penales, es decir, dictar preceptos en que se conecta al delito, como presupuesto, la pena o la medida de seguridad como consecuencia jurídica.

⁷¹² Así, el fundamento N° 3 de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Exp. N° 1268-2001-HC/TC de 12.4.02, relacionado al derecho de defensa en la etapa prejudicial.

del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo»⁷¹³.

Efectivamente, que duda cabe, por ejemplo, que la detención preliminar antes de proceso, la detención preventiva y el arresto domiciliario o todo el régimen relativo a la forma y condiciones de ejecución de la pena, son manifestaciones auténticas de *ius puniendi* estatal. El hecho que estas medidas no constituyan castigos en sí mismas, no por ello deben dejar ser protegidas del mismo modo que el derecho sustantivo, pues bien se tratan de condiciones imprescindibles para la imposición de dichos castigos, bien afectan a los derechos fundamentales de forma tan gravosa como el mismo castigo, o bien se encuentran rodeadas de un contexto punitivo que las asimila a dicho castigo⁷¹⁴.

Lo que sucede es que, tradicionalmente, la concepción del *ius puniendi* ha estado enfocada a la culpabilidad y a la prevención general⁷¹⁵. Pero esta visión clásica y teórica es superada hoy en día por la realidad, ante la necesidad imperiosa de que la restricción de los derechos fundamentales de los ciudadanos no dependa de las tormentas que azotan la esfera política o de la exaltación social del momento. Sobre esta redefinición del concepto de potestad punitiva, Frígols I Brines sostiene que:

«Si bien es cierto que son los delitos y sus penas aquellos elementos de la potestad punitiva del Estado que gozan de un carácter simbólico como castigo más inmediato, creo que

⁷¹³ Así lo ha establecido la CIDH en el caso «*García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*», mediante sentencia de 25.11.05.

⁷¹⁴ Frígols I Brines 2004: 301.

⁷¹⁵ Frígols I Brines 2004: 300.

entender que la potestad punitiva se limita a ellos, es tener una imagen no sólo muy pobre, sino también equivocada, de lo que es dicha potestad»⁷¹⁶.

Por tanto, por *ius puniendi* se debe entender toda manifestación de poder del Estado que modifique la situación jurídica de los ciudadanos en cualquier instancia del procedimiento penal, mediante la afectación de sus derechos fundamentales. Ello, en atención a que la injerencia de la potestad punitiva del Estado se puede producir por medios distintos al Derecho penal sustantivo, pero que al afectar igualmente derechos individuales del ciudadano, deben hallarse también protegidos por la irretroactividad. De ahí, que con mayor aproximación, aunque claro no en la extensión necesaria que aquí se postula, Rodríguez Devesa y Serrano Gómez entiendan que el concepto de *ius puniendi* no puede reducirse al derecho o facultad de penar⁷¹⁷.

Para dotar de sentido, coherencia y juridicidad real al postulado anterior, es importante precisar que no –necesariamente– todo el catálogo de derechos fundamentales se encuentra protegido por la exigencia *lex praevia*. Ello, por cuanto las normas penales, por el sólo hecho de serlo, afectan siempre a algún derecho fundamental⁷¹⁸, lo que nos llevaría a tener que pertetar y congelar casi todo el ordenamiento jurídico-penal, haciendo inviable una actualización del mismo por más necesaria que sea ésta. Por ejemplo, en el ámbito procesal, podría presentarse una afectación a los

⁷¹⁶ Frígols I Brines 2004: 298.

⁷¹⁷ Para Rodríguez Devesa y Serrano Gómez 1994: 37, el concepto de *ius puniendi* debe definirse como: «el derecho del Estado a establecer normas penales y aplicarlas cuando se cumplan los requisitos en ellas prevenidos».

⁷¹⁸ Así, Muñoz Conde y García Arán 2015: 114.

derechos fundamentales a la igualdad, a la defensa, al debido proceso, doble instancia, etcétera, y no necesariamente todos estos deben seguir la regla del *tempus comissi delicti*.

Lo determinante, a mi modo de ver, es que el derecho fundamental comprometido tenga una vinculación *directa y próxima* con la libertad. No es lo mismo prohibir la aplicación retroactiva de una norma procesal que aumenta el plazo de prisión preventiva, que incide directa e inmediatamente en el ámbito de libertad del imputado, que prohibir la aplicación retroactiva de una norma procesal que establece la prohibición de un recurso, pues en este último caso, si bien podría argumentarse que se afecta un derecho fundamental y que además de manera indirecta la libertad del imputado, así como la neutralidad estatal, es más distante y a la vez menos invasivo, por lo que podría tolerarse.

En este sentido, cuando la consecuencia de la aplicación inmediata de la norma jurídico-penal no incida directamente en la libertad del imputado, podría admitirse inclinar la balanza a favor del dinamismo del Derecho penal. Dicho de otra manera, la validez, la vigencia y la eficacia de las normas penales no se deben analizar desde el ángulo exclusivo de su estructura formal, de su alcance semántico o de su relación intertemporal, sino que esos elementos han de analizarse desde una perspectiva que conjugue equilibradamente el modo, el ritmo y la intensidad del ejercicio de los derechos fundamentales con el modo, el ritmo y la intensidad de la actuación estatal⁷¹⁹.

⁷¹⁹ Así, pero a propósito de las normas tributarias, *vid.* Ávila 2012: 592-593.

La limitación de la potestad punitiva debe estar circunscrita al Derecho penal material y a todas aquellas facetas del sistema integral del Derecho penal que incidan en el binomio *pena-libertad*. Así como el Derecho penal material -mediante la pena- restringe o amenaza la libertad personal, cuando el Derecho procesal penal o el Derecho de ejecución, se asemeje y mimetice tanto con el primero, bien amenazando o bien restringiendo con sus disposiciones esa misma libertad, también debe prohibirse su aplicación retroactiva. Esto implica, como toda la dinámica del Derecho penal intertemporal, un análisis pormenorizado caso por caso.

De esta manera, cualquier norma jurídica, perteneciente a cualquiera de las especialidades del sistema penal, que implique una forma de ejercicio de dicha potestad punitiva –en el sentido antes definido-, no podrá tener efectos retroactivos en la medida que constituya un exceso de dicha potestad y que incida directa y próximamente en la esfera de libertad del imputado. Con ello, se garantiza que el ejercicio del *ius puniendi* estatal no sea el resultado de una manipulación política, esto es, del capricho del legislador o de la voluntad del juzgador.

Por lo tanto, *el fundamento detrás de la irretroactividad no es otro que la exigencia de neutralidad en la respuesta penal en todo lo relativo a la esfera de libertad del imputado*, lo que se condice con la garantía de objetividad, de imparcialidad y transparencia que el principio de legalidad penal exige al *ius puniendi* para reforzar la confianza del ciudadano en la cláusula de Estado de Derecho⁷²⁰. Cuando se mira al Derecho penal después

⁷²⁰ En similar sentido, García-Pablos Molina 2009: 474. Asimismo, como señala Ávila 2012:582, la seguridad jurídica reposa en la idea de “confiabilidad”, que significa el estado ideal en el que el ciudadano puede saber cuáles son los cambios que pueden

de que la acción se llevó a cabo, la imagen inevitablemente siempre será subjetiva. Por ello, el punto de observación -y como se verá más adelante de referencia temporal-, para fijar cuándo una norma penal debe o no ser retroactiva, tiene que ser lo más neutral posible, razón por la que no puede ser otro que el del momento de comisión del delito. Sólo de esa manera los ciudadanos podrán ver asegurada, en el futuro, la libertad ejercida en el presente, sin sorpresa, engaño o manipulación política⁷²¹.

producirse y cuáles no, evitando, de esa forma, que se frusten sus derechos. Esta confiabilidad solo existe si el ciudadano puede ver asegurados, hoy, los efectos que le garantizó el derecho ayer, lo que depende de la existencia de un estado de intangibilidad de situaciones pasadas, de durabilidad del ordenamiento jurídico y de irretroactividad de normas presentes.

⁷²¹ En similar sentido, a propósito de la seguridad jurídica, Ávila 2012: 588.

CAPÍTULO V

De la Retroactividad de la ley penal más favorable

I. Fundamentos

En el capítulo III se han sentado las bases de cómo conceptualizar a la retroactividad, repasando las distintas teorías que se ofrecen para determinar cuándo una norma jurídica es retroactiva o no. Ahora, me concentraré en una empresa más controvertida, quizá la más polémica de la presente investigación: analizar los fundamentos que justifican el *por qué* de la retroactividad favorable, su compatibilidad con la *configuración actual* de Derecho penal y, finalmente, determinar si éstos responden a las exigencias de *neutralidad* y *equilibrio* que se propugna a lo largo de este trabajo.

Se afirma que la retroactividad *in bonam partem* es necesaria, pues resultaría inadmisibles que las orientaciones del sistema jurídico de una época concreta, limiten las modificaciones o innovaciones que las generaciones futuras estimen conveniente disponer, y tampoco que pueden fijar topes al alcance a otorgar a tales modificaciones o innovaciones, dado que la ley es soberana. Por tanto, si el interés público considera que resulta

indispensable modificar la ley, tal decisión debe prevalecer⁷²². Empero ¿Ello es realmente así en todos los casos? Sigamos viendo.

El fundamento detrás del principio no es materia de consenso, aunque se puede percibir como trasfondo común a todas las posturas un ideal de justicia material⁷²³. Entre otros, la justificación de la retroactividad favorable ha estado asociada a los principios de humanidad, *favor libertatis*, innecesariedad y falta de legitimidad del *ius puniendi* estatal⁷²⁴.

⁷²² Así, Fierro 2003: 275. En contra, autores como Ferrara, en Díaz Anarte 2002: 80, sostienen que la irretroactividad ha de concebirse de modo absoluto. Para este autor, dado que todo hecho jurídico puede producir efectos agotados, pendientes y futuros, sostiene que la nueva ley tiene vetates y futuros, sostiene que la nueva ley tiene vetada la retroactividad respecto a la totalidad de tales efectos, con independencia de que éstos estén o no consumados. En el mismo sentido, Bekker, en Alemania, defendió el criterio de la no retroactividad absoluta, afirmando que debe aplicarse siempre la ley precedente; es decir, la que estaba en vigor en el momento de cometerse el delito. Justifica su criterio en que el delincuente que violó la ley (confusión con la norma) que regía en el momento en que el delito fue perpetrado, adquirió el derecho de que se aplique la pena establecida en dicha ley, y que a un hecho no puedan atribuírsele otras consecuencias que las que surjen de la ley vigente en el momento en que dicho acto fue cometido. Citado por Jimenez de Asúa 1992: 619.

⁷²³ Así, Fierro 2003: 275. En el mismo sentido, Polaino Navarrete 1976: 589, señala lo siguiente: «El inicial reconocimiento del principio de retroactividad de la ley penal más favorable proporciona, por su parte, el necesario cumplimiento de los cometidos de una norma que está inexcusablemente requerida de continua actualización, según los postulados de política criminal y de justicia material imperantes en la conciencia social de cada momento histórico a cuya satisfacción ha de tender el orden del derecho. En el supuesto inverso de que tales exigencias evolucionaran en el sentido de reclamar con el trascurso del tiempo un ulterior recrudescimiento de la incriminación penal, al contrario, ningún argumento dogmático, político-criminal ni de aspiración de justicia permitiría a posteriori agravar, con una eficacia retroactiva, el juicio de reproche dirigido al autor a causa del actuar típico y antijurídico, traducido en última instancia en la concreta individualización del quantum legal de una sanción penal».

⁷²⁴ Para más información sobre el alcance y contenido de cada fundamento, *vid.* Blanco Lozano 2004: 178-179.

Así, para Córdoba Roda, si el legislador ha promulgado una nueva ley más beneficiosa, resultaría injusto que continuara aplicándose una ley que el propio legislador ha estimado que debe sustituirse por otra⁷²⁵. En la misma dirección, García Valdecasas, en base a la equidad y utilidad práctica, sostiene que debe permitirse que el propio legislador restrinja la eficacia inmediata de la ley a las relaciones jurídicas que se constituyan en el futuro, conservando para las existentes el antiguo régimen⁷²⁶. Finalmente, más orientada al principio de *favor libertatis*, Ladencho Velasco también defiende la aplicación retroactiva de disposiciones más favorables.⁷²⁷

Una postura más singular es la de Garcon, para quien se atentaría contra el principio de legalidad penal si es que una nueva ley desincrimina un hecho antes punible y pese a ello se lo quisiera castigar después de la derogación, aún cuando hubiera sido ejecutado durante la vigencia de la ley que lo prohibía, ya que el Juez no podría apoyarse para fundar una pena en una ley inexistente al momento de su aplicación, pues como se ha dicho, ella quedó abrogada⁷²⁸. Sin embargo, bajo ese mismo argumento, en caso contrario, cuando una nueva ley incrimine un hecho anteriormente impune y se pretenda que dicha ley derogada se siga manteniendo con vida, se estaría –igualmente– resolviendo sobre la base de una ley inexistente al momento de su aplicación.

⁷²⁵ Citado por Valero Fernández 2017: 128.

⁷²⁶ Citado por Valero Fernández 2017: 128.

⁷²⁷ Citado por Valero Fernández 2017: 128.

⁷²⁸ Así Garcon, citado por Fierro 2003: 290. Según el referido autor, las nuevas leyes más leves se aplican desde su entrada en vigor, mientras que las leyes nuevas más severas no tienen nunca acción sobre los hechos anteriores a su promulgación.

A mi juicio, y siguiendo a la doctrina mayoritaria⁷²⁹, el fundamento que mejor conjuga con la idea de la retroactividad favorable es el principio de proporcionalidad⁷³⁰. Ello, por cuanto la ausencia posterior de merecimiento de pena de un hecho, deviene en la ilegitimidad de su persecución por parte del Estado, ya que ha sido el propio legislador quien ha desechado su concepción jurídica fruto de una reformulación de la política criminal. En este sentido, para Lascuraín Sánchez, la aplicación de la ley penal posterior más favorable sería una exigencia del principio de proporcionalidad, pues éste es capaz de exigir en algunos supuestos que la norma que se aplique sea una posterior al hecho que califica y, por lo tanto, desconocida para su autor cuando la generó⁷³¹.

Este mismo fundamento es compartido por Frígols I Brines, para quien el aplicar una norma anterior, que contiene una pena superior al injusto que se predica de la conducta, en la actualidad, implica un uso desproporcionado del *ius puniendi* estatal, que impide la consideración de la norma anterior y exige la posterior más favorable⁷³². En palabras de Florián, de modo más gráfico, el fundamento de la ley penal vendría a ser el termómetro de las variaciones del concepto social de la delincuencia. Dicho termómetro reflejará con claridad las nuevas necesidades que la sociedad determinada reputa imprescindible adoptar en su lucha contra la delincuencia⁷³³.

⁷²⁹ En otros, Lascuraín Sánchez 2000: 37; Cobo Del Rosal y Vives Antón 1999: 195-196; Hurtado Pozo 2005: 300; De Vicente Martínez 2004: 65; Frígols I Brines 2004: 410-411.

⁷³⁰ Por todos Lascuraín Sánchez, citado por Fierro 2003: 286.

⁷³¹ Así, citado por Fierro 2003: 286.

⁷³² Así, citado por Valero Fernández 2017: 128.

⁷³³ Así, citado por Fierro 2003: 280.

Sin embargo, pese a que la retroactividad se puede reconducir a razones político-criminales cifradas en la exigencia de proporcionalidad, el problema de fondo es mayúsculo y se resume en tres cuestiones: ¿Dónde queda la seguridad jurídica? ¿Dónde la víctima? Y, por sobre las dos, ¿Dónde queda la neutralidad estatal?

En primer lugar, y aunque algunos se orienten en un sentido opuesto⁷³⁴, qué duda cabe que la seguridad jurídica se ve mermada con la aplicación retroactiva *in bonam partem*. Como señala Ávila, la seguridad jurídica reclama que la actuación estatal *futura* sea coherente con la actuación estatal *pasada*⁷³⁵ ó, dicho de otra manera por el mismo autor, que la seguridad jurídica exista en el *pasado*, en el *presente* y en el *futuro*⁷³⁶, lo cual, evidentemente, no acontece cuando se admite la posibilidad de que una nueva norma jurídica termine regulando un acontecimiento anterior.

En segundo lugar, cuando un delito es derogado -expresa o tácitamente- por una ley posterior, qué duda cabe que el principio de tutela a la víctima de la infracción se ve afectado⁷³⁷. Más bien, la pregunta que se planteara líneas atrás y que muchos preferían evitar responder, es ¿Se justifica la exoneración de pena al que, habiendo cometido, en su día, idéntico delito que el ahora derogado, causara, durante la vigencia de la ley

⁷³⁴ Para Suárez Collía 2005: 115: «la seguridad jurídica no es un valor absoluto, sino una demanda individual y social que debe interpretarse con realismo. De una parte, ni el ciudadano puede exigir que se consolide o perpetúe “sine die” una situación dada, ni puede negarse al legislador del Estado democrático la legitimación para modificar el régimen de situaciones o relaciones previas con moderación (vg., introduciendo cambios en el de las no agotadas, o en los efectos y consecuencias de éstas)».

⁷³⁵ Ávila 2012: 588.

⁷³⁶ Ávila 2012: 579.

⁷³⁷ Así, Herrero Herrero 2015: 104.

anterior, un daño (personal o real), grave o muy grave a una víctima concreta? Mi posición concreta la daré en el próximo epígrafe.

En tercer lugar, también, qué duda cabe que después de que se comete el delito se rompe la neutralidad en la respuesta penal. Ya sea que se perjudique o, incluso, se favorezca al imputado, lo cierto e irrefutable es que una vez que se cometió el hecho punible, el Estado deja de ser –aunque sea potencialmente- imparcial. Y, si algo no ha cambiado en el viejo y en el nuevo Derecho penal, es el uso del mismo por razones políticas⁷³⁸ y la tentación de quienes ostentan el poder de turno, de hacer un uso *interesado* del mismo. De ahí que, debemos repensar si la retroactividad favorable debe seguir siendo uno de los principios inmutables del Derecho penal o admite una reformulación en aras de lograr un equilibrio real.

II. Toma de postura

La premisa de que toda ley nueva supone siempre un mejoramiento y un progreso en la legislación, así como la creencia de que la nueva disposición normativa corrige los defectos evidenciados por el anterior régimen legal⁷³⁹, no son razones valederas ni suficientes para admitir la retroactividad favorable en materia penal⁷⁴⁰. Y es que, no siempre, los nuevos preceptos legales mejoran el derecho⁷⁴¹.

Si la real razón de ser de una nueva norma fuera siempre reflejo fiel del interés social, al margen de intereses de grupo, no habría inconveniente

⁷³⁸ Pérez Cepeda 2007: 337.

⁷³⁹ Fierro 2003: 274.

⁷⁴⁰ Fierro 2003: 274.

⁷⁴¹ Fierro 2003: 274.

alguno en admitir la retroactividad *in bonam partem*. Empero, como ya se ha puesto de relieve con anterioridad, una cosa es la máxima juridicidad postulable y otra la juridicidad real, razón por la que, como señala Barber Burusco, no debe mantenerse postulados teóricos disociados del análisis del funcionamiento de la práctica y más si éstos tienen las pretensiones e funcionar como garantías, difícilmente, tales planteamientos puedan tener efectividad⁷⁴².

Es como decir que por el mero hecho de que la Constitución consagra el Estado de Derecho como una obligación de los poderes públicos, ya no sea necesario poner más límites a estos últimos. El Estado de Derecho es tan sólo un ideal, hasta que no se verifique en los hechos. De la misma manera, la proposición de que una nueva norma es mejor que la anterior, es tan sólo un ideal, hasta que no se verifique en la realidad. Y, la realidad actual, no es, ni mucho menos, la más alentadora en este sentido.

Como se ha constatado, si hay un rasgo notoriamente común en el viejo y nuevo Derecho penal, es la tentación de quienes ostentan el poder de turno, de hacer un uso *interesado y político* de este instrumento⁷⁴³. La

⁷⁴² Barber Burusco 2014: 228.

⁷⁴³ Por ejemplo, en el Perú, existe un debate muy acalorado sobre lo aplicación, hacia el pasado, del proyecto de ley N° 1427/2016-CR. La congresista Yeni Vilcatoma presentó el referido proyecto de ley con la finalidad de modificar la tipificación del delito de secuestro. Ese cambio legal podría beneficiar al ex mandatario Alberto Fujimori, quien cumple una sentencia de 25 años de prisión por los delitos de homicidio calificado y secuestro agravado. En el proyecto, que plantea modificar el artículo 152 del Código Penal referido al delito de secuestro, se ha añadido en el enunciado del delito una de las causales que actualmente lo agravan. Abusar, corromper y tratar con crueldad a una víctima ya no serían agravantes sino características del tipo penal de secuestro. Es decir, de aprobarse el proyecto, esto formaría parte de la modalidad básica del citado delito. En la exposición de motivos, Vilcatoma sostiene que “la propuesta de modificación del tipo penal básico y agravado del delito permite desterrar del ámbito de las circunstancias

promulgación de leyes *ad-hoc* es, cada vez más, una constante; razón por la que, la elección de la ley aplicable ante una sucesión de normas penales en el tiempo, no debería depender de los vaivenes políticos.

En mi opinión, se debería procurar por alcanzar la máxima garantía de objetividad e imparcialidad posibles en el Derecho penal intertemporal y, para ello, la retroactividad *favorable* no puede quedar al margen de esta necesidad, pues no existe coherencia –ni como se verá una razón capital o superior- para romper la neutralidad, estableciendo distinciones, negando el efecto retroactivo a las leyes penales más severas y otorgárselo a la leyes penales más benignas⁷⁴⁴.

No es atendible que en un caso el Estado sea reputado como *maligno*, si se le permite regular –en base a una nueva norma - hechos pasados; mientras que, en otro, a ese mismo Estado se le repute como *benigno*, si se le permite regular los mismos hechos –pasados- en base a una norma promulgada *ex post facto*. Cuando se pretende aplicar una norma jurídico-penal (más beneficiosa o más perjudicial) hacia el pasado, no habría, siguiendo la visión sociológica de la ley penal que postula Jakobs⁷⁴⁵, ninguna estructura social para afirmar, la aplicación de la ley caería en el vacío. Así, al pretenderse dotarle de efecto retroactivo a una ley lo que

agravantes la referida al trato cruel y humillante que genere sufrimiento y asumir dicha circunstancia como un elemento de tipo básico”.

⁷⁴⁴ Como destaca Vaquer Caballería 2010: 70-71: «el régimen intertemporal que interesa especialmente aquí es el de la retroactividad, porque es el que plantea el mayor reto al principio de seguridad jurídica entendido como garantía de un “Derecho previsible”, dado que impone sobrevenidamente un nuevo régimen a actos cuyo autor lo desconocía al tiempo de realizarlos.»

⁷⁴⁵ Citado por Aponte 2005: 59.

ocurriría, siguiendo al mismo autor, «*no es que el autor se ha sustraído a un ordenamiento realmente vivido, sino que no ha puesto en práctica un ordenamiento postulado*»⁷⁴⁶.

En esta línea, cuando se sostiene que no existen motivos valederos para restringir los efectos beneficiosos de la nueva ley, sino que debe procurarse, por el contrario, obtener su mayor extensión posible⁷⁴⁷, nos parece que hoy, más que nunca -en la configuración actual del Derecho penal- dicha afirmación debe someterse a revisión. Quizá, como destaca Frígols I Brines, a propósito de la retroactividad favorable, «*parece que los juristas actuales ya no entienden que la retroactividad sea una amenaza para la seguridad jurídica*»⁷⁴⁸. Agregaría además que, parece, que se han olvidado que, por alguna razón, este principio, a diferencia del principio de irretroactividad, ostenta un rango constitucional más bien incierto en diferentes ordenamientos, incluido por cierto el español⁷⁴⁹.

Empecemos por situar y poner en su sitio a los dos principios en juego. Mientras el de irretroactividad es un *límite* a la facultad de penar del Estado, el de retroactividad es -más bien- una *ampliación* de dicha facultad. De ahí que, como señala la doctrina mayoritaria, la teoría de la retroactividad de ley penal más benigna sólo puede ser explicada a partir de razones de corte humanitario o pietista, más no de naturaleza jurídica⁷⁵⁰. Esta diferenciación que hago, es, a mi juicio, vital, puesto que una cosa es

⁷⁴⁶ Citado por Aponte 2005: 60.

⁷⁴⁷ Así lo pone de manifiesto Fierro 2003: 275.

⁷⁴⁸ Frígols I Brines 2004: 45.

⁷⁴⁹ En este sentido Scoletta 2010: 289, señala que sólo la exigencia de *lex praevia* tiene un reconocimiento constitucional expreso.

⁷⁵⁰ Fierro 2003: 282. En el mismo sentido, se pronuncia Suárez Collía 2005: 115.

pretender reformular un principio que constituye una garantía contra la arbitrariedad estatal, y otra muy distinta es pretender hacer lo mismo con un principio que no lo es. Lo paradójico de todo, es que, a la hora de decidir por relajar alguno de estos dos principios en pro de la víctima, se ha optado por sacrificar el de irretroactividad penal⁷⁵¹, en lugar del de retroactividad favorable.

Con ello, lo que se quiere poner de relieve es que, si hay un principio, en la dinámica del Derecho penal intertemporal, que podría ser reformulado en aras de alcanzar una mayor neutralidad e imparcialidad en la respuesta penal, y con ello lograr un mejor equilibrio entre los intereses de víctima e imputado, es el de retroactividad *in bonam partem*. Ello, en modo alguno, implica negar que la represión deba corresponder a la valoración social del daño, y que por tanto cuando varía dicha valoración, debe variar la medida de la represión⁷⁵². Es decir, no nos parece que se equivocan quienes cuestionan la aplicación de una pena establecida por la legislación anterior, cuando la nueva, reconociéndola exorbitante y por consiguiente irracional, ha mitigado su rigor estableciendo la pena justa. En lo que no estoy de acuerdo es a *qué* instituto le corresponde reparar o moderar ese desproporcionado rigor. Considero más bien que de ello se debe ocupar directamente el principio de proporcionalidad⁷⁵³.

⁷⁵¹ En este sentido, *vid.* Míngue Rosique 2016: 213.

⁷⁵² Fierro 2003: 281.

⁷⁵³ Para Lascuraín, citado por Fierro 2003: 291, aplicar la ley del momento del hecho resultaría desproporcionado. El TC, mediante sentencia N° 65/1986 ha admitido que el principio de proporcionalidad pertenece implícitamente a la Justicia, como valor supremo, proclamado en el art. 1.1 de la CE y también en la dignidad de la persona a la que se refiere el art. 10 de la CE como fundamento del orden público y la paz social.

En otras palabras, la razón por la que se aplica la nueva ley es porque el hecho de la intervención jurídico-penal, así como la medida de su intensidad, resultan más adecuados y proporcionados al hecho que los de la anterior, y no porque tenga –la nueva ley- vocación o aptitud de regular hechos pasados. Así, más que recurrir a la retroactividad favorable para facilitar una aplicación hacia atrás de una nueva disposición, resulta más coherente recurrir a la exigencia de proporcionalidad⁷⁵⁴, aún cuando ésta se encuentre en una fase más incipiente de desarrollo y reconocimiento en la doctrina y jurisprudencia⁷⁵⁵. Evidentemente, ello supone reflexionar de manera

⁷⁵⁴ Un ejemplo de posibilidad real de que el principio de proporcionalidad sea la vía adecuada para controlar leyes penales que contengan penas desproporcionadas lo es la STC 136/1999, que fue la primera y única en declarar la inconstitucionalidad de una norma penal por imponer una pena desproporcionada. Citado por Quintero Olivares 2015: 140. Para conocer con detalle el test de proporcionalidad aplicado por el Tribunal Constitucional peruano, *vid.* Sentencia 0004-2006-PI/TC del 29 de marzo de 2006 en el proceso de inconstitucionalidad interpuesto por la Fiscalía de la Nación contra el Congreso de la República.

⁷⁵⁵ En este sentido, ver por ejemplo la STC 65/1986 de 22 de mayo de 1986: «3. La supuesta vulneración del art. 25.1, que reconoce el principio de legalidad penal, se habría producido, según la representación del recurrente, porque dentro del principio de legalidad hay que entender comprendido el de culpabilidad y éste conduciría a exigir que no pudieran existir penas manifiestamente desproporcionadas con la reprochabilidad del autor. Pero aun prescindiendo del problema de si la culpabilidad debe considerarse comprendida en el principio de legalidad, es lo cierto que la cuestión planteada no se refiere en absoluto a la concreta culpabilidad del condenado. Ni el recurrente afirma en ningún momento que no concurrieran en él las condiciones necesarias para fundamentar la reprochabilidad jurídica de su conducta, ni puede decirse que las Sentencias recurridas lesionen de alguna manera el principio de culpabilidad. Antes bien, la Sentencia finalmente impuesta tras la rectificación derivada de la reforma de 1983 condenó al recurrente al mínimo legalmente posible, y ello significa que el Tribunal consideró que, en el momento de la individualización de la pena, el grado de culpabilidad era el menor posible. Las cuestiones relacionadas con la medida de la pena y la culpabilidad sólo se podría plantear, en la hipótesis de que a ellas les fuera de aplicación el art. 25.1 de la Constitución, cuando la gravedad de la pena atribuida al condenado fuese superior a la legalmente imponible en relación a la gravedad de su culpabilidad, lo que con toda evidencia no ocurre en este caso. En realidad, aquí no se suscita la cuestión de la desproporción de la pena en el momento de su individualización llevada a cabo por los

más detenida sobre las posibilidades reales y los límites que ofrece el principio de proporcionalidad como herramienta para fiscalizar, en sede de control de constitucionalidad, las decisiones político-criminales del legislador⁷⁵⁶.

El hecho que el TC español⁷⁵⁷, a diferencia del alemán⁷⁵⁸, haya optado por otorgar una marcada deferencia hacia el legislador, que ha

Tribunales por razón de la culpabilidad, ni la de en qué medida pueda existir una responsabilidad penal sin culpa, sino, como señala el Abogado del Estado, una cuestión distinta: Los criterios del legislador al establecer en abstracto y con carácter general las penas correspondientes a diversas conductas tipificadas como delitos, lo que nada tiene que ver con la culpabilidad del autor concreto. En principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador. A los Tribunales de justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las Leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionados en abstracto. Ello se deduce, como es claro, del art. 117 de la Constitución. Consecuentemente, no cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución Española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito».

⁷⁵⁶ Así, Lopera Mesa 2010: 105. En el mismo sentido, en la STC 65/1986 se declaró: «no cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución Española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito, pues la desproporción no es por sí misma causa de inconstitucionalidad en ausencia de lesión un derecho o bien constitucional claramente identificado». En otras palabras, como relieves Quintero Olivares 2015: 138: «lo razonable, y por ende, lo proporcionado, parte de la máxima deferencia y garantía de la libertad de configuración, pues el legislador democrático no tiene el deber de expresar los motivos que le llevan a adoptar una determinada decisión en ejercicio de su libertad de configuración. Quien quiera plantear la impugnación por inconstitucionalidad deberá de enfrentarse, por lo tanto, a una fuerte presunción de constitucionalidad». En conclusión, si bien no puede afirmarse que exista en la jurisprudencia del TC un proclamado principio de proporcionalidad de las penas, sí existen los criterios bajo los cuales se puede apreciar una transgresión del principio de proporcionalidad. Así, *vid.* SSTC 66/1995, 55/1996, 207/1996, 161/1997 y 136/1999.

⁷⁵⁷ El Tc español, a diferencia de otros, ha utilizado tan cautelosamente el principio de proporcionalidad en el control del legislador penal que aquel prácticamente no ha actuado como límite material derivado de la Constitución, o sea, como límite de límites. Así, por

llevado a configurar a la proporcionalidad como un cauteloso juicio de mínimos, no implica que no existan diversos argumentos en contra de una configuración tan poco exigente del control de constitucionalidad de las leyes penales, destinado únicamente a extirpar exabruptos; esto es, solamente a previsiones y penas manifiestamente inidóneas, abiertamente innecesarias o groseramente desproporcionadas⁷⁵⁹. Se debe buscar un modelo más exigente de control de constitucionalidad de las leyes, pero a su vez que no supedite en demasía las decisiones del legislador⁷⁶⁰.

ejemplo, *vid.* STC 55/1996, FJ 6: «El legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que esta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas. En efecto, a diferencia de lo que sucede respecto de los órganos que tienen encomendada la tarea de interpretar y aplicar las leyes, el legislador, al establecer las penas, carece, obviamente, de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos, y ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera.»

⁷⁵⁸ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán distingue tres niveles en la intensidad del control de constitucionalidad: a) Control leve o de evidencia: empleado frente a intervenciones leves en derechos fundamentales. En este caso la carga de la argumentación y de la prueba sobre la inconstitucionalidad de la medida recae sobre el demandante (atendiendo a la presunción de constitucionalidad de las leyes). La certeza de las premisas en las que debe apoyar su argumentación ha de ser elevada o, en sentido contrario, la constitucionalidad de la norma enjuiciada debe apoyarse sobre premisas “no evidentemente falsas”. b) Control intermedio de justificabilidad: aplicable a intervenciones medias en derechos fundamentales. Al igual que en el nivel anterior, la carga de la argumentación y de la prueba sobre la inconstitucionalidad de la medida recae sobre el demandante. La certeza de las premisas en las que debe apoyar el reproche de inconstitucionalidad ha de ser media o, en sentido contrario, la intervención del legislador estará justificada si se apoya sobre premisas “plausibles”. c) Control estricto control material intensivo: Se aplica a intervenciones en derechos fundamentales especialmente intensas. En este caso la carga de argumentación y de prueba corresponde al legislador, quien debe apoyar la intervención sobre la base de premisas empíricas que tengan una certeza elevada. Citada por Lopera Mesa 2010: 126.

⁷⁵⁹ *Vid.* Lopera Mesa 2010: 128.

⁷⁶⁰ Un modelo interesante es el propuesto por Lopera Mesa 2010: 130 ss.

Además, hay que tener presente que, como señala Quintero Olivares, la *proporcionalidad ideal* no existe⁷⁶¹, es más bien aproximativa⁷⁶², por lo que en realidad lo que debería interesar es la seguridad jurídica entendida como reflejo de la proporcionalidad vigente en cada momento histórico. Como allá por 1949 sostuvo R. Béraud, debería primar pues el criterio de *la competencia de la ley del día de la infracción*⁷⁶³.

En contra, podría argumentarse que al trasladarle la responsabilidad en esta materia al principio de proporcionalidad, lo único que se está haciendo es sustituyendo un problema dogmático por otro, empero, aunque es cierto, igual, en mi opinión, es lo que más se adecua con la *ratio* del problema. Además, y esta es otra razón medular, al hacer más partícipe al principio de proporcionalidad de este asunto, ello permitiría avanzar en la construcción de un fundamento único de la sucesión de leyes penales en el tiempo, cifrado en la *neutralidad en la respuesta penal*.

Así, en el caso de la irretroactividad *desfavorable*, la neutralidad estatal constituiría una garantía del ciudadano que reposaría en la *seguridad jurídica* como límite objetivo al *ius puniendi*; mientras que, en el caso contrario, cuando se pretenda aplicar retroactivamente una ley penal más

⁷⁶¹ Quintero Olivares 2015: 173, señala que: «la retroactividad ideal no existe, entre otros motivos, por la imposibilidad humana de establecer cuál es el castigo proporcionado a cada agresión a un bien jurídico. A lo sumo, se ofrecen criterios aproximativos, que indican que los crímenes más graves han de ser castigados con penas igualmente graves, pero ¿cuán graves?».

⁷⁶² Un medio es proporcional cuando el valor de la promoción del fin no es proporcional al desvalor de la limitación de los derechos fundamentales. Para analizarlo hay que comparar el grado de intensidad de la promoción del fin con el grado de intensidad de la restricción de los derechos fundamentales. El medio será desproporcionado si la importancia del fin no justifica la intensidad de la limitación de los derechos fundamentales. Así, Ávila 2011: 165.

⁷⁶³ Citado por Jimenez de Asúa 1992: 621.

favorable que la vigente al momento del hecho, la neutralidad estatal vendría ser una suerte de garantía y filtro en favor de la víctima, que reposaría en la *tutela judicial efectiva*. De esta manera, se garantizaría una respuesta penal más objetiva, y de la mano con ella, una armonización y compensación entre sí de los derechos e intereses de los actores involucrados en el conflicto penal⁷⁶⁴.

Para poder articular este planteamiento, la exigencia de neutralidad debe estar necesariamente asociada al *tiempo de comisión del delito* como punto de conexión, puesto que es el único -de todos- que ofrece una garantía real de objetividad en la respuesta penal.

Aterrizando esta propuesta, considero que, en el caso concreto de la irretroactividad perjudicial, la exigencia de neutralidad debe estar vinculada a las normas que incidan en el binomio *pena-libertad*, impidiendo la aplicación de leyes retroactivas –esto es, posteriores al hecho- que afecten, sin importar su ubicación y/o naturaleza, a cualquiera de los componentes de este binomio. Por su parte, en el caso de la retroactividad favorable, propongo que la exigencia de neutralidad esté vinculada o condicionada a las normas que incidan en la reparación del daño⁷⁶⁵, impidiendo la aplicación retroactiva de leyes penales más favorables –posteriores al hecho- que afecten, sin importar su ubicación y/o naturaleza, el derecho de la víctima a obtener tutela efectiva, traducida ésta en una reparación del daño.

⁷⁶⁴ Sobre la necesaria armonización y compensación entre los principios informadores del derecho penal, *vid.* Herrero Herrero 2015: 91.

⁷⁶⁵ En esta línea Herrero Herrero 2015: 104, propone condicionar la previa reparación del daño a la aplicación de la retroactividad favorable como una manera de armonizar los intereses en juego.

Así por ejemplo, bajo esta propuesta, una norma que sólo disminuya la pena, pero mantenga intacta la conducta delictiva, pese a que en estricto afecte la neutralidad estatal, podría admitirse su aplicación retroactiva, aunque no sea lo más adecuado. Aquí se cedería en favor del imputado, pues la nueva norma no comporta una afectación a las expectativas de la víctima en el sentido antes expuesto. Sin embargo, una norma que derogue un delito, no debe permitírsele su aplicación retroactiva, pues ello sí afectaría a la reparación del daño. Aquí se debe inclinar la balanza en favor de la víctima. Claro está, como es evidente, pueden presentarse supuestos más complejos, pero ello no debería ser un óbice para agotar los esfuerzos por encontrar la máxima objetividad, imparcialidad y equilibrios posibles a la hora de elegir la ley aplicable frente a una sucesión de leyes penales en el tiempo.

Como se adelantara al comienzo del trabajo, los derechos de víctima e imputado no son irreconciliables⁷⁶⁶, por más dificultades que dicha tarea conlleve. Se deben agotar todos los esfuerzos en búsqueda de un real equilibrio (punto medio), pues sólo una posición ecléctica, puede apartarnos de los extremos y los peligros de nuestra sociedad actual, que tanto daño hacen a la dogmática penal. Se impone pues, una actividad equilibradora, objetiva y acorde a la realidad complicada que vivimos.

En conclusión, mi pretensión no es otra que reabrir el debate sobre una materia de medular trascendencia en la actualidad penal, poca estudiada y por muchos zanjada, ya sea por mera costumbre o por evitarse

⁷⁶⁶ Más, sobre la necesaria armonización, entre sí, de los principios básicos que informan el Derecho penal, en orden a establecer un sistema de justicia penal justo y equilibrado, *vid.* Herrero Herrero 2015: 98.

complicaciones. Esta invitación se hace sobre la idea de que mientras i) menor sea la discrecionalidad del Estado a la hora de ejercer su potestad punitiva y de tener que elegir la norma penal en el tiempo, y ii) mayor el equilibrio existente entre los derechos de los distintos personajes involucrados en el conflicto penal (imputado, víctima, Estado y sociedad), más legitimidad –y quizá por qué no, más eficacia- tendrá el recurso al Derecho penal⁷⁶⁷

⁷⁶⁷ En similar sentido, para Herrero Herrero 2015: 51 «el fenómeno criminal gira en torno a cuatro “personajes”: el Delito, el Delincuente, el Control Social y la víctima. Y, agrega, por lo mismo, sólo desde todos y cada uno de ellos, podremos entenderle y hacerle frente con alguna suficiencia científica y la debida equidad.

SECCIÓN CUARTA

Lineamientos, alcances y límites

CAPÍTULO VI

Lineamientos para la determinación del ámbito de aplicación de la Irretroactividad de la ley penal más perjudicial

I. Cuestión previa

Si bien la justificación material del principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial, cifrada en la limitación objetiva de la potestad punitiva como expresión de seguridad jurídica, nos da la pauta acerca de la extensión y límite de la prohibición de retroactividad en la actualidad, no es lo suficientemente precisa y autónoma como para –por sí sola- definir el ámbito –específico- de aplicación de esta exigencia derivada del principio de legalidad penal. Por ello, Frígols I Brines⁷⁶⁸ sostiene que existe un déficit en la relación entre el fundamento propuesto y la deducción del ámbito de aplicación que de él debe derivar, en tanto que los contornos de la prohibición de retroactividad no se hallan totalmente delimitados sobre la base de la limitación del *ius puniendi* estatal.

En efecto, los alcances de la prohibición de retroactividad no sólo dependen de su fundamento. En mi opinión, existen otras consideraciones jurídicas de suma relevancia que contribuyen a definir con mayor rigor el ámbito de lo protegido por este principio penal-constitucional. Así, factores como *el modelo de Estado* o *los fines de la pena*, pueden llevarnos a

⁷⁶⁸ Frígols I Brines 2004: 295.

conclusiones distintas dependiendo de la perspectiva que se tome. Del mismo modo, consideraciones como la *irrelevancia de la ubicación sistemática de la norma penal o el entendimiento del Derecho penal como sistema integral*, coadyuvan en la tarea de delimitar el ámbito de aplicación de la prohibición de retroactividad en el Derecho penal contemporáneo.

A continuación, se ofrecerá no un método, sino lineamientos a tomar en consideración para dilucidar la correcta aplicación de la ley penal en el tiempo y el grado de extensión de la prohibición de retroactividad más allá de la conducta punible y la pena.

II. La incidencia del modelo de Estado

El derecho de castigar se puede fundar en distintas concepciones políticas⁷⁶⁹. El Estado, en tanto ejerce esa potestad punitiva, se halla legitimado dentro del modelo político sobre el que se ha edificado constitucionalmente. En ese sentido, la aplicación del Derecho penal, como instrumento más representativo del *ius puniendi*, siempre estará condicionada a la forma de Estado imperante⁷⁷⁰. Así, dependiendo de la concepción política de éste último, la potestad punitiva del mismo puede verse limitada en distinta forma.

En efecto, si por ejemplo se está frente a un Estado absoluto, en el que prime una concentración total del poder y un uso ilimitado de él, muy poco o nada podrá hacer el principio de irretroactividad para frenar un uso arbitrario del *ius puniendi* estatal. En cambio, si se está frente a un Estado

⁷⁶⁹ Vid. Mir Puig 1998: 74.

⁷⁷⁰ En esta línea, Bustos Ramírez 2004: 171, señala que: «La pena, su sentido, funciones y finalidad no puede entenderse si al mismo tiempo no se analiza dentro de un sistema socio-económico y la forma de Estado imperante».

de derecho o democrático de derecho, el ejercicio del *ius puniendi* estará efectivamente limitado por la exigencia de *lex praevia*; puesto que, la idea de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al derecho, lo que da lugar a los límites derivados del principio de legalidad⁷⁷¹, entre ellos, el de irretroactividad de normas penales desfavorables.

España ha optado por un régimen social y democrático de Derecho⁷⁷². La idea de Estado de Derecho, como ya se ha expuesto, exige una autolimitación del *ius puniendi* estatal, encomendada al principio de legalidad. Por su parte, la idea de Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida que sea necesaria para proteger a la sociedad⁷⁷³. Y, por último, la idea de un Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, por medio de los principios de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano⁷⁷⁴.

Esta concepción política, al colocar a la integridad y dignidad de la persona en lo más alto⁷⁷⁵, no puede ni debe admitir – en ningún caso–

⁷⁷¹ Mir Puig 1998: 74. También, Zugaldía Espinar 2004: 234.

⁷⁷² El art. 1.1 de la CE dispone que: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

⁷⁷³ Mir Puig 1998: 74.

⁷⁷⁴ Mir Puig 1998: 74.

⁷⁷⁵ Sobre la importancia del principio de dignidad en un Estado de derecho, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido en el fundamento N° 129 de la sentencia N° 0010-2002-AI/TC de 3.1.03 que: «(...) detrás de las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" como fines del régimen penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1° de la Constitución) y, por tanto, éste constituye un límite para el legislador penal. Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser

injerencias por parte del Estado en el ámbito de la libertad personal de los ciudadanos, sin la existencia de un reconocimiento legal expreso y previo. En otras palabras, bajo este modelo⁷⁷⁶, los alcances de la prohibición de retroactividad pueden abarcar toda extralimitación de la potestad punitiva estatal que afecte derechos fundamentales de la persona.

En relación a esta estructura política el TC ha establecido que un Estado social y democrático de Derecho está sujeto a un plebiscito de todos los días⁷⁷⁷. Demanda una vigencia permanente y no puede ser puesto en paréntesis en determinadas circunstancias⁷⁷⁸. Es más, en realidad se trataría de un postulado que no existe; sino más bien, está en continuo hacerse en cada momento histórico. Caso contrario, como bien apunta Rubio Correa, «*será Estado social y democrático de Derecho a veces y a veces no, o simplemente no lo será en absoluto*»⁷⁷⁹.

En atención a lo expuesto, queda claro que la idea de un Estado social y democrático de Derecho, imperante en la mayoría de países de tradición romano-germánica, exige la vigencia constante del principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial. Y es que, difícilmente puede

tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía».

⁷⁷⁶ Como señala Ferrero 2003: 309: «El Estado de derecho aparece como el servidor de la sociedad y no como su amo. Consiste, pues, en el gobierno de las leyes y no en el gobierno de los hombres. Mediante el imperio de la legalidad, que complementado por las decisiones de los tribunales constituye el régimen de juricidad, se hace imposible toda arbitrariedad ya que el Poder queda sometido a ordenaciones impersonales y objetivas».

⁷⁷⁷ Vid. sentencias del TC recaída en los Expedientes N° 015-2001-AC/TC y N° 016-2001-AC/TC de 29.1.04.

⁷⁷⁸ Rubio Correa 2005: 338.

⁷⁷⁹ Rubio Correa 2005: 338.

reconocerse la existencia de un Estado de Derecho si se aplican leyes penales con efectos retroactivos, frente a determinada coyuntura política o demanda social⁷⁸⁰.

III. La influencia de los fines de la pena

Los fines de la pena forman parte de la política criminal⁷⁸¹. Por tanto, la influencia que estos ejercen en la aplicación del Derecho penal, depende de cada ordenamiento jurídico⁷⁸². Es por ello, que para la determinación de la ley penal en el tiempo, no se puede recurrir a uno de ellos o a unos cuantos –vg. a la retribución o a la prevención general- como fines universales que expliquen la elección de la norma aplicable en todos los Estados. Corresponde más bien, como análisis previo, la delimitación de los fines de la pena que persigue el país como parte de su política criminal, para luego definir cuál es la influencia particular que estos ejercen cuando se presenta un conflicto de leyes penales en el tiempo.

Empero, es importante dejar sentado que aún definiendo los fines de la pena que orientan un determinado ordenamiento jurídico, los resultados

⁷⁸⁰ Muy gráficamente, Roxin 1997: 161.

⁷⁸¹ *Vid.* Cobo Del Rosal y Vives Antón 1999: 128. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional peruano a propósito de la declaración de inconstitucionalidad de la denominada «Ley Wolfenson» (STC 0019-2005-PI/TC de 21.7.05), ha establecido en el fundamento N° 36 que: «En ese sentido, dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena».

⁷⁸² Sobre la interrelación entre los fines de la pena y la concepción de Estado en un determinado ordenamiento jurídico, *vid.* Bacigalupo y López Barja De Quiroga 2005: 442.

al momento de determinar la norma aplicable en el tiempo son generales y a veces contradictorios. Es así, que por ejemplo, desde la perspectiva de la teoría de la prevención general positiva, el punto de referencia de la irretroactividad puede serlo tanto la ley vigente al momento de la comisión del delito, cuanto la ley vigente al momento del enjuiciamiento. Efectivamente, si la prevención general positiva busca la protección de la confianza de los ciudadanos en la norma, parecería claro que, para su funcionamiento, la norma tendría que estar vigente con anterioridad a la conducta. Pero a su vez, si el objetivo de esta teoría es la fidelidad de la norma, toda vulneración a la misma exigiría el castigo del infractor aunque la norma ya no se encontrase vigente⁷⁸³.

En el mismo sentido, qué duda cabe que si la pena es concebida como *contradicción-comunicación*⁷⁸⁴ el punto de conexión será uno⁷⁸⁵, mientras que si es concebida como *neutralización-combate*⁷⁸⁶ será otro⁷⁸⁷. Asimismo, si la pena cumple más bien una función ético-socialo una función restaurativa, los puntos de conexión pueden ser distintos. Por ello, cuando se afirma que *todo el sentido del Derecho penal pende del fin de las penas jurídicas*⁷⁸⁸ no es tan exacto por lo menos en lo que respecta al Derecho penal intertemporal, pues por el mero hecho de sostener una determinada finalidad de la pena no resulta posible extraer consecuencias

⁷⁸³ En este sentido, Frígols I Brines 2004: 452.

⁷⁸⁴ Para más detalle, vid Polaino-Orts 2009 (a): 271.

⁷⁸⁵ En estos casos, el punto de referencia temporal que más se adecuaría sería el del momento del hecho.

⁷⁸⁶ Polaino-Orts 2009 (a): 271.

⁷⁸⁷ En estos casos, el punto de referencia temporal que más se adecuaría sería el del momento de la condena.

⁷⁸⁸ Así, se pronuncia Hernández 2013: 37.

directas universales para la determinación de la norma aplicable en el tiempo⁷⁸⁹.

En mi entendimiento, la sistemática del Derecho penal «*demanda la vigencia de sus principios rectores independientemente de la oportunidad en que se realiza sus fines*»⁷⁹⁰. De ahí, que este proceso de determinación de los fines de la pena que aquí se propugna debe ser entendido sólo como un parámetro más para la delimitación del ámbito de aplicación de la *lex praevia*, más no como criterio inmutable para la determinación del punto de referencia de la prohibición de retroactividad.

Tras la lucha de las escuelas que tuvo lugar a principios del siglo XX se abrió paso a la posición ecléctica de Roxin, que hoy por hoy, en España, es la que genera mayor consenso⁷⁹¹. En la fase de conminación penal, predomina la prevención general⁷⁹². En la fase judicial, predomina la retribución pura como manifestación de proporcionalidad entre la pena y el hecho cometido⁷⁹³. Y en la fase de ejecución de la pena prima la prevención

⁷⁸⁹ Frígols I Brines 2004: 454.

⁷⁹⁰ Caro Coria 2004: 54.

⁷⁹¹ Aunque no fue la primera, la propuesta de este autor distingue tres fases esenciales de la vida de la pena: la previsión de la pena en la ley (conminación legal), la aplicación judicial y la ejecución de la condena. A cada una de estas etapas corresponde, según Roxin, una respuesta distinta a la cuestión de la función de la pena, pero de tal modo que cada una de ellas se halla estrechamente relacionada con las anteriores. La formulación de Roxin recibe el nombre de «teoría dialéctica de la unión», porque, según el mismo autor, «acentúa lo antitético de los diversos puntos de vista e intenta reunirlos en una síntesis». Así, Mir Puig 2011: 52.

⁷⁹² En el momento de la conminación legal no puede buscarse la prevención especial frente al delincuente que todavía no puede existir; luego, procederá entonces la función de prevención general. Esta prevención tiende a evitar ataques a bienes jurídicos en la medida de su gravedad y de su peligrosidad –los dos baremos básicos de la selección de la incriminación penal y de la graduación de la pena-. Así, Mir 2013: 98.

⁷⁹³ En la fase judicial del ordenamiento penal español se aprecia que confluyen la prevención especial junto a la idea de proporcionalidad, como se sigue del art. 66.1 que

especial⁷⁹⁴. Este modelo, no es sino consecuencia de un equilibrio reflexivo entre las distintas teorías de la pena⁷⁹⁵.

Por tanto, dentro de este contexto normativo y jurisprudencial, cuando se presente en el ordenamiento jurídico-penal español una sucesión perjudicial de normas penales en el tiempo, la irretroactividad exigirá que se aplique la norma vigente al momento de la realización de la conducta punible, en la medida que la prevención general negativa y la prevención general positiva demandan la anterioridad de la norma jurídica a defraudar⁷⁹⁶. La primera, como condición *sine qua non* para que la norma jurídica pueda generar un efecto intimidatorio en los ciudadanos. La segunda, en tanto sólo cabe reafirmar la vigencia de una norma jurídica cognoscible *ex ante*.

alude «a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho» y del art. 80.1 que establece como criterio rector fundamental de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad «la peligrosidad criminal del sujeto», en relación a las exigencias de resocialización del art. 25, 2 de la Constitución. Pero en la determinación de la pena la idea de la prevención especial sólo puede ser tenida en cuenta por el Juez dentro del marco, estrecho, que permiten los márgenes penales fijados por la ley a cada delito y según las circunstancias modificativas concurrentes, previstas como de obligada apreciación y con efectos tasados. La prevención especial podrá conducir, no obstante, a la apreciación de la condena condicional dentro de ciertos límites que aseguran la prevención general como el de que no se puedan suspender penas más de dos años de prisión o, en ciertos casos, de más de tres años de duración. Así, Mir 2013: 99.

⁷⁹⁴ La LOGP, confirmando la CE, impone expresamente la función de prevención especial, como resocialización, a las penas privativas de libertad.

⁷⁹⁵ Vilajosana 2015: 171.

⁷⁹⁶ Así, entre otros, Molina Blázquez 2005: 26-27; Suárez-Mira Rodríguez 2005: 441-442, tomo I; Conde-Pumpido Ferreiro 2004; 381; Calderón Cerezo y Choclán Montalvo 2005: 396

IV. La irrelevancia de la ubicación sistemática de la norma penal

Como se ha expuesto líneas atrás, un sector de la doctrina penal niega la posibilidad de impedir los efectos retroactivos de una norma penal que no pertenezca al Derecho penal material. Consideran, los partidarios de esta tesis, entre otras razones, que sólo tienen naturaleza punitiva las normas de la Parte general y Parte especial del CP; esto es, aquellas normas que regulan los presupuestos de punibilidad, el delito y la pena⁷⁹⁷.

Esta postura no es de recibo. No sólo por los fundamentos definidos en el capítulo IV, sino además porque dicha perspectiva sólo se preocupa por *el dónde* y no por *el qué*. En efecto, según esta concepción, lo relevante a efectos de otorgarle protección a una norma penal, conforme al principio de irretroactividad, es *dónde* se ubica en el ordenamiento penal, más no *qué* regula. Así, se descartan leyes penales del ámbito de protección de la irretroactividad por su mera ubicación sistemática, sin tomar en consideración su naturaleza jurídica y, más aún, sus efectos.

Además, debe tenerse presente que el texto constitucional (art. 9.3), al optar por negar retroactividad a las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, en lugar de acotar su alcance a través del uso del término *leyes penales*, revela que la capacidad de rendimiento de la exigencia de *lex praevia* no depende de la ubicación sistemática de la ley o norma.

Esta selección y clasificación caprichosa de normas, propicia un fraude de etiquetas⁷⁹⁸. Ciertamente, la colocación de un precepto en el CP o

⁷⁹⁷ En la doctrina peruana, *vid.* Meini Méndez 2004: 20.

⁷⁹⁸ Caro Coria 2004: 53.

en la LECr no basta para estimar que tiene naturaleza sustantiva o adjetiva⁷⁹⁹. De lo contrario, bastará con que el legislador dicte una ley *ad-hoc*, que empeore el *status* de libertad de un imputado ya sometido a proceso (vg. el aumento del plazo de prisión preventiva) y que dicha norma sea clasificada como procesal, para que pierda vigencia el principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial. Es por ello, que la CIDH, a propósito del caso *García Pérez*, relievra un fallo de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (caso *Collins v.s. Youngblood*), en el que se establece como precedente que:

«(...) en lo que respecta a la ley penal procesal que afecta cuestiones de sustancia o de derecho sustantivo el verdadero alcance no es extender la cláusula a la ley procesal, sino advertir que la mera clasificación de una ley con la etiqueta procesal, en oposición a la sustantiva, no excluye sin más a esa ley del alcance de la cláusula»⁸⁰⁰.

Asimismo, el TC ha establecido que:

«(...) la predicada naturaleza procesal o adjetiva de tales normas y el alcance meramente preventivo no pueden esconder en modo alguno la efectiva limitación de la libertad personal del inculgado en una causa penal. De ahí que este Tribunal no pueda compartir el modo de razonar de los órganos judiciales que aísla la decisión relativa a la prisión provisional como si se tratara de un acto procesal más orientado sólo a la preparación y aseguramiento del buen fin

⁷⁹⁹ Rodríguez Devesa y Serrano Gómez 1994: 15.

⁸⁰⁰ Informe N° 83/00/Perú de 18.10.2000, caso N° 11.888.

de la causa criminal, sin reparar en la incidencia más o menos restrictiva que para la libertad del procesado o inculpado tenga la ley aplicada por el Juez al adoptar aquella decisión»⁸⁰¹.

⁸⁰¹ Fundamento la STC N° 32/1987 de 10.3.87: «3. Planteada así la cuestión, su correcta resolución exige centrar el análisis, de un lado, en la naturaleza de las normas que regulan la prisión provisional del inculpado durante la tramitación del proceso penal, y, de otro, en el modo como deben ser interpretadas y aplicadas dichas normas de acuerdo con lo que los preceptos y principios constitucionales ordenan en esta materia. Para ello, es menester recordar ante todo la doctrina de este Tribunal según la cual el art. 17.4 de la Constitución reconoce y consagra el derecho fundamental de toda persona a no ser privada preventivamente de su libertad más allá del plazo máximo señalado por la ley, o, dicho en términos positivos, a ser puesta en libertad una vez transcurrido dicho plazo; reconocimiento que especifica lo dispuesto por el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, según el cual «la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general», y asimismo por el art. 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, que garantiza el derecho de los detenidos preventivamente a ser juzgados en un plazo razonable o a ser puestos en libertad durante el procedimiento (ratificados ambos por España el día 13 de abril de 1977 y el día 26 de septiembre de 1979, respectivamente, y por lo mismo aplicables en los términos previstos por el art. 10.2 del Texto constitucional). Así, la Sentencia 127/1984, de 26 de diciembre, declara en términos generales que la infracción de la ley que regula la duración máxima de la prisión provisional «supondría una vulneración del derecho fundamental a la libertad y a la seguridad consagrado por el art. 17 de la Constitución». En la misma línea de razonamiento, y de un modo todavía más explícito, la Sentencia 85/1985, de 10 de julio, ha manifestado que «el Tribunal Constitucional, sin invadir la jurisdicción penal, puede revisar si en un determinado caso la excepcional prolongación del límite de la prisión provisional se hizo cumpliendo o no los requisitos de la Ley a la que se remite el art. 17.4 de la Constitución, pues el incumplimiento de tales exigencias legales implicaría la vulneración del derecho fundamental del art. 17.4 in fine». En razón de este carácter fundamental del derecho a la libertad personal que el apartado 1 del art. 17 reconoce a toda persona y el apartado 4 singulariza en lo que concierne a quienes se hayan visto privados provisionalmente de aquélla por decisión judicial, este Tribunal ha afirmado asimismo en la Sentencia 41/1982, de 2 de julio de 1982, que la institución de la prisión provisional, «situada entre el derecho estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro», y habida cuenta de que aquélla consiste sustancialmente «en una privación de libertad», ha de regirse «por el principio de

Lamentablemente, en una línea contraria, el Tribunal Europeo, pese al aporte inicial que supuso la sentencia sobre el caso *Engel* en 1975 en la

excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar». Ciertamente, es necesario reiterar ahora que, aun reconocido su carácter de simple medida cautelar que, sin prejuzgarlo, tiende a asegurar el resultado final del proceso, la prisión provisional es una decisión judicial de carácter excepcional que incide negativamente en el estatus de libertad personal del inculcado y, por lo mismo, es con toda evidencia restrictiva del derecho fundamental reconocido en los apartados 1 y 4 del art. 17 de la Constitución, como restrictivas de este derecho son también con la misma evidencia las Leyes orgánicas que establecen las condiciones de aplicación y la duración máxima de aquella medida cautelar para los diferentes delitos, en función de las penas privativas de libertad previstas para los mismos y de las circunstancias que concurran en la causa. Dicho de otro modo, la predicada naturaleza procesal o adjetiva de tales normas y el alcance meramente preventivo o cautelar de la prisión provisional no pueden en modo alguno ocultar la efectiva limitación de la libertad personal del inculcado en una causa penal. De ahí que este Tribunal no pueda compartir el modo de razonar de los órganos judiciales que aísla la decisión relativa a la prisión provisional como si se tratara únicamente de un acto procesal más, orientado sólo a la preparación y aseguramiento del buen fin de la causa criminal, sin reparar en la incidencia más o menos restrictiva que para la libertad del procesado o inculcado tenga la ley aplicada por el Juez al adoptar aquella decisión. Esta conclusión inicial resulta corroborada, en lo que ahora importa, por una consideración no sólo formal, sino también sustancial del problema planteado. Desde este último punto de vista debe subrayarse, ante todo, la analogía que existe entre la privación provisional de la libertad, adoptada por el Juez como medida cautelar, y la que es producto de una sanción penal por Sentencia que pone fin a un proceso. Se trata, en efecto, de situaciones que afectan de la misma manera, en sentido negativo, a la libertad del inculcado aunque difieran desde luego entre sí por el título jurídico que autoriza al Estado a establecer la privación de libertad, y el alcance de la misma, en uno y otro caso. La propia ley penal ha tenido en cuenta esta similitud de efectos que para el inculcado tienen unas y otras medidas de negación de su libertad, al disponer en el art. 33 del Código Penal que «el tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de pena impuesta». No es posible ignorar, por lo demás, que la exigencia constitucional de Ley orgánica tanto para establecer penas privativas de libertad como para fijar medidas cautelares que afectan el mismo bien jurídico es una manifestación adicional de la referida semejanza sustancial que para el reo tienen ambas determinaciones legales».

que se elaboró una noción sustancial y unitaria del concepto *materia penal*⁸⁰², deja fuera de esta última a las leyes procesales penales⁸⁰³.

Como se puede apreciar, los alcances del principio de irretroactividad penal no pueden verse limitados por el *nomen iuris* de las normas en conflicto temporal. La *etiqueta* que se asigne a cada concreta figura legal no puede predeterminar en ningún caso su alcance y efectos jurídicos, sino que éstos deben definirse siempre tras analizar la función que corresponde a dicha figura dentro de la globalidad del sistema punitivo⁸⁰⁴. Incluso, se debe ir más allá de la naturaleza jurídica de la norma, para aprehender el significado de la misma y así establecer si su aplicación

⁸⁰² Con la finalidad de impedir que el legislador nacional pueda sustraer la utilización del poder punitivo a las garantías sustanciales y procesales del Convenio por medio de un simple «cambio de etiquetass» formal de los instrumentos sancionadores, elaboró en la sentencia del caso Engel en 1975 tres criterios básicos de identificación: i) en primer lugar, destaca la calificación expresa que el Ordenamiento nacional atribuye al tipo normativo: este primer criterio funciona sólo *in bonam partem*, esto es, para reconocer sin más la naturaleza penal del ilícito –y las correspondientes garantías fundamentales– siempre que ello corresponda a la calificación jurídica que le atribuye el Ordenamiento en el cual la norma se sitúa; esta calificación se deduce de los criterios nominalistas y formales o también de las formas de aproximación procesal y de otras reglas que disciplinan el ilícito y la aplicación de la sanción en el derecho interno; ii) en segundo lugar, la naturaleza intrínseca del hecho ilícito: es un criterio que hace referencia, sobre todo, a la gravedad del hecho valorada sobre la base del daño producido o del reproche suscitado; si bien a veces integra, por ejemplo, con otros indicios sintomáticos, como el del carácter particular o general del precepto violado, o por la comparación con la calificación atribuida al mismo ilícito en otros países europeos, es un criterio que se revela, sin embargo, como muy ambiguo en los casos dudados, cuando se trata de distinguir la naturaleza propiamente penal de la meramente administrativa/disciplinaria; y iii) en tercer lugar, y sobre todo, se valoran la gravedad y la finalidad de la sanción conminada: en particular, son atraídas hacia la materia penal todas las sanciones caracterizadas por un contenido aflictivo y por una función represiva y disuasoria, según la lógica de un típico paradigma de derecho punitivo. Así, Scoletta 2010: 283-284.

⁸⁰³ El Tribunal señala que las leyes procesales están gobernadas –aunque ello pueda comportar efectos desfavorables para el reo– por el principio del *tempus regis actum*. *Vid.* Scoletta 2010: 288.

⁸⁰⁴ Ragués I Vallés 2004: 77.

puede suponer una limitación de los derechos fundamentales –vinculados a la libertad- del ciudadano.

Un ejemplo claro es el de los beneficios penitenciarios⁸⁰⁵ que, en varios ordenamientos, como el *peruano*, por el mero hecho de estar regulados en el Código de Ejecución Penal, no por ello dejan de formar parte de la pena⁸⁰⁶ y, por ende, de estar garantizados por la prohibición de retroactividad⁸⁰⁷. Como se ha expuesto reiteradamente, la inadecuada ubicación sistemática del precepto no puede encubrir su auténtica naturaleza de norma penal sustantiva⁸⁰⁸. Si la pena constituye materialmente la privación o restricción de bienes jurídicos o derechos del penado⁸⁰⁹, los beneficios penitenciarios, en tanto modifican el régimen de su ejecución, son parte integrante de la misma⁸¹⁰. De ahí que, en lo que respecta a la distinción entre derecho adjetivo, sustantivo y de ejecución, rijan el principio de no ser decisiva la más o menos casual ubicación sistemática de la norma, sino su correspondencia lógica a una u otra rama del derecho.

En conclusión, al momento de evaluar si una norma en concreto es susceptible de protección por la prohibición de retroactividad, no importa su ubicación en el ordenamiento penal, sino fundamentalmente su naturaleza punitiva, efectos y el carácter desfavorable o perjudicial de la misma para

⁸⁰⁵ En España, en cambio, los beneficios penitenciarios se regulan sistemáticamente dentro del CP. Así, el art. 90º del CP regula la libertad condicional como un instrumento de sustitución de la privación de libertad. De modo semejante, los arts. 57 y 57a del StGB, regulan la «suspensión del resto de la pena» en los casos de pena privativa de libertad temporal y perpetua.

⁸⁰⁶ En este sentido, se orienta Nakazaki Servigón 2004a: 43, al comentar sobre la naturaleza jurídica del beneficio penitenciario de la semilibertad.

⁸⁰⁷ Nakazaki Servigón 2004a: 43.

⁸⁰⁸ Cachón Cadenas y Cid Moliné, citado por De Vicente Martínez 2004: 70.

⁸⁰⁹ Nakazaki Servigón 2004a: 42.

⁸¹⁰ Nakazaki Servigón 2004a: 42.

situación jurídica del imputado, básicamente en lo que respecta a sus derechos fundamentales, con especial incidencia en la libertad.

V. El entendimiento del Derecho penal como sistema integral

El Derecho penal material no es viable en la práctica sin un proceso o sin una etapa de ejecución individualizada previamente. Forman parte de un todo orgánico. Efectivamente, *proceso, individualización y ejecución*, son instancias indispensables para que los fines del Derecho penal se desarrollen con eficacia⁸¹¹. El Derecho procesal penal contiene los preceptos que regulan el esclarecimiento de los hechos punibles y la imposición del derecho del Estado a castigar. El derecho de determinación de la pena comprende todas las reglas que son decisorias en cuanto a la clase y cuantía de la pena que se debe imponer. Por último, el Derecho penitenciario contiene todas las disposiciones legales sobre el cumplimiento de la pena en prisión, así como de las medidas privativas de libertad⁸¹².

Todas y cada una de las disciplinas expuestas forman parte de la ciencia del Derecho penal⁸¹³. Pero además, constituyen un sistema, en la medida en que están interrelacionadas entre sí de manera ordenada, para la satisfacción de un mismo objetivo: la protección de bienes jurídicos. Ya Roxin había precisado que «*el Derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas*»⁸¹⁴. Así, la sistemática del Derecho penal demanda la vigencia de sus principios rectores independientemente de la oportunidad en que se realizan sus fines,

⁸¹¹ En detalle, Wolter y Freund 2004: 93-95.

⁸¹² Roxin 1997: 45-46.

⁸¹³ Roxin 1997: 44.

⁸¹⁴ Roxin 1976: 20.

esto es en tanto conminación, imposición de condenas y ejecución⁸¹⁵. De ahí, que Maier sostenga que *«el Derecho procesal penal no puede ser pensado con independencia del Derecho penal. Ambos, más la ejecución penal, son partes integrantes de un sistema, como instrumento de control social»*⁸¹⁶.

Siendo ello así, la concepción del Derecho penal como sistema integral que aquí se defiende, prohíbe la diferenciación entre normas a efectos de otorgar una distinta extensión al principio de irretroactividad de la ley penal. Esto es, una consencuecia, como señala Silva Sánchez, del entendimiento de la legalidad como un bloque⁸¹⁷ al que pertenecen las instituciones procesales y las instituciones de ejecución. El principio de legalidad es una garantía transversal que está presente en todo el sistema penal. Rige en todas y cada una de las disciplinas que lo integran: en el derecho sustantivo, orgánico, procesal y de ejecución. Constituye pues el punto de unión de todas ellas⁸¹⁸.

La prohibición de diferenciación entre normas penales, está respaldada constitucionalmente por el art. 9.3º de la CE. La literalidad de dicha cláusula no distingue entre normas materiales, procesales o de ejecución; únicamente proscribire la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, por lo que debe entenderse tal proscripción referida al Derecho penal en su conjunto o, de manera más precisa, al sistema integral del Derecho penal.

⁸¹⁵ Caro Coria 2004: 54.

⁸¹⁶ Maier 1996: 146.

⁸¹⁷ Así, Silva Sánchez 2009: 24.

⁸¹⁸ Así, Hormazábal Malarée 2012: 267-268. En el mismo sentido Hormazábal Malarée 2013: 279.

Así, si bien el Derecho penal sustantivo será siempre el punto de partida y referencia necesaria para el conjunto del sistema, no hay que perder de vista de que el Derecho procesal penal es el instrumento jurídico de aplicación del Derecho sustantivo y el Derecho penitenciario es el medio legal para poner en ejecución final la decisión individualizada por el juzgador competente. Las tres ramas, pues, si pretenden ser coherentes, tienen que estar vertebradas por los mismos principios político-criminales, siendo la primera (la material) fuente primaria de inspiración y orientación⁸¹⁹.

De esta manera, se debe promover una concepción amplia del Derecho penal⁸²⁰, en el que todas las normas penales que forman parte del sistema penal merecerán igual protección en la medida que (i) representen una manifestación de *ius puniendi* estatal en el sentido expuesto en el capítulo IV, y que (ii) afecten derechos fundamentales de los ciudadanos. Por esa razón, Gonzáles Tapia, acertadamente, señala que *«la prohibición de retroactividad, por su conexión con el principio de legalidad, abarca las modificaciones (desfavorables) de todas las normas penales, con independencia de la materia que regulen»*⁸²¹.

De no aceptarse esta unidad que transita al sistema penal, o lo que es lo mismo proclamar tan sólo una declaración formal de la misma⁸²², pero en

⁸¹⁹ Así, Herrero Herrero 2015: 54.

⁸²⁰ En este sentido, *vid.* Quintero Olivares 2004: 42.

⁸²¹ Gonzáles Tapia 2002: 159.

⁸²² Sobre el particular, Quintero Olivares 2004: 184, señala que: «es curioso observar cómo los penalistas y los procesal-penalistas coinciden en sus obras generales en declarar *formalmente* que la otra parte del derecho es absolutamente imprescindible para la propia. Los procesalistas comienzan por proclamar que el derecho procesal encarna la garantía jurisdiccional del derecho penal, y por lo tanto es una parte del derecho penal en sentido amplio. Los penalistas también advierten que la realidad del derecho penal no puede

la práctica cada uno por su lado⁸²³, se corre el grave riesgo de que la *interdicción de los poderes públicos* que reclama el art. 9.3º de la CE, se convierta en letra muerta.

VI. El *tempus comissi delicti* como principio orientador

Se ha visto que cuando se da una sucesión normativa de leyes penales, la irretroactividad es la regla a seguir en caso que, las leyes posteriores, representen un incremento del *ius puniendi* estatal en perjuicio del reo. Empero, esa exigencia de *lex praevia* no dilucida cuál debe ser el punto de referencia para la elección de la norma más favorable. Para tal efecto, se debe recurrir al *tempus comissi delicti*, principio orientador en la elección de la norma aplicable en el tiempo⁸²⁴.

El *tempus comissi delicti* y la irretroactividad de la ley penal son el anverso y el reverso de la misma moneda⁸²⁵. La prohibición de retroactividad halla su máxima expresión de seguridad jurídica en la norma jurídica vigente al momento de la comisión del hecho punible y no en otra norma dictada *ex post facto*⁸²⁶. Juntos, ambos principios, determinan la correcta aplicación de la ley penal en el tiempo. La irretroactividad impide

entenderse sin contemplar la vida de ese derecho en el proceso, y que la Política criminal se ejecuta tanto a través de uno como del otro. Pero ahí terminan las proclamaciones de unidad y tarea común, y a partir de ese momento cada uno campa por su lado sin dirigir la mirada al otro».

⁸²³ Gonzáles Tapia 2002: 159.

⁸²⁴ En este sentido, Zugaldía Espinar 2004: 275; Cobo Del Rosal y Vives Antón 1999: 193.

⁸²⁵ Hurtado Pozo 2005: 293.

⁸²⁶ En este sentido, Gonzáles Tapia 2002: 95, señala que: «a la prohibición de retroactividad desfavorable se le reconoce de este modo una función esencial en el mantenimiento de la garantía de seguridad jurídica, evitando que los ciudadanos puedan verse sorprendidos por incriminaciones o agravaciones *ex post facto* y, de modo más general, para garantizar la *objetividad* de la intervención penal».

que la nueva norma rija hacia atrás, hacia el pasado; mientras que, el *tempus comissi delicti*, indica qué norma es la que debe regir el ante una sucesión perjudicial de normas: la del momento de comisión del delito.

El principio *tempus comissi delicti* se halla expresamente reconocido en el art. 25.1 de la CE⁸²⁷ y en el art.2.1 del CP⁸²⁸. Según éste, para determinar si un comportamiento es delictuoso y qué sanción debe imponerse hay que aplicar la ley vigente *al tiempo de cometerse*. Las excepciones a su aplicación son: (i) las leyes favorables que pueden aplicarse retroactivamente a hechos anteriores y (ii) las leyes intermedias.

La aplicación de este principio no se agota, como sostiene el Tribunal Europeo⁸²⁹, en el Derecho penal material. Por el contrario, la regla del *tempus comissi delicti* demanda su aplicación en todas las normas del sistema penal, en tanto modifiquen directa o indirectamente la cantidad o calidad de pena, la duración de la privación de la libertad o afectan cualquier otro derecho fundamental del imputado⁸³⁰. En este sentido, Caro Coria señala que:

«Toda modificación posterior –material, adjetiva o ejecutiva– que afecte la pena en perjuicio del imputado, no puede tener efectos retroactivos bajo ningún punto de vista, debiendo

⁸²⁷ Art. 25.1: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acto u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquél momento».

⁸²⁸ Art. 2.1º: «No será castigado ningún delito ni falta que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración (...)».

⁸²⁹ Para más detalle sobre la postura del TEDH, *vid.* Scoletta 2010: 294.

⁸³⁰ En esta línea, en la doctrina extranjera, entre otros, Frígols I Brines 2004: 345-369; González Tapia 2002: 159. En la doctrina peruana, en relación al derecho penitenciario, Valle-Riesta 2004: 9-13; Nakazaki Servigón 2004a: 35-44; Castillo Alva 2004a: 104.

siempre regir la regla tempus commissi delicti, es decir, la ley vigente al momento de la comisión del hecho punible»⁸³¹.

De elegirse otro punto de referencia, se vaciaría de contenido a la exigencia de seguridad jurídica que subyace a la prohibición de retroactividad, se neutralizaría la función de motivación de la norma penal y perdería objetividad los alcances de la misma. En efecto, si por ejemplo, en lo que respecta al Derecho de ejecución penal, el acceso a los beneficios penitenciarios se rigiera por la ley vigente al momento de la condena, se le impondría una carga al procesado pues éste no estará en capacidad de controlar la mayor o menor duración del proceso⁸³². O si fuera la ley vigente al momento de la solicitud del beneficio, la concesión del mismo dependerá de la voluntad coyuntural del legislador consistente en que no se le ocurra modificar el régimen de su ejecución un día antes en que el interno cumple con los requisitos para su petición⁸³³.

Es por ello, que cualquiera sea la norma –material, procesal, de ejecución, extrapenal, etc- o la materia que regule, la ley aplicable por imperio de la irretroactividad siempre será la vigente al momento de la comisión del hecho punible, siempre y cuando la norma posterior incida negativamente en la libertad personal del imputado o en sus derechos fundamentales. En este sentido, San Martín Castro, a propósito de la eficacia en el tiempo de normas procesales desfavorables, señala que:

«La aplicación de los preceptos procesales, que se refieren al mero transcurso formal de los procesos y a la organización

⁸³¹ Caro Coria 2004: 54.

⁸³² Caro Coria 2004: 51.

⁸³³ En detalle *infra* capítulo VII, epígrafe III A).

de los tribunales que en términos generales no restringen derechos individuales, seguirán rigiéndose por el principio de la ley vigente en el momento del proceso. En cambio, cuando se trata de disposiciones de garantías han de ser consideradas como restrictivas de derechos y, por consiguiente, sometida al brocardo tempus comissi delicti, que es el presupuesto material al que las consecuencias procesales se hallan ligadas»⁸³⁴.

La elección de otro punto de conexión no ofrece garantía alguna de imparcialidad estatal, puesto que el Estado no sólo aplica el Derecho penal a través del Poder Judicial, sino que fija las condiciones de su aplicación a través del Poder Legislativo. Si por ejemplo, la referencia temporal fuese la norma vigente al inicio del proceso⁸³⁵, puede suceder que durante la etapa de investigación preliminar, ante el examen del autor, de los hechos y de su connotación social o política, surja una iniciativa legislativa *ad hoc*, desfavorable al imputado, con la finalidad de ser aplicada una vez instaurado el proceso penal. Por tanto, si las «reglas de

Por tanto, cuando se legisla a la vista de hechos ya producidos se rompe con dicha neutralidad en el ejercicio del *ius puniendi*. Sólo antes del delito se puede garantizar objetividad, después de dicho momento, cuando ya surge el conflicto penal y aparecen los intereses contrapuestos de los distintos actores involucrados, ya deja de ser neutral el Derecho penal. Nos guste o no, se trata en definitiva del único punto de conexión no sujeto a

⁸³⁴ San Martín Castro 2000: 24-25.

⁸³⁵ Este punto de referencia temporal se desprende de Berdugo Gómez De La Torre y otros 2004: 58; Muñoz Conde y García Arán 2004: 144.

manipulaciones políticas y legislativas⁸³⁶. La mejor forma de controlar el ejercicio del *ius puniendi*, es exigiendo al Estado que las normas penales, cualesquiera sea su naturaleza jurídica o ubicación en el ordenamiento jurídico, sean fijadas antes de la comisión del hecho punible, cuando éstas afecten directamente la libertad del imputado.

Situación distinta se presenta cuando la nueva norma penal no conlleva una intervención estatal en el ámbito de libertad de los ciudadanos, como por ejemplo la modificación del lugar de interposición de los recursos o la cantidad de recaudos que se deban acompañar a los escritos. Frente a tales supuestos, puede mantenerse la regla de *tempus regit actum* (la norma vigente al momento de realización del acto procesal), en tanto no representan un *plus* de potestad punitiva que afecte negativamente de manera directa y próxima la esfera de libertad del imputado.

A) **¿Disvalor de acción o disvalor de resultado?**

La determinación del tiempo de comisión del delito es necesaria para todas las infracciones penales, con independencia de la modalidad concreta de que se trate. En la mayoría de ocasiones esta delimitación será sumamente simple, pues bastará una mera constatación fáctica en un sólo momento, como por ejemplo, cuando un ladrón le arrebatara una cartera a un

⁸³⁶ En este sentido se ha pronunciado recientemente el Tercer Juzgado Penal Especial, mediante resolución de fecha 28.3.06 recaída en el caso «Lira». En dicha resolución, el Juez, apartándose de los precedentes del TC sobre la aplicación de la Ley N° 27770, ha establecido que: «si el juzgado resuelve con la norma vigente al momento de la interposición del pedido de semilibertad, en buena cuenta implica retrotraer la norma (Ley veintisiete siete setenta) a la época de la comisión de los hechos, colisionando de esta manera gravemente con los principios constitucionales referidos a la irretroactividad de la ley penal (...)». Para más información sobre el grado de inseguridad jurídica que ofrecen otros puntos de conexión, *vid.* Caro Coria 2004: 51-53.

transeúnte (delito instantáneo). O también, tratándose de delitos de mera actividad⁸³⁷, en los que no se exige un resultado lesivo.

Sin embargo, hay hipótesis delictivas en las que la delimitación del tiempo de realización del hecho punible resulta más compleja. Ello sucede en los tipos penales mutilados en dos actos, en los que prevén una relación temporal entre la acción y el resultado, en el delito continuado, en el delito de estado, en el delito permanente, entre otros. Y es que, en tales supuestos, puede acontecer que, como consecuencia del dinamismo que afronta el Derecho penal, las normas penales pierdan su vigencia rápidamente y concorra más de una norma que reclame vigencia.

Así, entre el momento en que una persona realiza la acción desvalorada hasta el momento en que se produce el resultado querido, puede sufrir modificaciones el tipo penal que regulaba dicha conducta punible; con lo cual, se generará una incertidumbre en relación a qué norma es la aplicable al fenómeno criminal: la vigente al momento de realizada la acción o la vigente al momento de producido el resultado. Ello sucede, por ejemplo, en el delito de difamación (art. 132° del CP), cuando el sujeto activo realiza el acto de difamar mediante la filmación de un vídeo durante la vigencia de una ley y la propalación del mismo a la opinión pública –el resultado- se produce semanas después durante el imperio de otra ley.

Frente a tales modalidades delictivas problemáticas, la dogmática penal ha construido diversas teorías, las que se pueden sintetizar en: (i) la teoría de la acción, (ii) la teoría del resultado, (iii) la teoría mixta y (iv) la teoría de la valoración jurídica. Para la teoría de la acción, el *tempus comissi delicti* esta situado en el momento de la manifestación exteriorizada

⁸³⁷ Vid. Gonzáles Tapia 2002: 24.

de voluntad, considerada relevante para el Derecho penal⁸³⁸. Para la teoría del resultado, lo relevante no es la modificación del mundo exterior, sino fundamentalmente la lesión material del bien jurídico protegido⁸³⁹. Para la teoría mixta o unitaria, le es indiferente reparar en la acción y el resultado, pues ambos tienen relevancia jurídica. Cada uno de los instantes en los que transcurre el *iter criminis* son relevantes en la fijación del delito, no pudiéndose escoger arbitrariamente entre ellos⁸⁴⁰. Finalmente, para la teoría de la valoración jurídica, la determinación del momento de comisión de la infracción se hará de forma independiente, dependiendo la solución, en cada caso, de la finalidad perseguida con cada institución⁸⁴¹

De las cuatro, el legislador español se ha decantado por la teoría de la acción⁸⁴², por cuanto es en función a la ley vigente en ese momento, que el ciudadano puede motivarse en un sentido u otro. Esta opción político-criminal, responde pues, a criterios de prevención general⁸⁴³.

Bajo este esquema, el actor que actúa plenamente, realizando los actos ejecutivos que conducen al resultado, no puede ser castigado conforme a la ley que se promulga después, pero antes que sobrevenga el resultado. Para que esto fuera posible la ley debe ser anterior al inicio de la conducta.

⁸³⁸ Castillo Alva 2004a: 131.

⁸³⁹ Castillo Alva 2004a: 131.

⁸⁴⁰ Castillo Alva 2004a: 131

⁸⁴¹ Gonzáles Tapia 2002: 37.

⁸⁴² El art. 7º del CP establece que: «A los efectos de determinar la Ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar».

⁸⁴³ Castillo Alva 2004a: 133.

En contraposición, distinto es el tratamiento del lugar de comisión del delito, en el que el legislador español ha optado por el criterio de ubicuidad⁸⁴⁴. Así también, respecto a otras instituciones –como la prescripción–, el criterio relevante ya no es el momento de realización de los actos ejecutivos, sino más bien se ha creído conveniente recurrir a la teoría de la valoración jurídica⁸⁴⁵ para la elección de la norma aplicable. Es así, que para la prescripción de la acción penal, se deba apelar a la teoría del resultado⁸⁴⁶.

B) Algunos supuestos complejos de determinación

Existen tipos penales y modalidades de autoría que demandan un mayor análisis para la delimitación del *tempus commissi delicti*, de cara a la aplicación práctica del principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial. Así: (i) el delito de omisión, (ii) el delito permanente, (iii) el delito continuado, (iv) la coautoría, (v) la autoría mediata y (vi) la participación y (vii) el delito sometido a condiciones objetivas de punibilidad.

En el *delito de omisión* (propia o impropia) el autor deja de realizar lo que estaba obligado a hacer por ley. Realiza la acción típica mediante un no hacer. En este caso, conforme al art. 7º del CP, el punto de referencia lo marca la omisión de la obligación de actuar, al margen de la producción del eventual resultado no evitado. No obstante, con señalar que los delitos omisivos se consideran cometidos con la no realización de la conducta

⁸⁴⁴ Para Mir Puig 1998: 201: «La teoría de la ubicuidad es la que debe reputarse preferible político-criminalmente para fijar el lugar del delito, puesto que evita *lagunas* que conduzcan a impunidades absurdas».

⁸⁴⁵ *Vid.* Castillo Alva 2004a: 132.

⁸⁴⁶ *Vid.* art. 132 del CP.

jurídicamente exigida, no basta para despejar todas las dudas. Lo decisivo es el espacio de tiempo que media entre el momento en el que ha surgido el deber de actuar y existe la capacidad de acción y el momento en que el deber ya no se pueda cumplir. Así, tratándose de delitos de omisión propia, la ley aplicable será la vigente al momento que pasa la última oportunidad de realizar la conducta⁸⁴⁷; mientras que, tratándose de delitos de omisión impropia, basta con constatar la ausencia de una acción debida que genere la creación de un riesgo o el aumento de un riesgo preexistente.⁸⁴⁸

En el *delito permanente*, a diferencia del delito instantáneo -en el que la consumación supone el límite máximo de existencia del delito-, el momento en que se realizan todos los elementos constitutivos de la infracción y el fin de la existencia de la misma no coinciden⁸⁴⁹. Ello dificulta la tarea de ubicar, dentro del *iter criminis*, la ley aplicable en caso se presente una sucesión de normas durante el tiempo que perdura el estado antijurídico. En este caso, la solución más acorde con el fin preventivo-general del Derecho penal y, por supuesto, con la *ratio* del art. 9º del CP, es la elección del momento en que inicialmente se reúnen todos los elementos constitutivos⁸⁵⁰ y no aquél en que cesa la situación jurídica creada por el sujeto⁸⁵¹.

En el *delito continuado* concurre una pluralidad de acciones guiada por una misma resolución criminal, caracterizado por la homogeneidad en las modalidades de comisión y la lesión a un mismo bien jurídico. En esta hipótesis delictiva, puede generarse un conflicto temporal cuando las

⁸⁴⁷ Así, Castillo Alva 2004a: 134.

⁸⁴⁸ Castillo Alva 2004a: 134.

⁸⁴⁹ Rodríguez Mourullo, citado por Gonzáles Tapia 2002: 302.

⁸⁵⁰ En este sentido, Gonzáles Tapia 2002: 302.

⁸⁵¹ Gonzáles Tapia 2002: 302.

diferentes infracciones que conforman el delito continuado se cometen bajo la vigencia de dos leyes que se suceden en el tiempo. La postura mayoritaria, con razón, entiende que en este supuesto rige a plenitud la prohibición de retroactividad⁸⁵²; de tal suerte, que cualquier modificación en el curso de la pluralidad de acciones no podrá tener efectos retroactivos. No obstante, puede castigarse la pluralidad de acciones que se realicen luego de la vigencia de la nueva ley⁸⁵³.

En la *coautoría* todos los coautores son verdaderos autores y, por tanto, realizan de manera conjunta el hecho propio. Por ese motivo no rige entre ellos el *principio de accesoriedad*, sino el de *imputación recíproca de las aportaciones*, en virtud del cual lo que haga cualquiera de ellos repercute y es imputable a lo demás (en los términos del acuerdo ejecutivo común)⁸⁵⁴. En esta medida, basta que uno de los coautores inicie la ejecución del delito planificado y los demás hayan decidido la comisión del mismo, para que se configure el *tempus comissi delicti*. Es decir, el momento de la comisión del delito será el de la primera contribución típica que hace un coautor en el marco de la decisión común⁸⁵⁵.

En la *autoría mediata* el hombre de atrás es quien realiza el hecho punible por intermedio de otro del que se sirve como instrumento (art. 23° del CP). Por ello, el tratamiento del autor mediato, en lo que respecta al tiempo de comisión del delito, ha de ser igual al que corresponde para el autor directo o inmediato. En este sentido, el tiempo de realización del delito en los supuestos de autoría mediata se concreta cuando el autor

⁸⁵² Por todos, Castillo Alva 2004a: 136.

⁸⁵³ Castillo Alva 2004a: 136.

⁸⁵⁴ En esta línea, Gonzáles Tapia 2002: 302.

⁸⁵⁵ Revilla Llaza 2004: 344.

mediato comienza la utilización del instrumento⁸⁵⁶, independientemente del inicio de la tentativa punible que aparece cuando el intermediario material actúa poniendo en peligro o lesionando el bien jurídico⁸⁵⁷.

La *participación* en cualquiera de sus formas, ya sea la instigación o la complicidad, a efectos de determinar el tiempo de comisión del delito, se computa desde la contribución o la influencia psíquica, más no desde el principio de ejecución que realiza el autor⁸⁵⁸. Y es que, en ambos casos, conforme al art. 9º del CP lo decisivo es el momento en que el partícipe actúa y no el momento en que el autor realiza el hecho principal. El principio de accesoriedad limitada no es tan exigente a este respecto, pues por mandato del art. 9º del CP el *tempus commissi delicti* de un partícipe no puede identificarse con el momento en que su conducta se hace ilícita por obra del autor. De este modo, si el inductor o partícipe han intervenido antes de la vigencia de la nueva ley incriminadora o agravatoria, pero el autor actúa durante su vigencia, sólo a éste le será aplicable por imperio del principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial.

Cuando un delito presenta en su estructura típica *condiciones objetivas de punibilidad* surge también la duda acerca de si el *tempus commissi delicti* se configura una vez cumplida la condición requerida para la punibilidad del comportamiento o antes. Por ejemplo, en el caso del delito de malversación de fondos (art. 389º del CP), el tiempo de comisión del delito podría configurarse en el preciso momento en que el funcionario público da a los bienes que administra una aplicación definitiva diferente, o también en el momento en que se produce concretamente la afectación de la

⁸⁵⁶ Revilla Llaza 2004: 344.

⁸⁵⁷ Así, Castillo Alva 2004a: 134.

⁸⁵⁸ Castillo Alva 2004a: 135.

función encomendada. La respuesta a este interrogante es la misma que con respecto a los delitos de resultado: el art. 9º del CP excluye para la delimitación del tiempo de comisión del delito todo elemento o criterio ajeno al de la acción. Si se excluye el resultado, con más razón deben excluirse las condiciones objetivas de punibilidad, que ni siquiera forman parte del dolo⁸⁵⁹.

⁸⁵⁹ En este sentido, Gonzáles Tapia 2002: 317.

CAPÍTULO VII

Vigencia y ámbito de aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal más perjudicial

I. Capacidad de rendimiento I: ámbito indiscutido

A) Ley penal material

Como ya se ha expuesto, el principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial prohíbe la aplicación de una norma posterior a un hecho cometido con anterioridad a su entrada en vigencia, si dicha norma es más perjudicial al imputado. Pero ¿Qué clase de norma se encuentra protegida por la irretroactividad? En España, al igual que en la mayoría de ordenamientos jurídicos, existe un ámbito de claridad y un ámbito de penumbra en la delimitación del ámbito protegido por la exigencia de *lex praevia*.

El ámbito de claridad esta constituido por las normas penales materiales que forman parte Derecho penal sustantivo; es decir, por aquellas que versan sobre las conductas conminadas con pena, sus presupuestos y consecuencias⁸⁶⁰. Este Derecho penal material comprende la Parte general y la Parte especial. Dentro de la primera, forman parte del núcleo de la irretroactividad, entre otras, las reglas de autoría y participación, las formas imperfectas de realización, las causas de justificación y la prescripción de la

⁸⁶⁰ Roxin 1997: 44.

acción penal y de la pena. Dentro de la segunda, todo el catálogo de tipos penales contenidos en el CP y en leyes penales especiales, así como las leyes extrapenales que complementan los tipos penales en blanco⁸⁶¹.

En este sentido, hay consenso en la dogmática penal en que por lo menos la garantía de irretroactividad esta constituida por las conductas punibles y por las penas que se hallan ligadas a las mismas. En ello estoy de acuerdo. Empero, en lo que no existe unanimidad y en lo que discrepo abiertamente es en considerar que el principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial tan sólo protege este ámbito⁸⁶².

En mi opinión, la identificación de una ley penal retroactiva susceptible de protección por la exigencia de *lex praevia* ha de hacerse en atención a su contenido y efectos y no desde una perspectiva meramente formal, en la que sólo sean admisibles las normas penales clasificadas o etiquetadas como *materiales*. En este sentido, es muy significativa la vieja sentencia americana *Calder v. Bull*, en la que se considera que una ley es retroactiva cuando: (i) incrimina retroactivamente un hecho que a la fecha de su comisión era impune, (ii) agrava o amplía un delito de forma retroactiva, (iii) modifica la naturaleza del castigo aplicable según la ley del momento de la comisión del hecho, o cuando (iv) altera en perjuicio del imputado las reglas probatorias o requiere menores exigencias procesales para condenarlo.⁸⁶³

⁸⁶¹ *Vid.* Castillo Alva 2004a: 104.

⁸⁶² Entre otros, para Maurach 1998: 197, tomo I: «La prohibición de retroactividad sólo rige para aquellas normas que fijan las consecuencias jurídicas de un hecho cometido, es decir, para el derecho penal material».

⁸⁶³ Sentencia citada por Gonzáles Tapia 2002: 172.

El ámbito de protección discutido de la irretroactividad esta compuesto por los supuestos que a continuación se exponen. Sin embargo, como se verá más adelante, bajo el entendimiento del principio de irretroactividad como expresión de seguridad jurídica que limita en forma objetiva el *ius puniendi* estatal, muchos de los supuestos considerados en la penumbra forman en realidad parte de la claridad del ámbito de aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial y, por tanto, se encuentran garantizados por el art. 103° de la Const. Y es que, como señala Jakobs⁸⁶⁴, la prohibición de retroactividad, debe llegar hasta allí donde sea necesaria la garantía de objetividad.

B) Medidas de seguridad

Desde una interpretación sistemática y de *ratio legis* del art. II del TP del CP y 6° del mismo cuerpo normativo, indiscutiblemente el principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial se extiende a las medidas de seguridad⁸⁶⁵, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones como la alemana⁸⁶⁶. Ciertamente, el art. 6° del CP establece la aplicación de la ley penal más favorable en el tiempo, sin hacer distinción entre penas y medidas de seguridad. Y el art. II del TP del CP, que desarrolla el mandato constitucional del art. 2. num. 24. inc. d) de la Const., demanda la aplicación de las penas y medidas de seguridad que estuviesen vigentes en el momento de la comisión del hecho punible.

⁸⁶⁴ Jakobs 1997: 115.

⁸⁶⁵ Así, en la doctrina peruana, entre otros, Urquiza Olaechea 2006: 57; Castillo Alva 2004a: 104. En la doctrina extranjera, Berdugo Gómez De La Torre y otros 2004: 58; Muñoz Conde y García Arán 2004; 143; Calderón Cerezo y Choclán Montalvo 2005: 59.

⁸⁶⁶ El art. 2.6 del StGB dispone: «Salvo disposición legal expresa en contrario, respecta de las medidas de seguridad deberá aplicarse la ley en el momento de la sentencia».

La discusión en la literatura penal en relación a la irretroactividad y retroactividad de las medidas de seguridad radica en el hecho que éstas se imponen en atención a la peligrosidad del sujeto y no sobre la base de su culpabilidad⁸⁶⁷. Para García Arán, tratándose de medidas de seguridad debe aplicarse la legislación vigente en el momento del juicio, al considerarse la más adecuada a las exigencias actuales de la política criminal:

«(...) como el supuesto de hecho al que se aplica la medida de seguridad no es el delito en el que se manifiesta la peligrosidad, sino la propia peligrosidad del sujeto, si en el momento del juicio en el que se pretende la aplicación de una determinada ley vigente sobre medidas de seguridad, la situación de peligrosidad existe, el supuesto de hecho se produce bajo la vigencia de dicha ley y, por tanto, debe resultar aplicable, aunque la ley vigente en el momento de cometerse el delito demostrativo de la peligrosidad, no estableciera la misma consecuencia jurídica»⁸⁶⁸.

Esta postura no es acorde con el fundamento de la prohibición de retroactividad que aquí se defiende. Y es que, si la irretroactividad busca limitar las intervenciones estatales en el ámbito de la libertad personal y de otros derechos fundamentales de los ciudadanos, las medidas de seguridad no pueden estar al margen de esta protección.

Nótese, que la naturaleza aflictiva de la medida de seguridad es tan igual o hasta más drástica que la pena e incide gravemente en la situación

⁸⁶⁷ Sobre el estado actual de la discusión, *vid.* Morillas Cueva 2004: 218.

⁸⁶⁸ García Arán citado por De Vicente Martínez 2004: 72.

jurídica del imputado⁸⁶⁹. Ambas consecuencias jurídicas son manifestaciones de *ius puniendi* estatal⁸⁷⁰ y, por tanto, el punto de conexión temporal no puede ser el del momento del enjuiciamiento. Antes bien, como señala Jakobs⁸⁷¹, la regulación de las medidas de seguridad en un Estado de derecho requiere de una garantía de objetividad. En ese sentido, el punto de referencia que ofrece dicha neutralidad estatal no es otro que el del *tempus comissi delicti*⁸⁷².

Más bien, una tarea difícil de cara a la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial a las medidas de seguridad es la de determinar en qué casos una nueva medida de seguridad es desfavorable o no. La dificultad estriba en que el carácter terapéutico de muchas medidas de seguridad impide determinar cuáles son desfavorables y cuáles no⁸⁷³. En algunos casos el carácter asegurativo o inocuizador de la medida será el elemento decisivo para determinar su inaplicación. Empero, en otros casos, como lo es el de las medidas de seguridad de carácter terapéutico -como los internamientos o el sometimiento a programas formativos de diverso tipo-, pueden generar serias dudas respecto a su admisión⁸⁷⁴.

No obstante, esta mayor complejidad y análisis valorativo no es óbice para la vigencia de la prohibición de retroactividad en el régimen de las medidas de seguridad. Tan sólo demanda una mayor eficiencia y rigurosidad por parte de las agencias de control penal. Y además, no debe olvidarse que el hecho que las medidas de seguridad no sean penas no

⁸⁶⁹ En este sentido, Urquiza Olaechea 2006: 58; Castillo Alva 2004a: 104.

⁸⁷⁰ Así, entre otros, Bustos Ramírez 2004: 259; Blanco Lozano 2004: 85.

⁸⁷¹ Jakobs 1997: 114-115.

⁸⁷² Jakobs 1997: 114.

⁸⁷³ Sobre esta problemática, *vid.* Martínez Guerra 2004; 41.

⁸⁷⁴ Martínez Guerra 2004: 41.

implica nada acerca de la gravedad de la intervención y del peligro del abuso⁸⁷⁵.

C) Leyes penales en blanco

De las zonas grises de protección del principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial, ésta es la menos oscura, pese a que, ha sido objeto de una escasa atención por parte del TC⁸⁷⁶. Podría afirmarse que, conforme al estado actual del Derecho penal contemporáneo, la vigencia de la prohibición de retroactividad en lo que respecta a las leyes penales en blanco no está siquiera en discusión⁸⁷⁷. En efecto, existe consenso en la doctrina en que toda modificación de normas extrapenales que completan una ley penal en blanco no surte efectos hacia el pasado⁸⁷⁸. En este sentido, Velásquez Velásquez señala que:

«Cuando se habla de la “Ley”, se alude tanto a las normas penales completas, como a las incompletas y a las en blanco; asimismo, se incluyen a las procesales y de ejecución penal,

⁸⁷⁵ Vid. Jakobs 1997: 115.

⁸⁷⁶ Así, una de las pocas sentencias es la STC 38/1997, de 27 de febrero, en la que se estableció (FJ 5) que la prohibición de la aplicación retroactiva in peius de las disposiciones sancionadoras es aplicable también a las disposiciones no sancionadoras que sirvan para integrar aquéllas, pues al constituir el complemento indispensable de las normas sancionadoras, como se acaba de señalar, participa también de este carácter a los efectos constitucionales.

⁸⁷⁷ De Vicente Martínez 2004: 66. Empero, respecto al principio de retroactividad favorable, el cual escapa al estudio y análisis de la presente investigación, el consenso no es el mismo. En tanto el principio de retroactividad favorable posee un fundamento distinto al de irretroactividad, cifrado en la prohibición de exceso, la doctrina alemana y española mantienen tesis contrapuestas en torno a su admisión. Para más información, vid. Silva Sánchez 1995: 703-715; Martínez-Bujan Pérez 1998: 120-130.

⁸⁷⁸ Por todos, Bustos Ramírez 2004: 597, tomo I. En Alemania, por todos, Silva Sánchez 1995: 703.

las de carácter civil, laboral, administrativo, etc., cuando introducen modificaciones a las penales e, incluso, a la ley o al reglamento complementario. En otras palabras, la ley que ha de aplicarse no es sólo la norma de la parte especial, sino también la contenida en la parte general y en el derecho penal complementario»⁸⁷⁹.

Así, salvo excepciones,⁸⁸⁰ la aplicación retroactiva de un reglamento o de cualquier otra norma de distinta jerarquía y especialidad, que suponga una agravación de la punibilidad de la ley penal en blanco, estará proscrita por mandato de la irretroactividad⁸⁸¹. Y no cabe argumentar en contra que la Constitución no ha establecido una reserva de ley sobre retroactividad de las disposiciones generales, sino sólo sancionadoras⁸⁸². Como se ha visto ya, la naturaleza jurídica, etiqueta o ubicación sistemática de un precepto,

⁸⁷⁹ Velásquez Velásquez 2002: 140.

⁸⁸⁰ Una de ellas es la que plantea López Menudo 1981: 71-72, para quien: «la irretroactividad absoluta paralizaría la potestad reglamentaria ya que aquella impediría la incidencia de la norma sobre las situaciones en curso. Por contra, un concepto de retroactividad identificado exclusivamente con la de “grado máximo”, supondría coartar la posibilidad (admisible en muchos casos) de que el reglamento proyectase sus efectos hacia el pasado; por añadidura, dejaría en manos de la Administración la facultad de “accionar hacia adelante”, en cualquier supuesto sin tacha de retroactividad, lo que podría derivar en abusos teórica y prácticamente incontrolables».

⁸⁸¹ En este sentido, Cobo Del Rosal y Vives Antón 1999: 207; De Vicente Martínez 2004: 66; Bustos Ramírez 2004: 597.

⁸⁸² En este sentido, Vaquer Caballería 2010: 88-89, señala: «En nuestra opinión, en suma, el único campo material vedado de forma general a la retroactividad reglamentaria es el definido en los citados artículos 9.3 CE y 62.2 de la Ley 30/1992. Cuestión distinta es por imperio de quién pueda prescribirse la retroactividad reglamentaria: si por el propio reglamento o sólo por habilitación legal. Pero la Constitución no ha establecido una reserva de ley sobre retroactividad de las disposiciones generales, por lo que esta cuestión no es específica ya del problema de la retroactividad, sino general al alcance de la potestad reglamentaria (...)».

no son argumentos suficientes para negar o admitir la retroactividad *in peius*.

Por ejemplo, una norma administrativa que establezca la disminución de los límites permisibles de contaminación ambiental que derivan del art. 304° del CP. Ello, en la medida en que, dichas leyes, aunque pertenezcan a otro sector del ordenamiento jurídico, quedan incorporadas a las leyes penales, al completarlas con la descripción de las conductas prohibidas u ordenadas; por lo que, debe regir para ellas el principio de irretroactividad. Planteamiento que, también es extensivo, a todo el catálogo de las leyes penales incompletas, como los tipos abiertos o los tipos con elementos normativos que recurren a leyes extrapenales⁸⁸³.

Cuestión más compleja es el caso de las leyes temporales en el Derecho penal económico, pero más que un problema de irretroactividad, es un tema de ultractividad⁸⁸⁴.

⁸⁸³ Bustos Ramírez 2004: 597.

⁸⁸⁴ En este ámbito se utiliza muchas veces como técnica legislativa leyes temporales para salir al frente ante una coyuntura económica. Como señala García Caverro 2014: 278: «el carácter dinámico de la economía hace necesario que el legislador recurra a técnicas de tipificación que le den a la ley penal económica una mayor capacidad de adaptación a las nuevas circunstancias. Si identifica situaciones de carácter coyuntural que precisan de una intervención penal, lo razonable será que expida leyes temporales dirigidas a mantener la identidad normativa de la sociedad durante tales situaciones. Una vez superada la coyuntura que motivó la expedición de la ley penal temporal, queda claro que ésta no deberá aplicarse a nuevos casos. Sin embargo, como la identidad normativa sigue siendo la misma, se necesita mantenerla frente a los casos antiguos que la pusieron en cuestión durante la vigencia de la ley temporal. Sólo en caso de un cambio de la identidad normativa de la sociedad, podrá fundamentarse una falta de necesidad de castigar los casos antiguos con la ley penal temporal».

II. Capacidad de rendimiento II: ámbito discutido

A) Ley penal procesal

Otro ámbito discutido de aplicación de la prohibición de retroactividad, es el de las normas procesales. De acuerdo con el fundamento establecido para el principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial, aquellas normas procesales que supongan una modificación de la situación jurídica del imputado, mediante la afectación de derechos fundamentales que incidan en la libertad personal, no podrán tener efectos retroactivos. En este sentido, Hurtado Pozo sostiene que las modificaciones en la ley procesal *«pueden, también, significar –de ser aplicadas inmediatamente a los procesos pendientes- una agravación sensible de la situación jurídica del encausado»*⁸⁸⁵. Por ello, Mir Puig señala que *«las normas procesales que restrinjan el contenido de derechos y garantías del ciudadano no pueden ser retroactivas»*⁸⁸⁶.

El primer inconveniente que enfrenta la vigencia de la exigencia de *lex praevia* en el Derecho procesal penal radica en la verificación previa de si las normas procesales son susceptibles de aplicación retroactiva. Ello, debido a que si no lo son, carecería de todo sentido hablar sobre una prohibición de retroactividad en éste ámbito. Para muchos⁸⁸⁷, las normas

⁸⁸⁵ Hurtado Pozo 2005: 326.

⁸⁸⁶ Mir Puig 1998: 84.

⁸⁸⁷ Maurach 1998: 197-198, tomo I. San Martín Castro 2003: 27-32, aunque después cambia de opinión en San Martín 2015: p. 27, admitiendo la regla del *tempus commissi delicti* para aquellas normas procesales con efectos sustanciales. En el mismo sentido, la CIDH establece con relación al principio de legalidad en materia procesal siempre debe ser tomado en cuenta el momento del propio acto procesal. Así en el caso *Liakat Ali Alibux vs Suriname* citado por Mínguez Rosique 2016: 219.

procesales –siempre- son de aplicación inmediata; por tanto, en ningún caso surten efectos hacia el pasado. Postura que, entre otras consideraciones, se sostiene en la idea de que la norma procesal no es reguladora de la relación jurídica deducida en juicio y, por tanto, su aplicación está condicionada al estado del proceso y no al delito imputado⁸⁸⁸.

En otras palabras, no existe en ningún caso un derecho adquirido para ser juzgado por el procedimiento vigente en el momento de concretarse el hecho punible⁸⁸⁹. En contra, Maier⁸⁹⁰, con quien coincido, sostiene que sí es factible que un precepto procesal despliegue sus efectos hacia el pretérito; todo depende del punto de conexión.

Como regla general, en el proceso penal, rige el principio *tempus regit actum*⁸⁹¹; en cuya virtud, ante una sucesión de leyes procesales en el tiempo, la ley aplicable es la vigente en el momento de la realización del acto procesal. El factor de aplicación de la norma procesal penal, a diferencia de la norma penal material, está referido a los hechos o actos procesales y no al hecho punible. Así, por ejemplo, tratándose de un recurso impugnatorio, la ley aplicable será la vigente en el momento que corresponda su interposición. Ello es así, en la medida en que las leyes procesales tienen en cuenta los actos procesales y no los hechos delictivos

⁸⁸⁸ San Martín Castro 2003: 28.

⁸⁸⁹ Así, el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia N° 2496-2005-PHC/TC, FJ 12)

⁸⁹⁰ Maier 1996: 246-247.

⁸⁹¹ En la doctrina extranjera, entre otros, Muñoz Conde y García Arán 2004: 142; Roxin 1997: 164; Bustos Ramírez 2004: 596; Calderón Cerezo y Choclán Montalvo 2005: 59; Cobo Del Rosal y Vives Antón 1999: 205; Berdugo Gómez De La Torre y otros 2004: 58. En la doctrina peruana, entre otros, San Martín Castro 2000: 24; Castillo Alva 2004a: 105; Hurtado Pozo 2005: 325.

que se someten al proceso⁸⁹². Aquí propiamente no existe retroactividad; por tanto, no opera el principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial.

Se entiende, por tanto, que resulta indiferente al Derecho procesal penal el momento de la comisión del hecho punible, el cual sólo determina el objeto procesal, más no regula los actos procesales ni las potestades y situaciones jurídicas procesales⁸⁹³. Sin embargo, hay casos en los que -en modo alguno-, en salvaguarda de la exigencia de neutralidad estatal que vengo postulando, se puede aceptar una actitud impasible e indiferente del Derecho procesal penal respecto al tiempo de comisión del delito.

En efecto, la regla general del *tempus regit actum* no puede regir para la totalidad de normas procesales penales⁸⁹⁴. Ello, por cuanto existen normas procesales que inciden de manera directa en los derechos fundamentales del procesado, que no pueden ser aplicadas en el curso del proceso penal sino estuvieron vigentes en el momento de la comisión del hecho punible. Una agravación retroactiva de tales normas –o lo que es lo mismo, una aplicación inmediata de las mismas- supondría un exceso arbitrario de potestad punitiva, inaceptable en un Estado de Derecho. La regla del *tempus regit actum* sólo debe aplicarse a los preceptos procesales que se refieren al mero transcurso formal de los procesos y a la

⁸⁹² Castillo Alva 2004a: 105.

⁸⁹³ Así, San Martín Castro 2015: 26. En el mismo sentido, Cordón Moreno, citado por Verdura Izquierdo 2006: 106, manifiesta que «la ley procesal no se aplica retroactivamente a procesos anteriores, sino a los actos procesales que se produzcan a partir de su entrada en vigor, con independencia de cuál sea la ley sustantiva aplicable para decidir si la relación jurídica material en ellos deducida, que se rige, en cuanto a tal vigencia, por sus propias normas».

⁸⁹⁴ Ragués I Vallés 2004: 79.

organización de los tribunales⁸⁹⁵. De lo contrario, la aplicación indiscriminada y absoluta de esta regla produciría consecuencias inconstitucionales⁸⁹⁶.

Ciertamente, ante una sucesión normativa, el punto de conexión de una norma procesal que afecte derechos individuales, como la libertad personal, es el de *tempus commissi delicti*. Las normas procesales que por sus efectos inciden en el castigo penal y su medida, que son las denominadas *normas procesales con efectos sustanciales*, les resulta aplicable el canon de la irretroactividad de la ley penal⁸⁹⁷.

En el ordenamiento español, esta postura es perfectamente defendible a partir del propio texto constitucional, pues el art. 9.3, como ocurre en textos constitucionales comparados⁸⁹⁸, no establece distinción

⁸⁹⁵ Bustos Ramírez 2004: 596.

⁸⁹⁶ Cobo Del Rosal y Vives Antón 1999: 207.

⁸⁹⁷ Así, Borrero Restrepo citado por San Martín 2015: 27. También en este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Colombia, Sentencia N° 23910 de 2005). *Vid.* en el mismo San Martín 2015: 27.

⁸⁹⁸ Así, por ejemplo, ello sucede en la Carta Magna del Perú. El texto original del art. 103° de la Constitución de 1993 establecía que «ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo». Posteriormente, mediante el art. 2° de la Ley de Reforma Constitucional, Ley N° 28389, publicada el 17 de noviembre de 2004, el art. 103° ha quedado redactado en los siguientes términos «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 (...)». Esta cláusula constitucional recoge el principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial en términos generales, sin hacer distinciones sobre la clase de ley. Sin embargo, el alcance constitucional de dicha cláusula ha sido limitado por el Tribunal Constitucional, lo que ha motivado fuertes críticas por la doctrina mayoritaria del país. Ciertamente, en diversos pronunciamientos, el Tribunal Constitucional peruano ha venido sosteniendo, que la prohibición de retroactividad contenida en el art. 103° de la

alguna entre normas procesales o sustantivas. Así lo entiende mayoritariamente la doctrina⁸⁹⁹. Únicamente proscribire la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Y un principio esencial del Derecho penal se cifra en adoptar la interpretación más favorable, lo que en este caso implica proscribir toda concepción restringida de la cláusula constitucional⁹⁰⁰.

En el caso de este último, resulta emblemática la STC 34/87 de 12 de marzo de 1987⁹⁰¹, mediante la cual se anularon varias resoluciones que

Constitución se refiere únicamente al derecho penal material, pese a que su tenor literal no hace distingo alguno.

⁸⁹⁹ Frígols I Brines 2004: 365; Maier 1996: 247; Cobo Del Rosal y Vives Antón 1999: 207; Bustos Ramírez 2004: 596, tomo I; Ragués I Vallés 2004: 82-84. De posición contraria es la doctrina alemana, por todos, De Vicente Martínez 2004: 68; Velásquez Velásquez 2002: 140. En Perú, entre otros, Caro Coria 2004: 54; Valle-Riesta 2004: 13; Nakazaki Servigón 2004a: 41; Nakazaki Servigón 2004b: 13; Castillo Alva 2004b: 27-28; Castillo Alva 2004a: 108. Así también, en su primera edición, San Martín Castro 2000: 25.

⁹⁰⁰ Así, Caro Coria 2004: 54, a propósito de la cláusula equivalente en el texto constitucional peruano.

⁹⁰¹ En la STC 34/1987 del 12 de marzo se estableció lo siguiente: «2. En el presente caso tal examen requiere, como premisa previa, considerar, a la luz del mandato constitucional, cuál es la versión aplicable del art. 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si la dada al mismo por la Ley Orgánica Orgánica 7/1983, o la redacción introducida por la Ley Orgánica 10/1984, teniendo en cuenta que la segunda establece límites más estrictos que la primera para la duración máxima de la situación de prisión provisional. El solicitante del amparo sostuvo ante el órgano judicial competente, y sostiene aquí ahora, que la Ley aplicable a su petición de libertad provisional tenía que ser la vigente no en el momento en que tal petición se hizo, sino la vigente en el momento anterior en que el Juez acordó su ingreso en prisión. El órgano judicial en su resolución ha aplicado, sin embargo, la Ley 10/1984. El Ministerio Fiscal nos solicita la inadmisión de este motivo del recurso de amparo, alegando para ello un Auto anterior de este Tribunal, por estimar que la reforma del art. 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 10/1984 entró en vigor el 4 de enero, y lo estaba, por tanto, cuando se dictaron las resoluciones judiciales impugnadas, lo que permitía en los supuestos de delito conminado con pena de prisión mayor, como ocurría en el presente, una duración de prisión provisional hasta dos años. La denegación de libertad provisional

acordada por la Audiencia Nacional tenía así cobertura legal suficiente. No cabe duda, como afirma la Sentencia 28/1985, de 27 de febrero, que el legislador puede modificar los plazos máximos de la prisión provisional; el problema es si esta modificación puede ser aplicable a las situaciones en curso, y por tanto a los acusados presos bajo la vigencia de una Ley que establecía límites menos severos para la restricción de la libertad. Es cierto que el Auto de este Tribunal de 18 de diciembre de 1985 ha negado la existencia de un derecho irrevocable del acusado a esa menor restricción de la libertad, pero el problema, tal y como se plantea en el presente recurso, consiste en la falta de cobertura legal de la detención que exige el art. 17. Ello nos ha de llevar necesariamente a examinar el problema de la aplicación en el tiempo de los cambios de regulación de los límites legales de duración de la prisión provisional durante la tramitación del proceso penal. Los órganos judiciales han partido del carácter procesal, y no sancionador, de la prisión provisional, y de las decisiones judiciales relativas al mantenimiento de la misma, en cuanto que dirigidas tan sólo a la preparación y aseguramiento del buen fin de la causa criminal. Sin embargo, el que la prisión provisional no sea una sanción ni pueda utilizarse como tal, no significa que no suponga en sí misma una restricción de libertad, y que la decisión del Juez al respecto no incida sobre el estatuto de libertad del inculcado. Poniendo en conexión la presunción de inocencia y la inviolabilidad de la libertad personal, nuestra jurisprudencia ha señalado que «al consistir la libertad provisional en una privación de libertad, debe regirse por el principio de excepcionalidad» (STC 41/1982, de 2 de julio). Este carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico del favor libertatis, lo que supone que la libertad del imputado en el curso del proceso debe ser respetada, salvo que se estime indispensable por razones de cautela o de prevención especial, la pérdida de libertad, y ello dentro de los límites legales establecidos al efecto; dicha excepcionalidad tiene también su reflejo, en caso de sucesión de normas, en la decisión de la Ley aplicable al adoptar el Juez una decisión de mantener la situación de prisión provisional, y la consiguiente denegación de la libertad. Como ha dicho la Sentencia del Pleno de este Tribunal de 10 de marzo de 1987 (Recurso de amparo 1280/85) se desconocerían las garantías constitucionales frente a limitaciones indebidas del derecho a la libertad personal al aplicarse una Ley posterior más restrictiva a un inculcado en situación de prisión preventiva acordada con arreglo a una Ley anterior más benigna, pues ello podría suponer la prolongación de la situación excepcional de prisión más allá del límite máximo establecido en la Ley aplicable en el momento en que se acordó su privación de libertad, plazo máximo que representa para el afectado la garantía constitucional del derecho fundamental a la libertad, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado cuarto en relación con el apartado primero del art. 17 de la Constitución. En consecuencia, a la solicitud de libertad del hoy solicitante de amparo, no le debió ser aplicada la reforma del art. 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre, sino que debería haberse examinado y decidido teniendo en cuenta los límites establecidos en la Ley vigente, más favorable, en el momento de perder la libertad e iniciarse su situación de prisión provisional, es decir, en este caso, de acuerdo con la redacción de dicho artículo contenida en la Ley Orgánica

denegaban la libertad provisional a quienes se encontraban en prisión en cumplimiento de la Ley del 23 de abril de 1983, por haberseles aplicado en forma retroactiva una disposición -posterior al hecho delictivo- que ampliaba los plazos establecidos para la prisión preventiva⁹⁰². Entiende el TC, que aunque *«la prisión provisional no sea una sanción ni pueda utilizarse como tal, no significa que no suponga en sí misma una restricción de libertad (...) por lo que se desconocerían las garantías constitucionales al aplicarse una ley posterior más restrictiva»*⁹⁰³.

También, en la jurisprudencia internacional, esa no distinción se puede encontrar en la sentencia de 15 de marzo de 1991 expedida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, según la cual:

«(...)debe observarse, ante todo, que ni el texto constitucional, ni los textos legales citados, que en una forma categórica

7/1983. Al no haberlo hecho así los Autos impugnados, se ha desconocido el derecho del recurrente a la libertad reconocido en el art. 17.1 de la Constitución, por lo que procede otorgar el amparo solicitado en base a este precepto y anular los Autos de la Audiencia Nacional aquí impugnados.»

⁹⁰² Ley de 28 de diciembre de 1984.

⁹⁰³ Así, la STC 34/87 citada por Suárez Collía 2005: 120. En esta misma línea, la Primera Sala Superior Penal de Lima (Exp. H.C. N° 2517-03), al emitir la resolución de fecha 15 de septiembre de 2003 ante una acción de *habeas corpus*, señaló en el fundamento octavo que: «el principio *tempus regit actum*, que implica la aplicación inmediata de la nueva Ley procesal en el caso de sucesión de normas procesales, no debe tener vigencia cuando se trata de leyes restrictivas de los derechos. En este tema, la doctrina se orienta en el sentido de que cuando una norma (procesal o no) opera sobre un derecho fundamental, no puede ser considerada como meramente adjetiva; que el principio de legalidad se debe extender a las leyes procesales en todos aquellos casos en que una ley procesal posterior al delito suponga una disminución de las garantías o afecten el derecho a la libertad, en cuyo caso no será aplicable la regla *tempus regit actum* sino que se aplicará la legislación vigente en el momento de realizarse la infracción»..

consagran y reiteran el canon de la retroactividad de la ley penal permisiva o favorable en materia penal, y por tanto, a contrario sensu, el canon de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, no hacen distinción alguna entre leyes sustantivas o adjetivas ni procesales»⁹⁰⁴.

Con la finalidad de eludir el carácter retroactivo de las leyes procesales que afectan la libertad del imputado, Herrero Herrero, de manera contradictoria al equilibrio que propugna⁹⁰⁵, afirma que una aplicación inmediata de un nuevo precepto vinculado a la prisión provisional sería lícito, incluso debido, siempre que no se produzca como una medida de sanción o punición, sino que se lleve a cabo en concepto de medida cautelar⁹⁰⁶.

Este planteamiento no guarda relación con la exigencia de objetividad o neutralidad de la respuesta penal⁹⁰⁷, que debe hallarse impregnado en todos los casos en los que, con total independencia de la naturaleza jurídica de la norma o su ubicación sistemática, se afecte directa o próximamente la libertad. Para ello, resulta imprescindible atender al

⁹⁰⁴ Sentencia citada por la CIDH en el Informe N° 83/00/Perú de 19.10.2000, caso N° 11.888. de 18.10.00.

⁹⁰⁵ En contradicción al por qué de su obra “Hacia un derecho penal equilibrado. Plataforma razonable de política criminal”. *Vid.* Herrero Herrero 2015: 13-16.

⁹⁰⁶ Enfocado así el problema, señala Herrero Herrero 2015: 136, parece, por tanto, que no estaríamos tampoco ante un conflicto de prohibición, o no, de retroactividad.

⁹⁰⁷ En este sentido, Yon Ruesta 2005: 557, tomo II, sostiene que la aplicación del *ius puniendi* demanda un equilibrio entre la persecución penal y el respeto a las garantías fundamentales, en el que: «Este equilibrio da cuenta de un verdadero Estado social en el que la política sancionadora del Estado es útil y se centra en la aplicación de medidas necesarias y que no implican excesos o arbitrariedades».

momento de comisión del delito como punto de referencia para poder apreciar la retroactividad.

La elección de otro punto de conexión no ofrece garantía real y cierta de imparcialidad estatal, puesto que el Estado no sólo aplica el Derecho penal a través del Poder Judicial, sino que fija las condiciones de su aplicación a través del Poder Legislativo. Así, si por ejemplo la referencia temporal fuese la norma vigente al inicio del proceso⁹⁰⁸, se corre el grave riesgo de que durante la etapa de investigación preliminar, ante el examen del autor, de los hechos y de su connotación social-política, surja una iniciativa legislativa *ad hoc*, desfavorable al imputado, con la finalidad de que sea aplicada una vez instaurado el proceso penal. Por tanto, si las *reglas de juego* en material penal, tanto en aquellos supuestos en los que pasa a considerarse delito lo que inicialmente no era, como cuando se modifica un plazo de prescripción o de duración de la detención preventiva, son alteradas *a posteriori*, existirían serias dudas sobre la imparcialidad de la actuación de los poderes públicos.

Efectivamente, en estos casos el punto de conexión no puede ser el acto procesal. Antes bien, como apunta Maier, tratándose de una regla procesal que disciplina una medida de coerción, «*cuando en ese contexto se habla de ley posterior, la referencia temporal no es el acto procesal a realizar, sino el momento de comisión del hecho atribuido*»⁹⁰⁹. En la misma dirección, Cobo Del Rosal y Vives Antón sostienen que:

⁹⁰⁸ Este punto de referencia temporal se desprende de Berdugo Gómez De La Torre y otros 2004: 58; Muñoz Conde y García Arán 2004: 144.

⁹⁰⁹ Maier 1996: 247.

«(...) en todos aquellos casos en que una ley procesal posterior al delito suponga una disminución de las garantías o impide cualquier clase de restricción de la libertad, no regirá la regla “tempus regit actum”, sino que se aplicará la legislación vigente en el momento de realizarse la infracción, presupuesto material al que tales consecuencias “procesales” se hallan indiscutiblemente ligadas. Tal puede suceder, no sólo en materia de prescripción, sino también en otras, como v.g., respecto de la regulación de la detención o prisión preventiva»⁹¹⁰.

Adicionalmente, como lo ha señalado el TC español, su aplicación esta condicionada al principio de *favor libertatis*⁹¹¹. No interesa si en el momento en que entra en vigencia esta norma el plazo de prisión preventiva ya venció o si se encuentra aún vivo; diferencia que sí efectúa el TC para efectos de establecer la pertinencia de la irretroactividad en esta materia⁹¹². En ninguno de los dos supuestos, cabe una aplicación inmediata de la ley procesal, siendo lo relevante para determinar la retroactividad o

⁹¹⁰ Cobo Del Rosal y Vives Antón 1999: 207.

⁹¹¹ Así lo ha establecido el TC mediante sentencia N° 32/1897, de 12 de marzo, reliezada por Muñoz Conde y García Arán 2004: 144.

⁹¹² Tal distinción la ha efectuado el Tribunal Constitucional peruano en el fundamento N° 1 de la sentencia recaída en el Exp. N° 309-2002-HC/TC de 9.2.02: «(...) Esto implica: a) que el nuevo y más amplio plazo de detención no puede aplicarse a los casos de personas que cumplieron el plazo original de detención establecido por el artículo 137.º del Código Procesal Penal en su versión derogada (quince meses), sin auto de prórroga de detención, antes del catorce de noviembre de dos mil uno, fecha de entrada en vigencia de la citada Ley N.º 27553, pues tales personas habían ya adquirido previamente el derecho a la excarcelación; b) que tampoco puede aplicarse la nueva ley a los casos en que, al catorce de noviembre de dos mil uno, existía un auto que prorrogaba la detención fijándola en quince meses más, y no en dieciocho. Lo contrario significaría una aplicación retroactiva de una disposición penal, que perjudicaría al imputado».

irretroactividad de una norma de carácter procesal -como lo ha señalado el TEDH- verificar primeramente si la disposición legislativa en cuestión contiene reglas que afecten el tipo delictivo o a la severidad de la pena, es decir, si contiene o no reglas de Derecho penal material, en cuyo caso sí le sería de aplicación el art. 7 CEDH⁹¹³.

No obstante lo anterior, claro está que no hay aplicación retroactiva de la ley nueva cuando la prisión se decreta ya una vez entrada en vigor la nueva ley procesal, aunque el hecho delictivo se haya realizado con anterioridad⁹¹⁴, siempre y cuando entre éste último momento y el del dictado de la medida no se haya producido una sucesión normativa en sentido perjudicial al imputado, pues es la única manera de garantizar a cabalidad la objetividad y neutralidad de la intervención estatal en el procedimiento penal y; por ende, de ser consecuentes con el fundamento propuesto para la irretroactividad, cifrado en la limitación objetiva del *ius puniendi* estatal.

En suma, si el punto de referencia temporal de las normas procesales que regulan la prisión preventiva o que incidan en la libertad personal del imputado fuese el del momento de realización del acto procesal⁹¹⁵, se

⁹¹³ Así, Mínguez Rosique 2016: 218. Sobre el desarrollo del art. 7 del CEDH que regula esta materia, *vid.* sentencias del TEDH en los casos *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de mayo de 1993, *Cantoni c. Francia*, de 15 de noviembre de 1996, *Baskaya y Okcuoglu c. Turquía*, de 8 de julio de 1999 y *Welch c. Reino Unido*, de 9 de febrero de 2005.

⁹¹⁴ Calderón Cerezo y Choclán Montalvo 2005: 61, tomo I.

⁹¹⁵ Así lo entiende el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el Exp. N° 1300-2002-HC/TC de 27.8.03: «En el derecho procesal, como antes se ha señalado, rige también la aplicación inmediata de normas en tanto el proceso se desarrolla de acuerdo a las normas vigentes durante el mismo. Está prohibida la aplicación retroactiva de normas no sólo por estar prohibida constitucionalmente, sino porque debido a la naturaleza del proceso, como sucesión de actos, se debe aplicar la norma vigente al

dejaría en manos del legislador la posibilidad de modificación de dichas normas procesales para la regulación de casos determinados, así como la eliminación de garantías procesales que pueden llevar a que la verdad normativa que lleva a la imposición de una pena se degrade de tal forma que haga superfluo el proceso⁹¹⁶. Y, precisamente, el principio de irretroactividad es prioritariamente un límite frente al propio legislador⁹¹⁷. Por eso, para Frígols I Brines la prohibición de retroactividad en el ámbito procesal penal tiene por finalidad evitar «*la tentación de realizar modificaciones legislativas a la vista de determinados hechos*»⁹¹⁸.

No es de recibo pues, la argumentación que defendió -en su momento- San Martín Castro o la que acoge la CIDH, para quienes las normas procesales no están protegidas por la garantía de la irretroactividad, por cuanto no son normas de material penal; no estando destinadas a determinar un derecho del ciudadano referido a saber si puede ser castigado y, en su caso, en qué medida⁹¹⁹.

momento en que éstos se producen». Sin embargo, el propio tribunal, en el caso «Granda Sotero» (Fundamento N° 4 de la sentencia recaída en el Exp. N° 804-2002-HC/TC de 9.7.02), había establecido lo antagónico; esto es, la irretroactividad de la norma procesal penal desfavorable al imputado: «En este contexto, en que operó una refundición de penas para su tratamiento penitenciario, cabe afirmar, de conformidad con la normativa constitucional citada anteriormente, que, si una nueva norma procesal como la Ley N° 26320 resultaba menos ventajosa que la ley anterior en lo que respecta a la aplicación del beneficio penitenciario de semilibertad, no puede tener efecto retroactivo, por su carácter evidentemente perjudicial».

⁹¹⁶ Frígols I Brines 2004: 365.

⁹¹⁷ Vid. Gonzáles Tapia 2002: 242.

⁹¹⁸ Frígols I Brines 2004: 365.

⁹¹⁹ San Martín 2003: 29. La CIDH ha decidido no continuar por la senda marcada por el TEDH, señalando que el art. 9 de la CADH no se ve conculcado por la aplicación de normas procesales creadas con posterioridad a la comisión de la conducta por parte del autor, puesto que el momento que debe ser tomado como referencia es el del acto procesal. Citado por Mínguez Rosique 2016: 219.

En primer lugar, porque si el fundamento de la exigencia de *lex praevia* es la neutralidad en el ejercicio del *ius puniendi* estatal como expresión máxima de seguridad jurídica, dicha limitación no puede ser ajena al proceso penal, en el que el Estado también ejerce dicha potestad⁹²⁰. Como se ha visto, conforme al principio de legalidad penal, del cual deriva la prohibición de retroactividad, no sólo se protege al ciudadano de la imposición de penas por conductas cuya prohibición no conocía, sino que también se dirige a protegerlo de la arbitrariedad y a garantizar la neutralidad del uso del instrumento punitivo⁹²¹. Esa arbitrariedad estatal se puede manifestar tanto en el momento de la conminación penal (derecho material), como así también en el momento del enjuiciamiento (derecho procesal).

En segundo lugar, porque el Derecho penal material –por sí solo- no le toca al delincuente un solo pelo⁹²². Y es que, si bien el Derecho penal y el Derecho procesal son disciplinas autónomas, no están desconectadas; antes bien, son disciplinas que se reclaman y se complementan mutuamente⁹²³. Es tan estrecha la relación entre estas disciplinas que de nada serviría la una sin la otra⁹²⁴. Efectivamente, el Derecho penal material requiere para su realización ineludiblemente del Derecho procesal. En otras palabras, el

⁹²⁰ Frígols I Brines 2004: 354, afirma categóricamente que: «el Derecho procesal penal forma parte efectiva del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, y en la medida en que las normas que pertenecen al mismo afectan gravemente a los derechos fundamentales del ciudadano, tanto porque son elementos básicos para la determinación de la existencia de un injusto penal y de la consiguiente imposición de una sanción, como porque restrinjan directamente derechos fundamentales, deben estar protegidos por la prohibición de retroactividad del 25.1 CE, puesto que el fundamento de ésta es la limitación de ampliación retroactiva de la potestad punitiva del Estado».

⁹²¹ Frígols I Brines 2004: 354.

⁹²² Así, Beling citado por Maier 1996: 84.

⁹²³ Vid. Polaino Navarrete 2004: 308.

⁹²⁴ Caruso Fontán y Pedreira González 2014: 18.

Derecho procesal penal regula la que sin duda es la más intensa confrontación entre el ciudadano y el poder del Estado⁹²⁵, realizando plenamente el Derecho penal material, determinando los hechos y en su caso las consecuencias punitivas⁹²⁶.

No puede hacerse una separación entre normas materiales (penales) y formales (procesales) a efectos de determinar a cuáles les alcanza la garantía de la irretroactividad, ya que ambas están indisolublemente unidas. Son dos aspectos de la misma realidad; dentro de la cual, las normas formales, sirven para la realización o efectividad de las normas materiales⁹²⁷. Por esa razón, con total acierto, Maier afirma que «*el Derecho penal material y el Derecho procesal penal deben ligarse estrechamente en la teoría y en la práctica*»⁹²⁸.

Además, es el Derecho procesal penal el que se enfrenta a personas de carne y hueso, por tanto esta más cerca del drama humano real, que el Derecho penal sustantivo⁹²⁹. Por ello, tanto o más importante que proteger el Derecho penal que se suele denominar *sustantivo*, lo es también la protección del Derecho procesal penal, puesto que de él depende en muchas ocasiones la interpretación y la aplicación de dicho Derecho penal sustantivo, y porque estas normas pueden vulnerar derechos fundamentales de los ciudadanos⁹³⁰.

⁹²⁵ Así Tiedemann citado por Quintero Olivares 2004: 184.

⁹²⁶ Quintero Olivares 2004: 184.

⁹²⁷ Bustos Ramírez 2004: 597.

⁹²⁸ Maier 1996: 147. En el mismo sentido, Zaffaroni 1998: 131, señala que: «la vinculación entre el derecho penal y el derecho procesal es tan íntima, puesto que el último es el que regula la forma en que se realiza el primero».

⁹²⁹ Así, Maier 1996: 84.

⁹³⁰ Frígols I Brines 2004: 301.

Si como se ha visto, la prohibición de retroactividad es una garantía derivada del principio de legalidad, y éste a su vez históricamente consistió en proteger al ciudadano frente a la arbitrariedad del legislador a través de la restricción legislativa del poder penal estatal, debe comprenderse también a las leyes procesales que afectan la esfera de libertad⁹³¹. En otras palabras, como señala acertadamente Jahn, el principio de equivalencia de injerencias penal-materiales y procesales debe conducirnos a imponer también en el Derecho procesal penal la prohibición de retroactividad⁹³².

Por último, porque como ya se ha señalado en el capítulo anterior, no se puede descartar del ámbito de protección del principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial, las normas que no estén *etiquetadas* como materiales. Para introducir o desechar una norma del núcleo de protección de la irretroactividad, debe observarse su naturaleza jurídica y, fundamentalmente, sus efectos⁹³³. La ubicación sistemática de un precepto normativo no dice nada acerca de su contenido real. Más bien, siguiendo a Hurtado Pozo, corresponde una aplicación discriminada de la regla de la irretroactividad de las leyes procesales. No hay que admitirla en los casos en que comporte una agravación de la situación del procesado, quien no es siempre delincuente⁹³⁴.

Para finalizar, es importante resaltar que es irrelevante para la aplicación de la exigencia de *lex praevia*, si la nueva norma procesal contiene o no un precepto transitorio que regule su propia eficacia en el

⁹³¹ Jhan 2012: 470.

⁹³² Jhan 2012: 470.

⁹³³ Así se pronunció el TEDH en la sentencia *Jamil vs. Francia*, de 8.6.95. En detalle, *vid.* De Vicente Martínez 2004: 197-198.

⁹³⁴ Hurtado Pozo 2005: 329.

tiempo. Pues aunque el legislador haya establecido la entrada en vigor de la norma a los *procesos en trámite*, su aplicación inmediata siempre estará condicionada a que la naturaleza jurídica y, fundamentalmente, los efectos de la misma, no incidan desfavorablemente en los derechos fundamentales del imputado; en cuyo caso, de conformidad con el art. 14 de la LOPJ, corresponderá su inaplicación por parte de las agencias de control penal, en ejercicio del control difuso que les asigna la CE (art. 138º). Además, como ya se ha manifestado, el principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial es, precisamente, un límite al propio legislador⁹³⁵.

B) Ley penal de ejecución

Resulta no sólo discutible⁹³⁶, sino más bien inadmisibles la no proyección del principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables a aquellas cuestiones referidas al Derecho de ejecución. Y es que, el Derecho de ejecución penal, en especial el Derecho penitenciario⁹³⁷, al ocuparse de la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, demanda por igual la vigencia del principio de legalidad⁹³⁸ y junto con él la exigencia de *lex praevia*, a fin de limitar la forma en que el Estado concreta su potestad punitiva de modo particular en la esfera de libertad del condenado.

En efecto, la ejecución penal, en tanto uso de la fuerza estatal para hacer cumplir sus resoluciones⁹³⁹, denota una manifestación de *ius puniendi*

⁹³⁵ Vid. Gonzáles Tapia 2002: 242.

⁹³⁶ Vid. Berdugo Gómez De La Torre y otros 2004: 58.

⁹³⁷ En detalle, López Barja De Quiroga 2004: 469.

⁹³⁸ En este sentido, Tamarit Sumalla y otros 2005: 219; López Barja De Quiroga 2004: 501.

⁹³⁹ Moreno Catena y Cortéz Domínguez 2005: 595.

del Estado, cuyo efectivo control compete a la prohibición de retroactividad como expresión de seguridad jurídica en el ámbito penitenciario. Así lo entiende Hurtado Pozo, para quien:

«(...) una ley que agrave el régimen de ejecución de las sanciones penales no deberá ser aplicada al detenido que está cumpliendo una de estas sanciones. Por ejemplo, si la duración de la sanción disciplinaria de aislamiento (art. 27, inc. 5, CEP) fuera aumentada de treinta días a sesenta, la ley que dispusiera este último máximo no puede ser aplicada que a los que hayan sido internados después de su entrada en vigor. Como es una ley desfavorable a los demás detenidos se aplica el criterio de la irretroactividad de la ley más severa (art.VIII, CEP)»⁹⁴⁰.

Sin embargo, aunque minoritariamente, hay todavía quienes sostienen que atendiendo a la naturaleza jurídica de las normas de ejecución penal, éstas no deberían estar protegidas por la irretroactividad penal ni menos asociarlas al tiempo de comisión del delito. Así, Herrero Herrero sostiene que sólo en el Derecho penal material cabe la aplicación de la exigencia de *lex praevia*, pues en el Derecho de ejecución sólo se debe garantizar únicamente que, al tiempo de iniciarse esta etapa, se ponga en conocimiento del condenado, las formas legales de su ejecución⁹⁴¹. Por tanto, agregar el referido autor, tanto las leyes procesales como las penitenciarias sólo han de preservar, o tutelar, actividades al menos

⁹⁴⁰ Huartado Pozo 2005: 321

⁹⁴¹ Herrero Herrero 2015: 154.

iniciadas, mantenidas y, por supuesto, las ya consumadas bajo su vigencia⁹⁴².

En el mismo sentido anterior, Meini Méndez sostiene que el Derecho penitenciario tiene su propia naturaleza, y su propio ámbito de regulación. No versa, sobre las condiciones que deben de verificarse para la imposición de una pena, ni abarca los criterios en virtud de los cuales se determina la pena imponible. Es pues una tercera forma, independiente y autónoma, de leyes penales, en la que rige el principio de aplicación inmediata de la Ley⁹⁴³. En esa línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional peruano⁹⁴⁴ y, en algunos casos puntuales, el TEDH⁹⁴⁵.

Estas posturas no satisfacen la necesidad de neutralidad estatal, la que no sólo debe imperar en el Derecho penal material, sino en todo el sistema integral del Derecho penal, en tanto suponga una afectación directa y próxima a la esfera de libertad del condenado. No hay que olvidar, que la exigencia de *lex praevia* no sólo engloba la punición posterior de conductas y la agravación ulterior de las penas, sino también se extiende a otros empeoramientos posteriores de la situación jurídica del delincuente⁹⁴⁶.

⁹⁴² Herrero Herrero 2015: 154.

⁹⁴³ Meini Méndez citado en Herrero Herrero 2015: 153.

⁹⁴⁴ Tesis adoptada por el TC en los expedientes N°s 2196-2002-HC/TC de 10.12.03, 1593-2003-HC/TC de 30.1.04 y 1594-2003-HC/TC de 21.4.04, entre otros.

⁹⁴⁵ Así por ejemplo, en la sentencia de febrero de 2008 en la que afirmó el Tribunal que la irretroactividad, expuesta en el art. 7 del CEDH, sólo hace referencia a la definición de los delitos y a la correspondiente determinación de las penas. Nunca, a las formas de ejecución o tiempo de cumplimiento en prisión de las mismas y que, por tanto, con la aplicación inmediata de la reforma penitenciaria (...). Citada por Herrero Herrero 2015: 155.

⁹⁴⁶ Así, Jescheck/Weigend, citado por Blanco Lozano 2004: 173,.

La naturaleza jurídica de la norma y la autoridad que las aplique, no son motivos suficientes para negar la vigencia del principio de irretroactividad en el ámbito de ejecución penal. Lo que debe apreciarse, más allá de la etiqueta, es el grado de conexión y afectación de la norma - cualquiera sea su ubicación en el ordenamiento- con la pena o libertad del imputado o condenado. Como señala Barber Burusco:

«Con independencia de la autoridad que las aplique más directamente y que las normas establezcan o no la posibilidad de modificar el título ejecutivo, deben considerarse normas penales de carácter sustantivo todas aquellas que determinen –en esta etapa de individualización judicial de la pena- el grado de restricción de libertad que deberá sufrir el condenado durante el cumplimiento de la pena impuesta: las normas que determinen los criterios de clasificación penitenciaria, las normas que marcan los criterios para que el interno pueda tener comunicaciones con el exterior, las que determinan los requisitos para la concesión de beneficios penitenciarios, y las que precisan las exigencias para conceder la libertad condicional, y el argumento básico es bastante elemental: todas ellas se conectan directamente con la pena (materia de derecho penal sustantivo) y afectan a la gravedad de la misma en tanto implican un mayor o menor contenido aflictivo en su cumplimiento.»⁹⁴⁷

En esta línea argumentativa, la referencia temporal para juzgar la irretroactividad o no de una norma penitenciaria que afecte la libertad

⁹⁴⁷ Barber Burusco 2014: 94.

personal, ante una sucesión de normas penitenciarias en el tiempo, será la ley vigente en el momento de la comisión del hecho punible, más no la ley vigente en el momento de realización del acto procesal⁹⁴⁸. Así lo entiende mayoritariamente la doctrina⁹⁴⁹. Por ejemplo, Frígols I Brines sostiene que:

«(...) en la medida que se produzca un empeoramiento del régimen de cumplimiento penitenciario, que es en lo que, al fin y al cabo, se concreta la sanción de privación de libertad que el Código penal regula, dichos cambios deberían estar sometidos a la disciplina de la irretroactividad, tomando también en este caso como punto de conexión el momento de comisión de los hechos»⁹⁵⁰.

⁹⁴⁸ Así lo ha establecido la Vocalía de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia del Perú en los casos «*Gamarra*» (resolución de 4.12.03), «*Iglesias*» (resolución de 16.5.03) y «*Espinoza*» (resolución de 27.10.03). Ésta última resolución, confirmada por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, mediante resolución de 27.1.04. Y, por cierto, también en la resolución de 6.1.04 emitida en el caso «*Mantilla*» por la misma Sala. Sin embargo, posteriormente, tras la sentencia vinculante del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Exp. N° 1593-2003-HC/TC de 30.1.04, la Corte Suprema ha variado su criterio respecto al punto de conexión temporal que rige en el derecho penitenciario frente a una sucesión de normas penitenciarias en el tiempo. Cambio de criterio que, si bien reposa en la exigencia derivada del art. VII del TP del Código Procesal Constitucional de acatar los fallos del Tribunal Constitucional, lo consideramos equivocado, pues la Corte Suprema, sobre la base del art. 14° de Ley Orgánica del Poder Judicial y 138° de la Constitución, ha podido desvincularse de dicha jurisprudencia, en la medida que es contraria a la propia Constitución, que consagra el principio de la irretroactividad en material penal, no haciendo distinción entre normas de derecho penal material, procesal o penitenciario.

⁹⁴⁹ Entre otros, Frígols I Brines 2004: 368; Zaffaroni 2002: 124; Jiménez de Asúa 1964: 680. Con menor contundencia, Berdugo Gómez De La Torre y otros 2004: 58, para quienes resulta discutible la no proyección del principio de irretroactividad en el ámbito del derecho penitenciario. En Perú, entre otros, Bramont-Arias Torres 2004: 316-317; Caro Coria 2004: 54.; Valle-Riesta 2004: 10-11 y 13; Nakazaki Servigón 2004a: 44; Castillo Alva 2004b: 32-33.

⁹⁵⁰ Frígols I Brines 2004: 368.

En la misma línea, Zaffaroni señala que:

«(...) si la ejecución penal se traduce en una limitación de derechos, no puede quedar fuera de la legalidad, porque es la punición misma o su manifestación más importante. El nulla poena sine lege abarca la ley penal ejecutiva porque nadie puede dudar que una ley de esa naturaleza, que admite egresos anticipados, es más benigna que otra que no los admite y, por ende, da lugar a un ejercicio del poder punitivo, de menor entidad, que forma parte de la conminación que debe ser anterior al hecho del delito y que era la única que podía conocer el agente en ese momento, que es la esencia de la razón de ser de la legalidad»⁹⁵¹.

Incluso, años atrás, Jiménez de Asúa sostuvo que:

«(...) el Estado no puede imponer al ciudadano mayores obligaciones que las establecidas por la ley del tiempo en que fue cometido el delito, ni puede hacer su condición más grave que la establecida por la ley en base a la cual fue pronunciada la sentencia condenatoria, los nuevos preceptos que modifican el modo de ejecutarse las penas sólo tendrán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al condenado -al menos en cuanto no agraven su condición-, de conformidad con lo establecido como principio sobre la no extractividad de las leyes penales más restrictivas de la libertad individual»⁹⁵².

⁹⁵¹ Zaffaroni 2002: 124

⁹⁵² Jiménez de Asúa 1964: 680.

Como se puede apreciar, la mejor forma de prevenir la arbitrariedad estatal en este ámbito es logrando que las normas que regulen la ejecución de la pena sean dadas con anterioridad a que el Estado entre en conflicto con la persona por la comisión de un delito⁹⁵³. Todo lo demás, son meros argumentos formales que en el fondo encubren una propuesta de tratamiento diferente en cuanto al principio de irretroactividad como límite objetivo al *ius puniendi* para las personas que han sido condenadas y cumplen pena privativa de libertad y para las que no han sido condenadas⁹⁵⁴.

En síntesis, atendiendo a que el legislador puede modificar sus políticas criminales e incrementar la gravedad de la pena impuesta no sólo a personas que han cometido delitos con posterioridad, sino a aquellas personas que ya se encuentran cumpliendo pena, corresponde la vigencia irrestricta del principio de irretroactividad en este ámbito, como exigencia de neutralidad estatal, la cual tiene por finalidad última evitar las cambiantes valoraciones políticas⁹⁵⁵ y el oportunismo⁹⁵⁶.

⁹⁵³ Nakazaki Servigón 2004a: 41.

⁹⁵⁴ Así, Barber Burusco 2014: 140.

⁹⁵⁵ Un ejemplo claro de la manipulación legislativa que genera la elección de otro punto de conexión, distinto al del momento de comisión del delito es el siguiente: «Juan comete un hecho punible el 1.1.04 -fecha en que regía el beneficio penitenciario de 2x1- y es condenado el 1.1.06 a 10 años de pena privativa de libertad. Ejecutoriada la sentencia y habiendo cumplido el plazo de detención equivalente a 10 años ($10/2 = 5$ años), Juan solicita la concesión del beneficio penitenciario de redención de pena por trabajo el 1.3.06 al amparo del art. 44 del CEP. Para su desdicha, un día antes, el 1.3.06 se publicó en el diario oficial El Peruano una Ley que introduce condiciones más gravosas para la concesión dicho beneficio, exigiendo ahora 5x1. Juan, no teniendo otra alternativa, espera cumplir el tiempo de detención faltante. Cumplido éste, nuevamente solicita el beneficio de redención de pena por trabajo al amparo de la nueva Ley. Para colmo de su mala suerte, hace unas semanas en el Congreso se discutió la necesidad de agravar la concesión de beneficios penitenciarios y se propuso un proyecto de ley, promulgado finalmente por el Ejecutivo, en virtud del cual el beneficio de redención de pena por trabajo operará a razón de 10 x 1».

III. Problemas complejos de sucesión normativa

A) Beneficios penitenciarios

Un caso especialmente complejo y debatido es el referido a la admisión del principio de irretroactividad de los beneficios penitenciarios, los cuales, para algunos son considerados como simple beneficios o prerrogativas del interno, pero en modo alguno exigibles por parte del eventual beneficiario⁹⁵⁷ y por tanto deben regirse siempre por la ley del momento en que se presenta la solicitud.

Esta postura, minoritaria, no comprende que una mayor gravedad de la pena, no sólo puede producirse por que el legislador modifica la pena legal, sino también porque impone criterios más severos también en el ámbito del cumplimiento o ejecución de la misma. En ambos casos, es indispensable la vigencia irrestricta del principio de irretroactividad⁹⁵⁸ y de la regla concreta del *del tempus comissi delicti*⁹⁵⁹,

⁹⁵⁶ Así, De Vicente Martínez 2004: 62.

⁹⁵⁷ En un sentido aproximado, Meini Méndez 2004: 19, sostiene que el beneficio penitenciario es una prerrogativa del interno, pero que en modo alguno, su concesión es exigible por parte del eventual beneficiario.

⁹⁵⁸ Así, Barber Burusco 2014: 86, quien agrega además que: «definir qué elementos afectan la gravedad de la pena de prisión resulta determinante a los efectos de precisar el alcance de la prohibición de retroactividad. Esta afirmación se encuentra en abierta contradicción con aquellas posiciones que sostienen que la prohibición de retroactividad de las normas desfavorables en el ámbito de la pena alcanza sólo a la clase de pena y a la magnitud de la escala prevista para el delito de que se trate, claro está, no porque entienda que no alcanza a ellas, que sin duda sí, sino porque considero que se debe ir más allá y amparar con esta prohibición la forma de cumplimiento prevista por la ley en el momento de comisión del hecho, es decir, la gravedad real, la específica aflictividad en la que se puede concretar la pena de prisión».

⁹⁵⁹ Así, Bramont-Arias Torres 2004: 316-317; Caro Coria 2004: 54.; Valle-Riesta 2004: 10-11 y 13; Nakazaki Servigón 2004a: 44; Castillo Alva 2004b: 32-33

Los beneficios penitenciarios, conforme a la doctrina mayoritaria⁹⁶⁰, se erigen como un derecho del interno⁹⁶¹. No obstante, independientemente de ello, una agravación posterior del marco general que regula el acceso a los mismos⁹⁶², como sucedió con la LO 7/2003, de 30 de junio⁹⁶³, no puede

⁹⁶⁰ Así, Tamarit Sumalla y otros 1996: 99; Pedraza Sierra y Mávila León 1998: 89; Pérez Cepeda 2001: 154-155. En el mismo sentido, Rodríguez Alonso 2003: 341, señala que los beneficios penitenciarios «constituyen para los penados derechos subjetivos siempre que concurren los requisitos o presupuestos para ello. Es decir, el interno en relación con los beneficios penitenciarios se encuentra en una situación de espera, «expectativa de derechos», hasta tanto se den o produzcan las circunstancias legales para su adquisición».

⁹⁶¹ Conforme se desprende del fundamento N° 123 de la sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Exp. N° 010-2002-AI/TC de 3.1.03, el art. 139° num. 22 de la Constitución y el art. II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal consagran el principio de resocialización, del cual emana un mandato dirigido a todos los poderes públicos de dispensar al condenado, a nivel legislativo, judicial y penitenciario, las condiciones necesarias para una vida futura al margen de la comisión de hechos punibles. Así, el interno que cumpla los presupuestos objetivos para solicitar los beneficios penitenciarios (tiempo de reclusión, certificado de conducta, certificado de no tener proceso pendiente con mandato de detención y demás del art. 49 del Código de Ejecución Penal), más las condiciones necesarias de resocialización, no puede ser privado arbitrariamente, en base a argumentos subjetivos carentes de proporcionalidad, del derecho a continuar el cumplimiento de su condena en libertad. De ahí, que el mismo Tribunal Constitucional peruano haya señalado en el fundamento N° 11 de la sentencia recaída en el Exp. N° 2196-2002-HC/TC de 10.12.03 que: «los beneficios penitenciarios pueden ser estimados como derechos subjetivos de los internos, ciertamente condicionados, porque su aplicación no procede automáticamente por el solo hecho de que quien lo solicita se encuentra privado de su libertad, sino que está sujetos a presupuestos establecidos en la norma (...)».

⁹⁶² Así, en Perú, la Ley N° 27507 de 13 de julio de 2001, que agravó el régimen de concesión del beneficio penitenciario de redención de pena por trabajo y/o estudio a los agentes que cometan los delitos previstos en los arts. 173° y 173-A del Código Penal. Asimismo, en Perú, la Ley N° 27770 de 28 de junio de 2002. En el marco de la llamada «lucha anticorrupción», el Poder Ejecutivo, mediante el Proyecto de Ley N° 2816-2001-CR elaborado por el sector Justicia, propuso la eliminación de los beneficios penitenciarios de redención de pena por trabajo o estudio, semilibertad y liberación condicional, para los condenados por delitos contra la administración pública y conexos, concusión, corrupción de funcionarios, asociación ilícita, entre otros. Dicha propuesta fue rechazada por la Comisión de Justicia del Congreso y sustituida mediante el dictamen de 20.6.02, texto que finalmente fue aprobado por el Congreso de la República y

tener una aplicación inmediata en el curso de ejecución de la pena, como si se tratase de una mera norma procedimental, neutral e irrelevante para la situación jurídica del interno, por más dañosidad social y gravedad que conlleve la conducta delictiva materia de condena.

En este supuesto, y en otros en los que se incrementa *a posteriori* la potestad punitiva del Estado, no puede aceptarse la vigencia de la regla del *tempus regit actum*⁹⁶⁴, que, en términos del Tribunal Constitucional peruano, lleva a la aplicación de la norma vigente en el momento de la solicitud del

promulgado sin observaciones por el Poder Ejecutivo. Así surge la Ley N° 27770, publicada el 28.6.02 y vigente desde el día siguiente, la misma que modifica el otorgamiento de beneficios penitenciarios para aquellos condenados por delitos contra la administración pública, haciendo más gravosa su concesión. El art. 4° de la Ley establece que la redención de la pena por el trabajo y educación (inciso A) opera a razón de 1 día de pena por 5 de trabajo o educación (la regla general del CEP es de 1 día de pena por 2 de trabajo o educación). Asimismo, para el otorgamiento de la semilibertad (art. 4 inc. b) la Ley exige el cumplimiento de 2/3 de la pena (no sólo 1/3 como la regla general del CEP), el pago íntegro de la reparación civil y de la multa, o la fianza respectiva en caso de insolvencia. La citada Ley establece en el art. 4° inc. c) condiciones semejantes para la liberación condicional, añadiendo la necesidad de cumplir 3/4 de la pena (para el CEP es suficiente 1/2 de la pena).

⁹⁶³ Esta Ley impone condiciones más exigentes al condenado a pena privativa de libertad para poder acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario o a la libertad condicional y contiene además un DT Única que dispone lo siguiente: “Lo dispuesto, conforme a esta ley, en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal respecto de las circunstancias para acceder a la libertad condicional, y en el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo pena.

⁹⁶⁴ Minoritariamente, esta tesis es defendida en la doctrina peruana por Hurtado Pozo 2005: 322-323; Meini Méndez 2004: 18. En la doctrina alemana, Maurach 1998: 187.

beneficio⁹⁶⁵. Entre otros, dicho tribunal ha sentado como precedentes los siguientes:

«tratándose de cualquier norma que regule el tema de las condiciones para acogerse a un beneficio penitenciario de liberación condicional y semilibertad, como sucede también con el regulado por la Ley N° 27770, su aplicación se efectúa de manera inmediata a todas aquellas solicitudes presentadas desde que ella entró en vigencia, con independencia de la ley que sobre la misma materia se encontraba vigente cuando se

⁹⁶⁵ El art. VIII del Código de Ejecución Penal (CEP) peruano consagra implícitamente el principio de irretroactividad en todo lo relativo al régimen de ejecución de la pena. En efecto, el artículo en cuestión establece que «la retroactividad y la interpretación de este Código se resuelven en lo más favorable al interno». Una interpretación *a contrario sensu* permite establecer la vigencia del principio de irretroactividad frente a disposiciones desfavorables al interno en el marco de aplicación del régimen penitenciario. Y es que, si el CEP admite la retroactividad favorable de disposiciones penales penitenciarias; en consecuencia, prohíbe la retroactividad de normas penitenciarias perjudiciales al condenado. No puede reconocerse por un lado la retroactividad favorable y por el otro negarse la irretroactividad de una ley penitenciaria perjudicial al interno. A pesar de ello, el Tribunal Constitucional peruano viene sosteniendo que los alcances del art. VIII del CEP están únicamente asociados al principio de retroactividad penal favorable. Así, respecto a la solicitud de beneficios penitenciarios, para el TC la citada disposición determina que una nueva ley pueda ser aplicable retroactivamente en aquellos casos en los que, a pesar de que la solicitud se presentó durante la vigencia de una ley anterior, la nueva ley establece condiciones más favorables para acceder a los beneficios penitenciarios. Así, se ha pronunciado en el fundamento N° 10 de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Exp. N° 1593-2003 de 30.1.04. Esta postura del Tribunal no se corresponde con el sentido del art. VIII del CEP ni con la *ratio* de la aplicación temporal de normas. Los beneficios penitenciarios y toda norma penitenciaria que restrinja derechos fundamentales del condenado forman parte del núcleo del principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial. En el mismo sentido, se ha pronunciado en la sentencia 1594-2003-HC/TC de 21.4.04.

cometió el delito o la que estuvo vigente cuando se dictó la sentencia condenatoria»⁹⁶⁶.

«(...) el principio tempus delicti commissi sólo es aplicable al derecho penal material, que ciertamente no comprende a un tema como los beneficios penitenciarios, que es una materia propia del Derecho Penitenciario»⁹⁶⁷.

Es postura no es aceptable. En primer lugar, porque no cabe duda que los beneficios penitenciarios forman parte de la pena⁹⁶⁸, ya sea permitiendo el acortamiento de la condena o el acortamiento de la reclusión efectiva. Así se ha pronunciado el TEDH en el caso *Inés del Río Prada*⁹⁶⁹. Más que disposiciones de carácter procedimental, pertenecen a la ejecución material de la pena privativa de libertad⁹⁷⁰ y; por tanto, el hecho que no reciban la etiqueta de *normas materiales* o que estén ubicados fuera del CP⁹⁷¹, no es

⁹⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N° 153-2003-HC/TC de 30.1.04, FJ 13.

⁹⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N° 1954-2003-HC/TC de 21.4.04, FJ 6.

⁹⁶⁸ Nakazaki Servigón 2004a: 43.

⁹⁶⁹ La sentencia del TDEH de 21 de octubre de 2013 dispone: «En cuanto a las normas relativas a la aplicación de beneficios penitenciarios a fin de reducir la pena a cumplir se consideran abarcadas por el concepto de “pena” y por tanto sujetos al principio de legalidad del artículo 7 del Convenio, a pesar de que formalmente formen parte de la ejecución de la pena. La separación entre “pena a aplicar” y “ejecución de la misma” deja de ser nítida, cuando las normas a la segunda afectan significativamente a la duración de la pena a cumplir por el sujeto».

⁹⁷⁰ Nakazaki Servigón 2004a: 44. En este sentido, el TC mediante STC 40/2012, de 29 de marzo, ha señalado que: «(...) la redención de penas por el trabajo afecta directamente al derecho fundamental a la libertad consagrado en el art. 17 CE, ya que el período de privación de la misma depende, entre otros factores, de su aplicación conforme a lo establecido en el art. 100 CP 1973 (...)» *Vid.*, además, SSTC 174/1989, de 30 de octubre, 31/1999, de 8 de marzo, 186/2993, de 27 de octubre y 76/2004, de 26 de abril.

⁹⁷¹ Si bien en el ordenamiento español y alemán los beneficios se encuentran en el CP, ello no ocurre en todos los ordenamientos. Por ejemplo, en el caso de Perú, la opción del

motivo para la aplicación indiscriminada de la regla del *tempus regit actum*. Por el contrario, puede concluirse que los beneficios penitenciarios no son tan sólo normas de ejecución *strictu sensu*, sino que son sustantivas en tanto fijan la cantidad de pena a cumplirse⁹⁷².

En segundo lugar, porque los beneficios penitenciarios se rigen por estrictos criterios de prevención especial que corresponde al Derecho penal material, no encontrando fundamentos en la mera adjetividad del Derecho procesal penal⁹⁷³. Responden, a las exigencias de individualización de la condena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno encaminados a conseguir la reeducación y reinserción social⁹⁷⁴. De ahí, que para Zaffaroni⁹⁷⁵ el Derecho penal fija el objetivo general de la pena y establece la cuantía de bienes jurídicos que se puede privar al penado para procurar la prevención especial, mientras que el Derecho de ejecución penal regula la forma en que se debe realizar dicha tarea preventiva. Así, la pretendida eficacia inmediata de las normas de naturaleza procesal, que, por cierto, se encuentra proscrita en esta materia si atenta contra los derechos fundamentales del imputado, no alcanza al régimen legal de los beneficios penitenciarios, en los que se discute el ejercicio del derecho fundamental del condenado a llevar una vida en libertad⁹⁷⁶.

legislador ha sido ubicarlos dentro del Código de Ejecución Penal. Empero, ello resulta irrelevante de cara a la vigencia de la regla *tempus comissi delicti*.

⁹⁷² Es el caso, de la redención de pena por trabajo o estudio (art. 44° y 45° del CEP), que acorta la pena privativa de libertad a razón de 2x1. En el mismo sentido, a propósito del art. 36.2 del CP, *vid.* De Castro Antonio 2004: 183.

⁹⁷³ Caro Coria 2004: 52.

⁹⁷⁴ Tamarit Sumalla y otros 2005: 186.

⁹⁷⁵ Zaffaroni 1998: 134.

⁹⁷⁶ En este sentido, a propósito de la doctrina Parot del TS, Alonso Furelos 2013: 95 es categórica en señalar que: «La legislación vigente penitenciaria tiene que ser irretroactiva».

En tercer lugar ¿Cómo se controla mejor el ejercicio del *ius puniendi*; exigiendo que el Estado fije las reglas de ejecución de la pena antes de la comisión del delito que la motiva, o luego de la sentencia al momento de ejecutarla?⁹⁷⁷ Definitivamente, antes de la realización del hecho punible, ya que de lo contrario, el derecho del condenado a continuar el cumplimiento de la pena en libertad estaría supeditado a la voluntad coyuntural del legislador, quien podría cambiar las reglas de juego ante la inminencia de determinadas solicitudes para acceder a los mismos⁹⁷⁸.

Aunado a lo anterior, cabe resaltar que la función de motivación de la norma penal juega un papel clave en el Derecho penitenciario, puesto que es en función a la ley vigente en el momento de comisión del hecho punible, que el potencial delinciente calcula las consecuencias negativas de su accionar; proceso mental que no descarta el régimen de ejecución de la pena, en concreto los beneficios penitenciarios.

Ciertamente, la norma que regula los beneficios penitenciarios, aunque forme parte del Derecho de ejecución, cumple una función de motivación en la persona humana tan igual que una norma penal material. Y es que, un delito de mediana severidad, conminado con 6 años de pena privativa de libertad, pero que carezca de beneficios penitenciarios, es asimilado por el delinciente como una conducta delictiva de alto reproche. Lo que sucede es que el ciudadano puede desconocer la norma procesal que

y respetar el beneficio penitenciario de la recurrente de reducción de la duración de la condena por el trabajo en el establecimiento penitenciario mientras estuvo vigente la anterior legislación y sobre la base de la conducta máxima de 30 años de conformidad con el CP de 1973».

⁹⁷⁷ Nakazaki Servigón 2004a: 42.

⁹⁷⁸ En este sentido, Bramont-Arias Torres 2004: 317.

regula la ejecución de penas (como se tramita una queja, un recurso, como se efectúa una comunicación, etc.) pues no afectan ni la libertad ni a la seguridad jurídica ni a la prevención del delito⁹⁷⁹; pero lo que debe saber es que si se le condena por un delito determinado, su reclusión efectiva en prisión puede variar en función del régimen de ejecución penal previsto para esa modalidad delictiva⁹⁸⁰.

B) Responsabilidad civil ex delicto

De todo delito o falta, además de la responsabilidad penal concretada en la pena y/o medida de seguridad, surge también una responsabilidad civil, denominada responsabilidad civil *ex delicto*. Esta responsabilidad civil está referida a los daños y perjuicios causados por el delito. En el ordenamiento español está regulada en el CP (arts. 109 ss)⁹⁸¹ y es distinta parcialmente a la que regula la responsabilidad civil extracontractual⁹⁸².

Aunque en la dogmática penal contemporánea esta abierta la discusión sobre la posibilidad de considerar a la responsabilidad civil como una tercera vía del Derecho penal⁹⁸³, lo cierto es que, la doctrina

⁹⁷⁹ De Castro Antonio 2004: 182.

⁹⁸⁰ En la misma línea, pero con relación al art. 93.3 del CP, *vid.* De Castro Antonio 2004: 182.

⁹⁸¹ Art. 109: 1. La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados. 2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil. Art. 10: La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1. La restitución. 2. La reparación del daño. 3. La indemnización de perjuicios materiales y morales.

⁹⁸² Art. 1902 ss del CC.

⁹⁸³ *Vid.* Fellini 2003: 853; Rodríguez Delgado 2003: 82; Molina Blázquez 2005: 232.

mayoritaria⁹⁸⁴, entiende que la responsabilidad civil, a diferencia de la responsabilidad penal, cuya naturaleza pública esta fundada en las penas y medidas de seguridad que impone el Estado en ejercicio de su potestad punitiva, tiene una naturaleza privada pues radica directamente en el particular y en su libertad de disponer y ejercer sus derechos, a tal punto que no tiene que estar necesariamente vinculada al autor y es transmisible a terceros.

Nos hallamos pues, al igual que la jurisprudencia, ante normas que no pertenecen al sistema jurídico-penal, debido a su distinta naturaleza formal, puesto que se basan en un hecho distinto en cuanto a su significación –aunque coincidente con su sustrato fáctico- con el delito, cual es el acto ilícito que causa un daño resarcible⁹⁸⁵.

Efectivamente, la responsabilidad civil se rige por el principio de daño causado⁹⁸⁶, al igual que la llamada responsabilidad civil extracontractual⁹⁸⁷. El fundamento que la subyace no es la existencia del delito, sino más bien el daño ocasionado por actos y omisiones que además de considerados ilícitos civiles independientes, están tipificados como delito o falta⁹⁸⁸. Así, de esta manera, no toda responsabilidad civil presupone la comisión de un delito, ni toda comisión de delito lleva al nacimiento de la responsabilidad civil⁹⁸⁹. Únicamente, cuando se hubiesen derivado daños o

⁹⁸⁴ Por todos, Berdugo Gómez De La Torre y otros 2004: 525.

⁹⁸⁵ Así, Barber Burusco 2014: 135.

⁹⁸⁶ *Vid.* Bustos Ramírez 2004: 751.

⁹⁸⁷ Berdugo Gómez De La Torre y otros 2004: 522.

⁹⁸⁸ *Vid.* Sánchez 2004: 20.

⁹⁸⁹ Ramón Ribas 2004: 77. En efecto, existen delitos que en ningún caso darán lugar a responsabilidad civil como, por ejemplo, el delito de tenencia ilegal de armas. Pero también hay delitos que pueden generar la responsabilidad civil y dependerá su

perjuicios existirá responsabilidad civil. Ése es su límite para evitar el abuso del derecho y la arbitrariedad⁹⁹⁰.

En efecto, el hecho de que un Juez de lo penal pueda resolver sobre la misma es una opción de economía procesal que en nada cambia su carácter privado⁹⁹¹. Y tampoco, su ubicación en el CP, la convierte en una institución de Derecho penal⁹⁹². Empero, ello no implica que, en atención a su naturaleza formal, al tratarse de una obligación civil sin contenido punitivo, deba quedar al margen la garantía de irretroactividad en todos los casos, como así lo entiende de manera reiterada el TC⁹⁹³.

En algunas ocasiones, cuando la reparación civil condiciona la libertad del condenado, se debería impedir su retroactividad, por cuanto, como señala Frígols I Brines:

«(...) la normativa relacionada con ésta pueda afectar a otras cuestiones que no sean estrictamente a la reparación

nacimiento de que en el caso concreto se hayan producido daños y/o perjuicios reparables.

⁹⁹⁰ Así, Bustos Ramírez 2004: 751.

⁹⁹¹ Berdugo Gómez De La Torre y otros 2004: 524.

⁹⁹² Vid. Sánchez 2004: 21, quien señala que: «La circunstancia de que el régimen jurídico de la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo venga configurado fundamentalmente en el Código Penal no afecta en nada su naturaleza propiamente civil (...)». En un sentido aproximado, De Llera Suárez-Barcelona 2005: 71, sostiene que, con independencia de cual fuera su fuente, entre «la responsabilidad civil ex delicto y la responsabilidad por hechos en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia no hay diferencia, sino que son la misma cosa».

⁹⁹³ Vid. sentencias 210/1991, 21/1993, 119/1993, 259/1993, 261/1993 58/1996. De manera especial, destaca De Vicente Martínez 2004: 158, el auto N° 154/1997, de 19 de mayo, en el que se señaló que: «La irretroactividad garantizada constitucionalmente sólo despliega sus efectos cuando, desde una perspectiva fáctica, la nueva ley penal afecta los presupuestos del delito o falta o de las penas o medidas de seguridad, por lo que no rige para la responsabilidad civil derivada del delito (...)».

económica –v.gr. el establecimiento del requisito de haber satisfecha las responsabilidades civiles para poder suspender la ejecución de la pena, art. 81.3 Cp, que no existía en el art. 93 Cp de 1973- y afecten a los derechos fundamentales del individuo, entonces la responsabilidad civil también debe permanecer en el alcance de la irretroactividad ex artículo 25.1 CE»⁹⁹⁴.

En España, esta situación se presenta con motivo de la LO 7/2003, que impone como requisito *sine qua non* para la obtención del tercer grado de tratamiento penitenciario y la libertad condicional, la satisfacción de las responsabilidades civiles⁹⁹⁵.

En mi opinión, en tanto las disposiciones señaladas, en estricto, no versan sobre el contenido mismo de la reparación civil, ni sobre la cantidad a cumplirse de la misma; sino más bien, sobre los presupuestos indispensables para la concesión de los beneficios penitenciarios, no cabe una aplicación retroactiva de tales requisitos pues no estuvieron vigentes en el momento en que el autor calculó las consecuencias negativas de su accionar. Antes bien, suponen una ampliación de la intervención estatal en

⁹⁹⁴ Frígols I Brines 2004: 369.

⁹⁹⁵ En Perú, esta misma situación se presenta con motivo de los incisos b) y c) del art. 4º de la ya comentada Ley N° 27770 -referidos a las condiciones de acceso a los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional para aquellos que cometen delitos contra la administración pública- cuyo impacto más notorio ha acontecido en los procesos seguidos ante la justicia penal anticorrupción. Y es que, ambos preceptos, posteriores a la fecha en que se produjeron los hechos de corrupción del gobierno del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, condicionan la aplicación del beneficio penitenciario al previo pago del íntegro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil, lo cual no sucedía con los arts. 48º y 53º del Código de Ejecución Penal (D. Leg. N° 654 de 2 agosto de 1991), vigentes al momento de dichos hechos.

la esfera de libertad del condenado, quien tendrá que soportar mayores cargas producto de una modificación legislativa posterior al evento delictivo.

En otras palabras, como señala Barber Burusco, debe atenderse a la función que cumple el precepto en el ámbito de la pena, para asignarle la naturaleza correspondiente⁹⁹⁶. Así, si en el ordenamiento español la normativa sobre responsabilidad civil esta directamente relacionada con materias en las que se concreta la potestad punitiva del Estado, y su cumplimiento afecta o condiciona la libertad del condenado, también ésta debería estar sometida a los alcances de la irretroactividad de la ley penal perjudicial, pues una manera de lo contrario se burlaría la neutralidad estatal recurriendo a elementos fuera del circuito penal.

Por último, sin perjuicio de lo señalado, considero que, siguiendo a Quintero Olivares, «*no debiera mezclarse la situación de prisión con las obligaciones civiles a asegurar*»⁹⁹⁷. Ello, toda vez que la utilización de la responsabilidad civil para fines abiertamente correspondientes a la duración de la pena privativa de libertad, lleva a confundir la misión de la ejecución penal, sustentada en la resocialización del delincuente, con la que corresponde a la indemnización de la víctima por los daños ocasionados. Y además supone un atentado al principio de igualdad, en la medida que, como recuerda Prats Canut, «*nunca podrá ser admisible que la pobreza cierre el camino a la obtención del beneficio*»⁹⁹⁸.

⁹⁹⁶ Barber Burusco 2014: 137.

⁹⁹⁷ Quintero Olivares 2005: 27

⁹⁹⁸ Citado por Quintero Olivares 2005: 26.

C) Derecho penal Internacional y de los Derechos Humanos

Conforme a la configuración tradicional del principio de legalidad en sede penal, la ley aplicable al delito es la vigente al momento de su comisión. No se puede castigar ninguna conducta como delito, si no ha sido previamente declarada así por una ley. Así lo establece el art. 25.1 de la CE y el Estatuto de Roma que, en su art. 22.1, reza: «*nadie será penalmente responsable con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte*». No obstante, como señala Jaen Vallejo, esta disposición queda de hecho sin efecto a través de lo dispuesto en el apartado 3 del mismo precepto, que dice que «*nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto*»⁹⁹⁹

En el Derecho penal internacional, por la particular configuración del mismo, se redibuja la exigencia *lex praevia*, siendo posible sancionar hechos que, pese a no haber estado expresamente sancionados como tales en una ley formal vigente al momento de su relación en la legislación interna, pueden igualmente constituir delito, pues la configuración de los mismos se encuentra formalizada en un convenio internacional, en la costumbre o, incluso, resultar de principios generales de derecho. Es así que, en la jurisprudencia del TEDH, la exigencia de ley previa se ha transformado en la de *ley previa legítima según el derecho internacional*¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁹ Jaen Vallejo 1999: 84.

¹⁰⁰⁰ Jurisprudencia del TEDH citada por Bacigalupo 2012: 62.

Los partidarios de esta tesis alegan que mediante la reformulación del brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege* por el de *nullum crimen nulla poena sine iure*, no se altera el núcleo del principio de irretroactividad, pues una definición previa del delito y de la pena sigue constituyendo una exigencia garantista sólo que, en el orden jurídico-penal internacional, ésta puede formalizarse en otras fuentes¹⁰⁰¹. De esta manera, por más que el principio de legalidad cobre una dimensión distinta en el ámbito internacional, seguiría constituyendo una garantía de seguridad jurídica y una trinchera contra la arbitrariedad insoslayable¹⁰⁰².

A mi juicio, una norma de estas características choca frontalmente tanto con el fundamento democrático que tiene el principio de legalidad en el derecho interno, pero por sobre todo, con la seguridad jurídica entendida como exigencia de neutralidad y objetividad en el ejercicio del ius puniendi¹⁰⁰³. Y es que para garantizarse la neutralidad en la respuesta penal, debe desprenderse y ubicarse claramente en el tiempo la norma previa. Para ello, necesariamente, se requiere una vigencia irrestricta del rule of law¹⁰⁰⁴. La confianza y seguridad a los ciudadanos sólo se ve reafirmada con la *tranquilidad* que inspira la ley¹⁰⁰⁵. Sólo ésta produce seguridad y certeza, y como vengo postulando, una real garantía de objetividad.

De esta manera, el fundamento del principio de irretroactividad penal, para que tenga sentido y operancia, debe estar –inescindiblemente–

¹⁰⁰¹ Así, Hormazábal Malarée 2013: 256-257.

¹⁰⁰² Así, Hormazábal Malarée 2013: 256-257.

¹⁰⁰³ En similar sentido, Jaen Vallejo 1999: 86.

¹⁰⁰⁴ Fernández 2015: 81.

¹⁰⁰⁵ Fernández 2015: 81.

ligado al principio de reserva de ley¹⁰⁰⁶, pues si alguien puede decir con verdad *yo no sabía ni podía saber que era delito* o mejor dicho *yo no sabía ni resulta exigible que pueda haber sabido que era delito*, qué duda cabe - desde cualquier ángulo que se mire - no debería ser condenado. Si una persona no está en condiciones reales de conocer que una conducta era delito, difícilmente se le puede penar. Pero, además, y es lo más importante, al ser la neutralidad en el ejercicio del *ius puniendi* el sostén de la garantía de *lex praevia*, sólo puede garantizarse la vigencia irrestricta de la misma, cuando –objetivamente- está determinado un contenido prohibitivo.

Siguiendo a Jakobs, el principio de legalidad penal tiene como propósito central limitar la pena a hechos contrarios a ordenamientos *en funcionamiento*, contrarios a la constitución *realmente existente* en la sociedad y, para ello, no basta con un postulado emitido antes del hecho, sino que debe tratarse de una norma establecida en la comunicación con anterioridad al hecho. Con ello, no niego que el derecho consuetudinario pueda constituir en algunos casos una realidad normativa, pero el sometimiento de este derecho a las demandas de la exigencia de *lex praevia* presenta cuestionamientos insalvables derivados del carácter no estricto de su fuente originaria¹⁰⁰⁷.

Si se admite la posibilidad de arbitrio y discrecionalidad del juzgador para poder convertir *derecho natural* en *derecho positivo*, en aras de una superioridad moral de la justicia penal internacional, se abre paso peligrosa incultura penal de *amarga necesidad*, en la que el fin justificaría los medios, de modo que si esos hechos gravísimos no pueden ser penados

¹⁰⁰⁶ Fierro 2003: 299

¹⁰⁰⁷ Hormazábal Malarée 2013: 257.

adecuadamente, dado que no pueden quedar impunes, serían penados de cualquier manera y a cualquier costo¹⁰⁰⁸. Como apunta Maralino, se llegaría al despropósito de justificar la lesión de derechos humanos en nombre de los derechos humanos mismos¹⁰⁰⁹.

Entrando a la problemática concreta que se presenta en el Derecho penal Internacional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como consecuencia de esta nueva dimensión que se le pretende asignar al principio de legalidad penal, nos enfrentamos con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y el carácter *permanente* que se le atribuye a los mismos, para sortear así la exigencia de *lex praevia*.

En el orden jurídico internacional, se ha afirmado la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y contra la humanidad, a partir del Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg, ratificándose de manera posterior en numerosos instrumentos internacionales, como la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra y más recientemente en el ECPI¹⁰¹⁰. En el CP, como ocurre con la mayor parte de los Código penales de otras naciones, los delitos de lesa humanidad y de genocidio, son también imprescriptibles¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁸ Así, Pastor 2009: 113-114.

¹⁰⁰⁹ Mínguez Rosique 2016: 215.

¹⁰¹⁰ El art. 29 afirma que los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

¹⁰¹¹ Art. 131.4 del CP: «Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el art. 614, no prescribirán en ningún caso. Art. 133.2 del CP: «Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.»

El problema sin embargo no es, en sí mismo, la imprescriptibilidad de estos delitos o de cualquier otro que se estime especialmente dañino para la sociedad. El problema radica en que, la imprescriptibilidad, debe regir desde el momento del hecho punible, siendo inadmisibile¹⁰¹² a partir del fundamento propuesto, una aplicación retroactiva de estas nuevas *reglas de juego*, como aconteció en la Convención de las Naciones Unidas de 1968¹⁰¹³. Se debe evitar ante todo -como exigencia de imparcialidad- la superación del pasado por medio de la norma penal¹⁰¹⁴.

Como señala Fierro «*debemos tener cuidado en que el derecho penal se niegue a sí mismo y se convierta en un mero instrumento en favor de quien declara la ilicitud contra quien soporta las consecuencias de esa declaración y, en ese combate, la pretensión de captar a posteriori las acciones anteriormente impunes o menos graves, es uno de los muchos recursos que se utilizan*»¹⁰¹⁵, por lo que, si las *reglas de juego* en el Derecho penal internacional, tanto en aquellos supuestos en los que pasa a considerarse delito lo que inicialmente no era, como cuando se modifica un plazo de prescripción de la acción penal, son alteradas *a posteriori*, existirían serias y fundadas dudas de imparcialidad en la respuesta penal a esos hechos.

Pese a ello, en el Derecho penal internacional, sobre todo, en el Derecho internacional de los derechos humanos, se viene sacrificando esta

¹⁰¹² Para Pastor 2009: 114: «El poder penal internacional deroga prácticamente todos los principios de la cultura jurídico-penal desarrollada desde el racionalismo y la Ilustración para prevenir el ejercicio abusivo del poder penal. Se cae en la exageración de afirmar que el poder penal internacional es ilimitado por la vía de imprescriptibilidad».

¹⁰¹³ Más detalle en Suárez Collía 2005: 120.

¹⁰¹⁴ Así Jakobs en Aponte 2005: 58.

¹⁰¹⁵ Fierro 2003: 300.

exigencia de *lex praevia* en pro de la víctima ó, sorteando la misma, mediante una pensada –pero mal aplicada- teoría sobre el momento consumativo de los delitos de lesa humanidad.

Así, por un lado, el TEDH -siguiendo posturas como la de Schreiber, para quien «*el delincuente no se convierte en titular de una pretensión jurídica legítima sobre los plazos vigentes*»¹⁰¹⁶- rechaza la vigencia del principio de irretroactividad de las reglas de prescripción, por considerarlas normas de carácter procesal; por ende, fuera del concepto de *materia penal*¹⁰¹⁷. Según este punto de vista, el principio de legalidad sólo garantiza a los ciudadanos que serán castigados por aquello que la ley penal *material* determina antes de realizar una determinada conducta y con las penas que se prevén en dicho momento, pero no les asegura el tiempo que puede durar la persecución de su delito¹⁰¹⁸.

Más ingeniosa, pero con el mismo propósito (facilitar la aplicación de una norma que no estaba vigente al momento de comisión del delito), la CIDH ha optado por obviar su estricta y garantista línea jurisprudencial relativa a la prohibición de irretroactividad, sosteniendo que las modificaciones legales podrán aplicarse sin vulneración alguna de este principio siempre y cuando el resultado se prolongue bajo la nueva

¹⁰¹⁶ Citado por Ragués I Vallés 2004: 81.

¹⁰¹⁷ En este sentido, el TEDH ha reconocido la naturaleza procesal asimismo a la disciplina de la prescripción del delito: en el conocido caso Coeme c. Bélgica el Tribunal, de hecho, ha considerado legítima la previsión de retroactividad de los nuevos y más largos plazos de prescripción, incluso en relación a los procesos en curso, con el único límite de que los plazos de prescripción anteriores no hubieran transcurrido ya y el delito no hubiera prescrito. Así Scoletta 2010: 288.

¹⁰¹⁸ Ragués I Vallés 2004: 81.

regulación¹⁰¹⁹. Así, por ejemplo, en el caso Tiu Tojín vs Guatemala, sostuvo lo siguiente:

«Por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el Derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicables»¹⁰²⁰.

Como se puede apreciar, más allá de la confusión –intencional o no– de la CIDH respecto a las claras diferencias¹⁰²¹ entre *delito continuado* y *delito permanente*, como apunta Mínguez Rosique «aplicando aplicando un estándar de protección básico del principio de legalidad y sin ninguna necesidad de realizar una complicada interpretación, no parece legítimo admitir la aplicación de un precepto sancionador nuevo o de una

¹⁰¹⁹ Así, Mínguez Rosique 2016: 207-209.

¹⁰²⁰ Caso *Tiu Tojín vs Guatemala* 2008 en Mínguez Rosique 2016: 207.

¹⁰²¹ La CIDH utiliza de manera intercambiable e indistinta los conceptos «delito continuado» y «delito permanente», sin percatarse de la enorme diferencia que, a efectos de legalidad, tendría la concurrencia de un tipo u otro de delito. Así que mientras los delitos permanentes son aquellos delitos en los que el mantenimiento del estado antijurídico depende de la voluntad del autor (a diferencia de los delitos instantáneos o los de estado) y cuyo contenido de injusto se intensifica durante dicha prolongación, los delitos continuados implican la comisión de varios hechos típicos bajo un mismo nexo común (objetivo y/o subjetivo) que permite considerarlos a todos ellos como parte de un proceso continuado unitario, aplicándose, por tanto, sobre varias actividades sucesivas en el tiempo, la idea de unidad de acción (si bien una unidad «no natural» de acción). (...) En consecuencia, nos encontramos ante dos tipos de delitos radicalmente distintos. (...) La consumación debe ser entendida como la realización formal del tipo, aplicable a todos los delitos, independientemente de su categoría. (...) Así, Mínguez Rosique 2016: 209-213.

modificación en sentido desfavorable de una ya existente una vez que el delito se ha consumado»¹⁰²².

En mi opinión, si se pretende salvar la vulneración del principio de legalidad mediante esta fórmula, sólo podría aplicarse –únicamente– para los delitos continuados, esto es, cuando hayan varios hechos típicos identificables en el tiempo realizados bajo un mismo nexo común. Así, si con posterioridad al cambio normativo, se han cometido más hechos típicos que consuman el delito, podría admitirse más pacíficamente la aplicación inmediata de la nueva regla sobre la imprescriptibilidad. Empero, ello, en modo alguno, supera o salva el principal problema detrás: el carácter no estricto de la fuente originaria

En conclusión, conforme a la exigencia de neutralidad, que deriva del entendimiento de la seguridad jurídica como límite objetivo al ius puniendi, sea éste ejercido por un Estado o por un Tribunal Internacional, no se debería de admitir la reapertura de los plazos de prescripción ya transcurridos, pues ello conllevaría a una re-fundamentación de la punibilidad a posteriori, contraria al principio de legalidad¹⁰²³. En otras palabras, no se debe admitir, por una vía directa o indirecta, bajo ninguna fórmula, el estiramiento de la capacidad de rendimiento del principio de irretroactividad a conductas ilícitas consumadas, con anterioridad a un cambio en la regulación, que incidan en el binomio pena-libertad de un imputado o ya condenado. De lo contrario, como sostiene Pérez Cepeda, el

¹⁰²² Mínguez Rosique 2016: 212.

¹⁰²³ Mínguez Rosique 2016: 214.

Derecho Internacional de los derechos humanos se transformaría en un instrumento de desestabilización del orden mundial vigente¹⁰²⁴.

D) Cambios jurisprudenciales

Así como las normas penales evolucionan constantemente, producto, entre otros factores, del dinamismo del Derecho penal frente al uso simbólico del mismo, la jurisprudencia, en tanto expresa el criterio de conciencia y la interpretación particular de cada tribunal y de sus miembros, varía aún con más frecuencia en el tiempo¹⁰²⁵. Así, puede suceder que desde la comisión del hecho punible, hasta el momento en que se pronuncia la sentencia penal, los criterios jurisprudenciales en relación a una norma aplicable a un caso concreto varíen sustancialmente y en sentido perjudicial al imputado. En este contexto, se discute si tales cambios jurisprudenciales desfavorables al imputado están protegidos por la prohibición de retroactividad¹⁰²⁶.

¹⁰²⁴ Pérez Cepeda 2007: 70-71

¹⁰²⁵ La doctrina de la revisión de sentencias firmes por cambios jurisprudenciales favorables tiene su origen indirecto en la STC 150/1997, de 29 de septiembre. Para más detalle, *vid.* De Vicente Martínez 2004: 164.

¹⁰²⁶ Barber Burusco 2014: 215, pone de relieve que: «este tema fue vivamente debatido dentro de la dogática alemana como consencuencia de la sentencia del BGH de 9 de diciembre (BGHSt 21, 157). El art. 16 del StGB castiga la conducta de quien conduce un vehículo a pesar de que, como consencuencia de la ingesta de bebidas alcoholicas o de otros productos estimulantes, no se encuentra en condiciones de hacerlo con seguridad. Durante un largo período de tiempo la jurisprudencia entendió que por encima de 1,5 gramos de alcohol en sangre existía una absoluta incapacidad de conducir de forma segura y no admitía ninguna clase de prueba en contrario. En la sentencia mencionada, el límite fue rebajadoa 1,3 gramos. Como consecuencia de tal decisión, se debate si los tribunales pueden, mediante la rebaja del límite de alcoholemia, castigar hechos que, según la anterior interpretación eran impunes. La cuestión fue resuelta en sentido afirmativo por el OLG de Karlsruhe, en sentencia de 5 de octubre de 1967. Con

A partir del fundamento propuesto para la irretroactividad, sería muy forzado ofrecer una respuesta satisfactoria. La exigencia de neutralidad como límite objetivo al ius puniendi estatal, difícilmente puede alcanzar al juzgador, pues a diferencia del legislador, el primero siempre interviene después de la comisión del delito, con lo cual, en estricto, su intervención nunca podrá ser objetivamente neutral desde que siempre actúa y ejerce su labor en función al previo conocimiento real o potencial del autor del hecho.

Lo anterior no implica dejar de reconocer que, en la práctica, una alteración radical del criterio anteriormente mantenido de forma reiterada y constante, no es en modo alguno diferente, desde una valoración material, a la aplicación de una ley sancionadora desfavorable o restrictiva de derechos individuales¹⁰²⁷, por lo que, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, no cabría traicionar la confianza del ciudadano en la jurisprudencia reiterada y uniforme vigente en el momento en que calculó su comportamiento¹⁰²⁸. En esa línea se decanta Kuhlen, para quien dado que el Derecho penal es determinado recién mediante la precisión judicial de la ley, el ciudadano de poder también confiar en la interpretación de los tribunales penales. Así, la confianza del ciudadano debe protegerse especialmente frente a los casos de *modificaciones jurisprudenciales encubiertas* en su perjuicio¹⁰²⁹.

posterioridad, en 1990, la jurisprudencia volvió a rebajar de 1,3 gramos a 1,1 gramos el mencionado límite».

¹⁰²⁷ Ruiz Anton 1989: 165.

¹⁰²⁸ En esta línea, Zugaldía Espinar 2004: 81, recoge el punto de vista de un sector doctrinal, según el cual: «los cambios jurisprudenciales agravatorios no pueden tener carácter retroactivo porque ello lesionaría la garantía constitucional de la seguridad jurídica ya que el principio de irretroactividad no es más que una expresión de seguridad jurídica (...)».

¹⁰²⁹ Kuhlen 2012: 171.

Si bien esta posición doctrinal es coherente, considero que parte de un concepto o idea de seguridad jurídica que, como se ha señalado en el capítulo IV, no es atendible por su extrema subjetividad. Si algo es pacífico en la doctrina, es precisamente que el conocimiento de la antijuricidad no alcanza a la jurisprudencia¹⁰³⁰.

De la misma manera, si se retrocede al fundamento del principio base de legalidad, del cual deriva la exigencia de *lex praevia*, la respuesta acerca de la posibilidad de impedir la retroactividad de los cambios jurisprudenciales perjudiciales al imputado también parece ser negativa. En esta línea se pronuncian entre otros, Ruiz Robledo¹⁰³¹, Calderón Cerezo y Choclán Montalvo¹⁰³², Bacigalupo¹⁰³³, Roxin¹⁰³⁴ y Jakobs¹⁰³⁵. Por ejemplo, éste último sostiene que la prohibición de retroactividad de los cambios jurisprudenciales no resulta atendible, siendo de aplicación en este contexto la teoría del error de prohibición¹⁰³⁶.

Ello es así, en la medida en que el principio de legalidad demanda la vigencia de la «reserva de ley». Y, a su vez, porque al no ser la jurisprudencia fuente de creación de derecho¹⁰³⁷, no puede ser considerada como norma jurídica para efectos de otorgarle la protección del art. 9.3 de

¹⁰³⁰ Por todos, Castillo Alva 2004a: 109.

¹⁰³¹ Ruiz Robledo 2003: 274-275.

¹⁰³² Calderón Cerezo y Choclán Montalvo 2005: 61.

¹⁰³³ Bacigalupo 1997: 86.

¹⁰³⁴ Roxin 1997: 166-167.

¹⁰³⁵ Jakobs 1997: 127-128

¹⁰³⁶ Jakobs 1997: 127-128. En el mismo sentido, Bacigalupo 1997: 86. En esa misma línea se pronuncia Fernández, para quien: «el abrupto cambio de una jurisprudencia largamente consolidada y de difundido conocimiento público, el intérprete no enfrenta –a nuestro modo de ver– un problema de irretroactividad desfavorable, sino lisa y llanamente un problema de culpabilidad, la cual se verá enervada por la ocurrencia de un error de prohibición invencible o inevitable. Fernández 2015: 128.

¹⁰³⁷ Vid. Bustos Ramírez 2004: 581-582.

la CE. De lo contrario, si se admitiese como válido que los tribunales produzcan normatividad positiva con sus resoluciones, se afectaría el principio de separación de poderes¹⁰³⁸, puesto que sólo al parlamento le está conferida la potestad de expresar la voluntad popular mediante la dación de normas. En este sentido, Zugaldía Espinar nos recuerda que el principio de legalidad supone que *«sólo el poder legislativo, en representación de la soberanía popular, puede decidir qué conductas deben ser consideradas delito y qué pena merecen»*¹⁰³⁹.

Lo anterior no implica negar una mirada realista del contexto actual. No se puede eludir reconocer un aporte de los tribunales en la configuración del Derecho penal¹⁰⁴⁰, pero de ahí a señalar, como lo ha hecho el TEDH en el caso Del Río Prada¹⁰⁴¹, a equiparar la jurisprudencia con la ley en atención al valor normativo que tiene, nos parece un exceso¹⁰⁴², sin que ello

¹⁰³⁸ Para más información sobre la consideración del principio democrático de separación de poderes como expresión del principio de legalidad, *vid.* Ruiz Robledo 2003: 45-48.

¹⁰³⁹ Zugaldía Espinar 2004: 235.

¹⁰⁴⁰ Kuhlen 2012: 169.

¹⁰⁴¹ El TEDH acepta que los tribunales internos crean normas, no se limitan a interpretarlas, y que esas normas pueden afectar a conceptos jurídicos muy sensibles, como el concepto de delito o el concepto de pena, y que sus decisiones tienen valor normativo; en consecuencia deben someterse a los principios y límites básicos del principio de legalidad penal, como la prohibición de retroactividad. Laporta San Miguel en Pérez Manzano 347. La sentencia del TEDH de 21 de octubre de 2013 (caso Inés del Río Prada) considera contraria a la CEDH la llamada doctrina Parot y anula con efectos retroactivos todos los pronunciamientos en este sentido.

¹⁰⁴² Sin embargo, para Barber Burusco 2014: 223-224, no sería así: «cuando se afirma que no se puede extender la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia porque no se pueden equiparar legislación y jurisprudencia ya que atentaría contra la esencia misma del principio de legalidad, sin duda tal afirmación produce impacto, pero entiendo que admitir la prohibición de retroactividad no “equipara” legislación y jurisprudencia. Si por equiparar entendemos asignar las mismas funciones a uno y otro poder, no es esto lo que se propone, el poder legislador mantiene su función de diseñar la política criminal y en consecuencia crear, modificar o derogar la ley penal (es quien tiene la legitimación democrática para hacerlo) y el poder judicial la de aplicarla, y en esta aplicación, sí se pretende imponer una limitación al aplicador de la ley penal (en la medida en que existía

implique dejar de reconocer que la sentencia del TEDH resuelve un problema que había sido generado innecesariamente¹⁰⁴³ por el TS con motivo de la aplicación de la *doctrina parot*.¹⁰⁴⁴

En este orden de ideas, el hecho que una nueva jurisprudencia tenga en la práctica un efecto similar al de una nueva ley, de allí no cabe deducir una idéntica función¹⁰⁴⁵; sino, se estaría equiparando la función legislativa con la función judicial, cuyas competencias constitucionales son

una jurisprudencia uniforme y la modifique en perjuicio del reo) que también se impone al legislador en el ámbito de la creación o modificación de la ley penal, y no parece que una limitación adicional a uno de los poderes, pueda producir, por sí misma, la equiparación de las funciones de ambos».

¹⁰⁴³ La doctrina Parot vulnera de manera innecesaria ingresa a modificar varios principios informadores del Ordenamiento Jurídico español, como i) el principio de legalidad penal, al aplicar una posición jurisprudencial de manera retroactiva en perjuicio del reo, mediante un giro interpretativo, la nueva postura en el análisis de los art. 70.2 y 100 del texto refundido de 1973 y ii) el principio de igualdad porque el cambio jurisprudencial producido, no era previsible y los condenados con autos de licenciamiento previos a la fecha 28 de febrero de 2006, no fueron objeto de ésta doctrina, que alargó la estancia en prisión del resto de condenados; y el derecho a la libertad (art. 17 CE) al impedir el acceso a este derecho de todo condenado, una vez cumplida la pena impuesta.

¹⁰⁴⁴ El pronunciamiento de la Sala Segunda del TS de 28 de febrero de 2006, Sentencia 197/2006, ponente Julián Sánchez Melgar, con carácter novedoso establece la forma de cumplimiento de la condena total en supuestos de acumulación de varias condenas “Se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del art. 70 del Código penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante”. Decisión que supone un giro en la interpretación que venía haciendo el Tribunal Supremo, en relación con el cómputo de redención de penas por trabajo en aplicación de los arts. 70.2 y 100 del CP 1973. El CP de 1973 permitía aplicar redenciones a presos condenados para acortar las penas, y así el tiempo real de prisión se veía reducido por estos beneficios penitenciarios, de manera que tanto el condenado como el sistema judicial y penitenciario tenían expectativas y evolucionaban en base a esta situación real de cumplimiento. Tras la entrada en vigor del CP de 1995, la DT Segunda, permite redimir penas con todos sus efectos a reos condenados por el CP 1973.

¹⁰⁴⁵ Así, Jakobs 1997: 127.

contrapuestas. La jurisprudencia responde a la interpretación judicial que realizan los jueces sobre una determinada norma jurídica. Sin norma jurídica no existe pues jurisprudencia¹⁰⁴⁶.

Esta relación de dependencia implica que los cambios jurisprudenciales sólo importan una corrección de la interpretación de una voluntad legislativa ya existente en el momento de la realización del hecho¹⁰⁴⁷. Por tanto, no comparto el argumento esgrimido por Frígols I Brines¹⁰⁴⁸, quien considera que los cambios jurisprudenciales son *cambios normativos* que dan lugar a un conflicto temporal susceptible de ser resuelto por la prohibición de retroactividad.

Efectivamente, una variación de la doctrina jurisprudencial o lo que es lo mismo, una sucesión de resoluciones judiciales, no puede considerarse como sucesión de leyes para efectos de la irretroactividad¹⁰⁴⁹, por más que

¹⁰⁴⁶ Así, la Corte Suprema de Justicia del Perú, mediante Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22 de 16 de noviembre de 2007 ha establecido como precedente vinculante el fundamento quinto del Recurso de Nulidad N° 1500-2006: «Que el artículo ciento treinta y nueve, inciso trece, de la Constitución Política, reconoce la garantía de la cosa juzgada, en cuya virtud emitida sentencia firme ésta no puede ser alterada o modificada, salvo los supuestos más favorables –veáse el inciso once del citado numeral constitucional– referidas a modificaciones normativas más favorables ex post facto, conforme al artículo seis del Código Penal; que, en el presente caso, no se trata de un supuesto de cambio legal ex post facto, sino de una solicitud instada mucho después que la sentencia condenatoria quedó firme –en sede de ejecución procesal– en el proceso penal declaratorio de condena; que es de precisar, lo que es de opinión mayoritaria en la doctrina penalista, que el cambio jurisprudencial no es un cambio normativo (ni siquiera lo establecido en la jurisprudencia vinculante antes mencionada pueda calificarse de un cambio en la jurisprudencia precedente, pues sólo se trata de una precisión de los alcances de una concreta figura delictiva), menos aún en el ámbito del Derecho penal que tiene como principio rector la reserva absoluta de ley para definición de las conductas punibles (...)»

¹⁰⁴⁷ Zugaldía Espinar 2004: 281.

¹⁰⁴⁸ Frígols I Brines 2004: 372-373.

¹⁰⁴⁹ En este sentido, entre otros, Bustos Ramírez 2004: 600, tomo I; Hurtado Pozo 2005: 332; Vidales Rodríguez 2001: 116.

se entienda que el concepto de norma jurídica no depende de su origen parlamentario, sino de la atribución de su significado¹⁰⁵⁰. La variación jurisprudencial no es más que un cambio en la interpretación de la ley que permanece inalterada¹⁰⁵¹. Esta ha sido la orientación del TS que, en sentencia de 2 de julio de 1994, ha precisado que la «*retroactividad comporta siempre, de un lado, la existencia de dos normas y, de otro, su sucesión en el tiempo*»¹⁰⁵².

De lo contrario, el Juez penal juzgaría como si promulgase leyes¹⁰⁵³, desapareciendo la subordinación del juez a la ley, que precisamente es la garantía contra la arbitrariedad que postula el principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial¹⁰⁵⁴. Y aunque se sostenga, con verdad, que la legislación actual se caracteriza por la abstracción y la pérdida de determinación¹⁰⁵⁵, de ello no tiene por qué encargarse el principio de irretroactividad. Si el problema de fondo es en esencia de técnica legislativa

¹⁰⁵⁰ En este sentido, Frígols I Brines 2004: 372-373, sostiene que: «si se acepta que las normas son el resultado de un proceso de atribución de significado –y me parece que esto no es discutible, puesto que los enunciados lingüísticos sin atribución de significado no tienen utilidad alguna-, el cambio normativo no se debe producir necesariamente mediante una modificación legislativa, sino que es suficiente con la atribución de un significado distinto a la formulación normativa».

¹⁰⁵¹ Vidales Rodríguez 2001: 116. En el mismo sentido, Fernández 2015: 127 señala, a propósito de la doctrina dominante, que “no se trata en este caso de una punición retroactiva, sino de la nueva interpretación de una ley existente con anterioridad, a través de la cual la justicia se corrige sólo a sí misma y no al legislador”.

¹⁰⁵² Vidales Rodríguez 2001:116.

¹⁰⁵³ Jakobs 1997: 127.

¹⁰⁵⁴ Con toda claridad, Bustos Ramírez 2004: 582, señala que: «En el Derecho Penal sólo crea derecho la ley y no el juez, lo que es fundamental para la exclusión de la arbitrariedad».

¹⁰⁵⁵ Así, Kuhlen 2012: 169.

por el recurso de tipos penales indeterminados, el mandato de taxatividad es quien debe ocuparse de dicha problemática¹⁰⁵⁶.

Si se acepta la tesis de que ley y jurisprudencia *de facto* son lo mismo o, para ser más precisos, producen los mismos efectos; esta equivalencia podría conllevar implícitamente un relajamiento injustificado en la observancia que el legislador debe conceder al principio de taxatividad que, confiando en que el aplicador continuará la tarea que ha dejado inconclusa, le lleve a ahorrar esfuerzos dirigidos a conseguir la máxima determinación posible¹⁰⁵⁷.

Finalmente, la fuerza de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico español, es muy relativa¹⁰⁵⁸, aplicable sólo en algunos casos concretos¹⁰⁵⁹ y no tiene la capacidad plena –como sí tiene la ley– de crear normas de carácter general de segura aplicación en el futuro. Interesante es

¹⁰⁵⁶ Así, Kuhlen 2012: 170, se cita la resolución del 23 de junio de 2010, en la cual el BVerGF sostiene que un comportamiento no punible de acuerdo a la voluntad del legislador no puede ser declarado punible por los tribunales incluso dentro del sentido literal posible (nm.80).

¹⁰⁵⁷ Vidales Rodríguez 2001: 122.

¹⁰⁵⁸ La LECr no dispone de ningún mecanismo para darle carácter vinculante a la jurisprudencia en el sistema penal, a diferencia de lo que ocurre en la Jurisdicción Civil y en la Contencioso Administrativa, en las que la ley reconoce de manera explícita el carácter vinculante de la jurisprudencia señalada por el TS al resolver los recursos de casación en interés de la ley (arts. 477.3 y 493 LEC y art. 100 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

¹⁰⁵⁹ Estos son los casos de los Acuerdos de los Plenos no Jurisdiccionales. El art. 264 de la LOPJ dispone: «1. Los magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales. Las reuniones se convocarán por el Presidente de la Sala, por sí, a petición mayoritaria de los magistrados, así como en los demás casos que establezca la ley. Serán presididos por el presidente de la Sala. 2. En todo caso quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos que conozcan».

por tanto, el ejemplo que ofrece García Amado¹⁰⁶⁰, con el que explica que respecto de la jurisprudencia puede haber una expectativa razonable de previsibilidad, pero no puede desconocerse ni descartarse el riesgo conocido ex ante –por su carácter variable y cambiante- incorporado desde el inicio al conjunto de la expectativa¹⁰⁶¹.

En síntesis, a mi juicio son insalvables las dificultades prácticas de implementar la irretroactividad de la jurisprudencia desfavorable, lo que ha sido reconocido incluso por quienes están a favor¹⁰⁶². Así por ejemplo, si se admite la irretroactividad *in peius* ¿A qué tipo de decisiones afectaría?¹⁰⁶³

¹⁰⁶⁰ Para el autor, en el caso de la jurisprudencia es razonablemente X, pero no es descartable no X. El ejemplo es el siguiente: Supóngase que yo tengo un amigo que en cada cumpleaños suyo me invita a una suculenta comida en el restaurante más caro y lujoso de la ciudad. Lleva veinticinco años haciéndolo así, año tras año. Pero desde el principio él me advirtió de que si un día se quedaba sin trabajo y, por tanto, veía reducidos sus ingresos, no me invitaría ahí, sino a una vulgar hamburguesería. Al cabo de esos años yo tengo una expectativa sólida de que de nuevo me invitará espléndidamente con ocasión de su nuevo aniversario y, además, estoy convencido de que la empresa en la que trabaja es muy solvente y él, un profesional en ella muy apreciado. Sin embargo, lo inesperado (pero no descartable) ocurre y mi amigo es despedido o su empresa cierra. En buena medida mi expectativa o previsión bien fundada resulta frustrada, pero siempre supe que cabía ese riesgo y estaba avisado de él. En otras palabras, no podré decirle a mi amigo que me ha defraudado al invitarme este año a una sencilla hamburguesería, ya que desde el comienzo me constaba esa posibilidad, si ocurría aquel cambio de circunstancias. Imaginemos ahora que, ante mi indignación o decepción y puesto que reclamo ser un año más convidado en el mejor restaurante, un tercer amigo se presta a mediar y resuelve que la expectativa mía era, después de tantos años, más que sólida. Además, yo ya me había comprado un traje elegante para el festejo de este año. En consecuencia, ese árbitro concluye que no puede el amigo aquel fallarme y me debe invitar de nuevo al restaurante caro. García Amado 2016: 329-330.

¹⁰⁶¹ En esta línea, García Amado 2016: 330.

¹⁰⁶² Así, Barber Burusco 2014: 230 sostiene que en este punto les asiste razón a quienes se oponen a la prohibición de retroactividad de la jurisprudencia desfavorable.

¹⁰⁶³ Así, Barber Burusco 2014: 217, pone de relieve esta interrogante.

Esto podría llevarnos a un inmovilismo de la jurisprudencia¹⁰⁶⁴, lo que sería un total contrasentido¹⁰⁶⁵.

Por todo lo expuesto, considero que no corresponde una reformulación del fundamento del principio de irretroactividad propuesto sólo para darle cabida y cobertura a la jurisprudencia desfavorable. Simplemente, la exigencia de *lex praevia* –que vendría a configurarse en este ámbito como *iuris praevia*– no tiene la capacidad de rendimiento para ofrecer una solución concreta a esta problemática. No por la mera constatación de determinadas prácticas, se puede cuestionar o traer abajo un postulado esencial del Derecho penal, debiendo más bien hallarse una solución en otro ámbito.

¹⁰⁶⁴ Un caso distinto es la sentencia de inconstitucionalidad, en el que la vigencia de la prohibición de retroactividad no debería ser ajena; aunque en estricto, tampoco se trate de una sucesión de leyes penales en el tiempo. La regla general debería ser que una sentencia de inconstitucionalidad expedida por el TC no tenga efectos retroactivos. A pesar de ello, el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia de inconstitucionalidad recaída en el Exp. N° 0019-2005-PI/TC de 23 de julio de 2005, ha condicionado la vigencia de la irretroactividad al hecho que la norma declarada inconstitucional haya sido aplicada en el pasado y de manera firme; sin reparar, en que una sentencia de inconstitucionalidad que le resulta perjudicial al imputado, no sólo no puede anular los efectos beneficiosos pasados de la norma declarada inconstitucional, sino tampoco los efectos futuros de la misma; lo cual, es consecuencia del principio de ultractividad benigna.

¹⁰⁶⁵ La solución debe resolverse en el propio sistema judicial, apelando a la diversidad de instancias y órganos de control existentes. En la producción de leyes penales, el actor (legislador) es uno, mientras que en la producción de jurisprudencia, existen varios actores (jueces), que entre sí pueden controlar mejor la correcta aplicación del derecho.

1. La sociedad actual evoluciona constantemente y, como consecuencia de ello, las normas en la que ésta se funda también, reflejando así los vertiginosos cambios en las valoraciones sociales. Pero esas nuevas valoraciones sociales, muchas veces, van acompañadas de valoraciones políticas que, so pretexto de una mera actualización de la política criminal, utilizan el Derecho penal, para introducir modificaciones normativas que pretenden regular acontecimientos ya producidos. Es tal la expansión del Derecho penal contemporáneo y la velocidad con la que ésta se manifiesta, que los principios de intervención mínima y *última ratio* han pasado a mejor vida, desencadenando conflictos temporales cada vez más complejos de resolver.
2. En el ámbito del Derecho penal intertemporal, el principio de legalidad es la base sobre la cual se construye la teoría sobre la sucesión de leyes penales en el tiempo. Se enmarca en un Derecho penal de acto, su fundamento central es la limitación del *ius puniendi* en un Estado de Derecho y tiene una triple naturaleza jurídica dependiendo del destinatario: para el *legislador penal*, como un

principio que orienta su tarea productiva; para el *Juez*, como un *mandato* que limita sus márgenes de actuación y, para el *ciudadano*, como un *derecho*, que le garantiza que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita.

3. Dentro del primer grupo de garantías derivadas del principio de legalidad penal, se encuentran (i) la garantía criminal, (ii) la garantía penal, (iii) la garantía jurisdiccional y (iv) la garantía de ejecución. Cada una ellas reclama vigencia en momentos específicos del proceso penal, incluso antes y después del mismo. Dentro del segundo grupo de garantías, que se diferencian con las primeras por el hecho que han alcanzado un reconocimiento autónomo e importancia como principios constitucionales, se encuentran i) la prohibición de analogía, ii) la prohibición de derecho consuetudinario, iii) la prohibición de leyes penales indeterminadas y iv) la prohibición de retroactividad.
4. Pese a la exigencia de *lex stricta*, atendiendo a los principios de igualdad, intervención mínima y sobre todo de *favor libertatis*, debe admitirse el recurso –aunque limitado- a la analogía favorable al reo; puesto que, siendo el Derecho penal el medio más represivo de control social, que sólo reacciona ante determinados ataques contra determinados bienes jurídicos, no puede escudarse en la *reserva absoluta de la ley*, que surgió como garantía del ciudadano frente al abuso del poder estatal, para legitimar una intervención punitiva del Estado abiertamente desigual por la existencia de lagunas de punibilidad o vacíos en otras categorías normativas.

5. La exigencia formal de *lex scripta*, comporta la imposibilidad de recurrir al derecho consuetudinario para, cubriendo vacíos o lagunas de punibilidad, crear delitos, fundamentar o agravar penas. No obstante, como única posible excepción a esta regla, debe admitirse la costumbre *in bonam partem*, cuya vigencia es adecuada cuando se trata de dotar de contenido y alcance a la ley penal, mas no así en su capacidad abrogativa de la ley

6. Respecto de la exigencia de *lex certa*, en específico, en lo concerniente al límite de la indeterminación, lo relevante, de cara a determinar si una norma penal es inconstitucional por incompleta, imprecisa o equívoca, es que el núcleo de lo prohibido contenga los criterios de decisión que permitan al juez resolver un caso concreto. Sólo será inconstitucional la norma cuando su indeterminación no sea posible reducirla a un núcleo determinable.

7. En cuanto a su evolución en el ordenamiento constitucional, el principio de legalidad y sus garantías derivadas –en mayor y menor medida- han gozado de reconocimiento en el movimiento codificador español desde principios del siglo XIX. Salvo el Estatuto de Bayona, los demás textos han dado cabida al principio, aunque con alcances distintos. Empero, la exigencia de *lex praevia* recién halla reconocimiento expreso en la Constitución de 1837, alcanzando su máxima expresión con la sanción de la Carta Magna de 1978, mediante la cual renace un nuevo Estado social y democrático de Derecho, vigente hasta la actualidad.

8. En lo que respecta a su evolución a nivel internacional, luces y sombras han guiado el recorrido del principio de legalidad. No fue sino hasta después de los juicios de Núremberg y Tokio, en que recién es consagrado formalmente en instrumentos internacionales, siendo los más representativos, el sistema europeo, basado en la CEDH y, el interamericano, basado en la CADH. Al final de su largo su camino, el principio encuentra un reconocimiento más completo y centralizado con el ECPI.

9. Los rasgos característicos del Derecho penal en estos tiempos se resumen en: expansión y descrédito. El primero, como consecuencia inevitable de los cambios sociales y económicos que son fruto a su vez de la globalización, nuevas tecnologías y el uso político y simbólico del sistema legal. Y, el segundo, como consecuencia del escepticismo sobre su utilidad y eficacia fruto a su vez de la frivolidad con la que muchos aplican esta disciplina jurídica y los intereses contrapuestos de cada una de las partes involucradas. Este fenómeno expansivo del actual Derecho penal se agrupa en seis ámbitos: a) Derecho penal simbólico, b) Derecho penal de la seguridad, c) Derecho penal de las víctimas, d) Derecho penal de menores, e) Derecho penal económico y de la empresa, y f) Derecho penal internacional.

10. El principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal, han dejado de inspirar la función legislativa; antes bien, representa un obstáculo para aquellos que conciben al Derecho penal como tema prioritario de su agenda política. El riesgo de un uso simbólico e indiscriminado del Derecho penal no sólo se debe a que

puede llegar a ser meramente cosmético, sino fundamentalmente que pueda llegar a relajar en demasía las garantías relativas a la seguridad jurídica y las que se derivan del principio de legalidad.

11. La seguridad es un problema real de la sociedad actual, no fabricado en un escritorio o despacho, que requiere de una solución también real y concreta. Y, el Estado, tiene el poder y la legitimidad constitucional de proveer dicha seguridad a sus ciudadanos. Se trata de un valor constitucional igual a otros en rango e indispensable porque el Estado como institución deriva del mismo su justificación. Por tanto, se deben sumar todos los esfuerzos desde todas las corrientes dogmáticas, sin discriminar o rechazar *ex ante* los planteamientos. Es tiempo de máxima apertura y de consensos, pues abordar una tensión tan compleja como la de garantía *versus* libertad, desde una férrea e irreflexiva defensa del *buen Derecho penal liberal*, nos llevaría al fracaso.
12. En esta crisis de inseguridad, *algo hay que hacer* desde la trinchera en que estemos y con las limitaciones que cada área o disciplina reclama. En este sentido, si bien la prevención del terrorismo no debería ser un problema de los penalistas, ello no significa que nos quedemos impávidos, esperando fácilmente criticar a quien se arriesgue a ofrecer una solución a tan difícil problema, que debería ser problema de todos.
13. La legitimidad o no del Derecho penal del enemigo en un Estado de Derecho no puede ser definida *a priori*, sino de manera puntual, caso por caso, como ocurre también con el Derecho penal clásico. No basta pues con encuadrar una norma como Derecho penal del

enemigo, sino se debe analizar y comprobar su compatibilidad con determinados principios constitucionales impostergable. De ahí que, el *quid* del asunto radica en *qué tipo de garantías no se le puede negar al enemigo*, siendo el principio de irretroactividad, nos guste o no, una de ellas. Existen principios, como el de no retroactividad *in peius*, que no admiten remodelación alguna.

14. Otro rasgo fundamental del actual Derecho penal es la revalorización de la víctima del delito, históricamente neutralizada. Sin embargo, los nuevos enfoques victimológicos, en lugar de encaminar esfuerzos para construir un modelo en el que coexistan, se complementen y/o armonicen los derechos e intereses de víctima e imputado, lo que en realidad están propiciando es un cambio de *protagonista*, más que de *modelo*, mediante la transformación del clásico *in dubio pro reo* por un *in dubio pro víctima*. Lo que se debe procurar es establecer un estatuto material, procesal y de ejecución penal de la víctima, en el que la inserción de sus derechos dentro del sistema integral del Derecho penal no se articulen de forma disyuntiva a los derechos del imputado.
15. Respecto a la aplicación de la ley penal en el tiempo en el Derecho penal de menores, no presenta mayores complejidades técnicas, salvo la función de motivación de la norma y el tratamiento de la sucesión normativa en caso el imputado realice una acción delictiva continuada en el tiempo bajo la minoría y mayoría de edad.
16. El principio de precaución se erige como respuesta a los riesgos de la nueva realidad socioeconómica, cuya finalidad es establecer una medida cautelar en el desarrollo de una actividad especialmente

riesgosa, pese a no poder acreditarse una peligrosidad *ex ante* del comportamiento.

17. En lo que respecta al Derecho penal económico y de la empresa, salvo algunos supuestos complejos, como la ley penal en blanco con remisiones dinámicas, la garantía de *lex praevia* no se ve comprometida. Más bien, la incursión de la persona jurídica como sujeto responsable penalmente y el rol cada vez más importante que juegan los *criminal compliance programs*, pueden erosionar el principio de irretroactividad, dependiendo de los efectos jurídicos que los poderes públicos estén dispuestos a conceder a lo regulado *in house* por las empresas.
18. Si bien la internalización del Derecho penal busca modificar los contornos de la legalidad, mediante la ampliación de sus fuentes y una marcada inclinación del conflicto a favor de la víctima, el principio *nullum crimen nulla poena*, así como sus garantías derivadas, constituyen una exigencia insoslayable, por lo que difícilmente pueden quedar satisfechos en una norma convencional o estatutaria.
19. Para dar respuesta a la posible flexibilización de principios fundantes del Derecho penal, se deben tomar en consideración tres premisas capitales: i) en una real emergencia, no hacer nada siempre será peor que intentar hacer algo, ii) las garantías del Derecho penal en general y en particular las que derivan del principio de legalidad penal, siempre estarán condicionadas por la cláusula de Estado de Derecho,

y iii) el equilibrio es la ruta del camino a seguir si lo que realmente se busca es una armonización entre garantismo y seguridad.

20. Los derechos e intereses de víctima e imputado no son irreconciliables, son susceptibles de armonización. Se debe buscar un equilibrio (punto medio). Sólo una posición ecléctica puede apartarnos de los extremos y los peligros que comportan salirse de los mismos. Sin embargo, cuando el conflicto sea irreconciliable, no queda más remedio que inclinar la balanza hacia el imputado, pues es –sin duda- quien está más expuesto al *ius puniendi* estatal. Esta preponderancia de la legalidad sobre la seguridad se presenta, con la exigencia de *lex praevia*, que no admite, a diferencia de otras garantías de las que goza el imputado, soplo alguno por parte de los nuevos vientos de la modernización penal.
21. La determinación de la ley aplicable en un determinado espacio temporal, es una de las tareas más delicadas y complejas que se pueden suscitar en el mundo del derecho en general, y más particularmente en el Derecho penal. De esta problemática se ocupa el Derecho penal intertemporal y, en concreto, los principios que ordenan y esclarecen la correcta aplicación de la ley penal en el tiempo: irretroactividad, retroactividad y ultractividad.
22. La regla ante una sucesión normativa en materia penal y que se encuentra ligada a la finalidad preventivo-general de la pena, es la prohibición de aplicar retroactivamente una norma penal más desfavorable al imputado que la vigente al momento de la comisión del delito. La consecuencia derivada de ésta es la aplicación ultractiva de la norma y, su excepción, la aplicación de la ley

posterior más favorable al reo, en caso de que, como consecuencia de una reevaluación de la política criminal, se dictase una nueva ley, que, a criterio del legislador, le corresponde una menor desaprobación jurídica y social.

23. La formulación de un concepto abstracto que defina con claridad necesaria qué debe entenderse por retroactividad a efectos generales, es una empresa infructuosa. Más bien, debe atenderse a la orientación temporal de la norma jurídica y, especialmente, a comprobar si en la producción y aplicabilidad de la misma a un caso en concreto, se afecta o no la neutralidad del ejercicio del *ius puniendi* estatal. Para tal efecto, lo más importante es determinar cuál es el punto de referencia temporal que rige para cada clase de norma jurídico-penal.
24. Tradicionalmente, en la dogmática penal y en la jurisprudencia el fundamento de la prohibición de retroactividad ha estado disociado de su ámbito de aplicación y, además, concebido en términos muy subjetivos; todo lo cual, ha venido facilitando una limitación de sus alcances prácticos al Derecho penal material, a pesar que no sólo en el momento de la conminación penal el Estado puede abusar de su potestad punitiva.
25. Todos los fundamentos desarrollados por la dogmática respecto a la exigencia de *lex praevia* explican, en alguna medida, la *ratio* de la irretroactividad. Uno de los más destacados es la función de motivación de la norma penal, el cual no sólo comprende la norma primaria (delito y pena), ya que existen normas secundarias (como las procesales y penitenciarias) que, dado su carácter restrictivo de

derechos individuales, son internalizadas por el potencial delincente, reforzándose la motivación generada por la norma primaria. Sin embargo, la función de motivación de la norma penal difícilmente puede explicar la irretroactividad en sujetos inimputables, incapaces de motivarse suficientemente del contenido prohibitivo de la norma penal.

26. El fundamento más objetivo y que permite una comprensión más amplia del ámbito de aplicación de la prohibición de retroactividad es la seguridad jurídica entendida como exigencia de neutralidad en la respuesta penal, pues no hace depender el canon de la irretroactividad en función de quién es el destinatario de la norma, del grado de conocimiento de la antijuricidad o de la capacidad para motivarse suficientemente de la norma. Conforme a esta concepción, basta con que concurra una ley posterior al evento delictivo y que constituya una ampliación de la potestad punitiva del Estado, para cuestionar la imparcialidad estatal por medio de la exigencia de *lex praevia*.
27. Esta exigencia de neutralidad constituye así una garantía de objetividad, de imparcialidad y transparencia en la actuación de las agencias de control penal, impidiendo la aplicación de una ley retroactiva, posterior al hecho punible. Esta limitación de la potestad punitiva debe estar circunscrita al Derecho penal material y a todas aquellas facetas del sistema del Derecho penal, que incidan directa y próximamente en el binomio *pena-libertad*. Y es que, así como el Derecho penal material -mediante la pena- restringe o amenaza la libertad personal, cuando el Derecho procesal penal o el de ejecución, se asemeje y mimetice tanto con el primero, bien

amenazando o bien restringiendo con sus disposiciones esa misma libertad, debe prohibírsele también su aplicación retroactiva.

28. Si hay un rasgo común en el viejo y nuevo Derecho penal, es la tentación de quienes ostentan el poder de turno, de hacer un uso *interesado y político* del mismo, por lo que la elección de la ley aplicable ante una sucesión de normas penales en el tiempo, no debería depender de los vaivenes políticos. No hay que olvidar lo que el Estado, tanto a favor o en contra, es capaz de hacer sino se le somete a los límites y garantías adecuadas. De esta manera, se debería procurar por alcanzar la máxima garantía de objetividad e imparcialidad posibles en el Derecho penal intertemporal. De ahí que, la retroactividad *favorable* no debería quedar al margen de esta necesidad, por más arraiga que esté en nuestra cultura penal.

29. Mientras el de irretroactividad es un *límite* a la facultad de penar del Estado, el de retroactividad es -más bien- una *ampliación* de dicha facultad, pues sólo puede ser explicada a partir de razones de corte humanitario o pietista, más no de naturaleza jurídica. Así, siendo esta última -la retroactividad favorable, no un límite o barrera infranqueable contra el Estado- podría explorarse la posibilidad de su reformulación en aras de alcanzar una mayor neutralidad e imparcialidad en la respuesta penal, y con ello lograr un mejor equilibrio entre los intereses de víctima e imputado, sin que ello implique negar que la represión debe corresponder a la valoración social actual del daño; pero, resulta más coherente, recurrir al principio de proporcionalidad para dicha tarea.

30. En el caso concreto de la irretroactividad *desfavorable*, la neutralidad estatal constituiría una garantía del imputado que reposaría en la seguridad jurídica como límite objetivo al *ius puniendi*; vinculada a las normas que incidan en el binomio *pena-libertad*, impidiendo la aplicación de leyes retroactivas –esto es, posteriores al hecho punible- que afecten, sin importar su ubicación y/o naturaleza, a cualquiera de los componentes de este binomio. Por su parte, en el caso de la retroactividad *favorable*, la neutralidad estatal vendría ser una suerte de garantía y filtro en favor de la víctima, que reposaría en la tutela judicial efectiva, vinculada o condicionada a las normas que incidan en la reparación del daño, impidiendo la aplicación retroactiva de leyes penales más favorables –posteriores al hecho- que afecten, sin importar su ubicación y/o naturaleza, el derecho de la víctima a obtener tutela efectiva, traducida ésta en una reparación del daño. De esta manera, se garantizaría una respuesta penal más objetiva, y de la mano con ella, una armonización y compensación entre sí de los derechos e intereses de los actores involucrados en el conflicto penal.
31. Para definir con mayor rigor y exactitud posible los alcances de la prohibición de retroactividad en un determinado ordenamiento jurídico, es importante tomar en consideración algunos lineamientos que contribuyan decididamente a la solución de un conflicto temporal, tales como *el modelo de Estado, la influencia de los fines de la pena, la irrelevancia de la ubicación sistemática de la norma penal, el entendimiento del Derecho penal como sistema integral, y el tempus comissi delicti como principio orientador.*

32. El punto de conexión temporal de la irretroactividad siempre tiene que ser el del *tempus commissi delicti*, puesto que es la única referencia en el tiempo que ofrece la garantía de objetividad, imparcialidad y neutralidad estatal que subyace al fundamento propuesto para la prohibición de retroactividad. Sólo antes del delito se puede garantizar objetividad en la respuesta penal, después de dicho momento, cuando ya surge el conflicto penal y aparecen los intereses contrapuestos de los distintos actores involucrados, ya deja de ser neutral el Derecho penal. Por ello, el único punto de conexión no sujeto a manipulaciones políticas es el del *tempus commissi delicti*. Situación distinta se presenta cuando la nueva norma penal no conlleva una intervención estatal en el ámbito de libertad, supuesto en el que puede mantenerse la regla de *tempus regit actum*, en tanto no representa un *plus* de potestad punitiva que afecte de manera directa y próxima la esfera de libertad del imputado.
33. El *tempus commissi delicti* se aplica tanto para normas penales materiales, cuanto para normas penales procesales y normas penales de ejecución; toda vez, que la exigencia de *lex praevia* constituye ante todo un límite al propio legislador, quien tiene la posibilidad de cambiar las reglas de juego ante la apreciación de la connotación política o social de *hechos ya sucedidos* y *autores ya conocidos*, aún por juzgar. Por ello, la elección de este punto de conexión bloquea toda eventual manipulación legislativa de las normas en materia penal.
34. El ámbito de aplicación de la prohibición de retroactividad en el Derecho penal español va más allá del Derecho penal sustantivo.

Comprende también las leyes penales en blanco, las medidas de seguridad, las leyes procesales, las leyes de ejecución penal y la responsabilidad civil *ex delicto*, cuando éstas afectan directa y próximamente la libertad. Todas estas normas constituyen auténticas manifestaciones de potestad punitiva que no pueden estar ajenas a la vigencia del principio de irretroactividad de la ley penal perjudicial.

35. La nueva dimensión que cobra el principio de legalidad en el ámbito del Derecho penal internacional y, sobre todo, en el Derecho internacional de los derechos humanos, no ofrece seguridad jurídica, entendida ésta como una exigencia de neutralidad en el ejercicio del *ius puniendi*, sea éste ejercido por un Estado o por un Tribunal Internacional. Para garantizarse la neutralidad en la respuesta penal, debe desprenderse y ubicarse claramente en el tiempo la norma previa, lo cual no acontece en el derecho internacional al flexibilizarse la exigencia de reserva de ley, por lo que el principio de irretroactividad se ve seriamente afectado.

36. A partir del fundamento propuesto para la irretroactividad no se puede ofrecer una respuesta satisfactoria para la admisión de la exigencia de *lex praevia* de los cambios jurisprudenciales. La exigencia de neutralidad y objetividad como límite al *ius puniendi*, difícilmente puede alcanzar al juzgador, pues a diferencia del legislador, éste siempre interviene después de la comisión del delito, con lo cual, en estricto, su intervención nunca podrá ser objetivamente neutral desde que actúa y ejerce su labor en función al previo conocimiento real o potencial del autor del hecho. Además,

como se ha constatado, son insalvables las dificultades prácticas de implementar la irretroactividad de la jurisprudencia desfavorable.

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en el derecho penal peruano*. En: El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo. Palestra del Tribunal Constitucional, Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N° 8. Lima: Palestra Editores, 2010.

AGUIRRE, Javier. *Libertad, retroactividad y ultractividad benigna. A propósito de la declaratoria de inconstitucionalidad de la “Ley Wolfenson”*. En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 85. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*. 1era ed. Lima: Grijley, 2004.

ALONSO FURELOS, Juan Manuel. *La doctrina «parot» de nuestro Tribunal Supremo, retroactividad e irretroactividad de las normas y la condena al Estado español por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 12-7-12*. En: Revista de Derecho UNED, num 13: 2013.

ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Sobre el principio de legalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Granada: Comares, 2001.

AMBOS, Kai. *El nuevo derecho penal internacional*. 1era. ed. Lima: ARA Editores, 2004.

APONTE, Alejandro *¿Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano?* En: Monografías Jurídicas. Bogotá: Temis, 2005.

ARANA SMALL, Germán. *Los beneficios penitenciarios en el Perú*. Lima: Ediciones BLG, 2001.

ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante y ROBLES BRICEÑO, Mery. *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*. 1era ed. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoría de la seguridad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA y TAMARIT SUMALLA, Josep (Coord.). *Manual de victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

BACIGALUPO, Enrique. *Hacia el nuevo derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte general*. 5ta ed. Madrid: Akal Ediciones, 1997.

BACIGALUPO, Enrique y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Contestaciones al programa de derecho penal. Parte general para acceso a las carreras judicial y fiscal*. 3era ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

BALCARCE, Fabián Ignacio. *Dogmática penal y principios constitucionales*. Buenos Aires: BdeF, 2014.

BARBER BURUSCO, Soledad. *Alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito de cumplimiento de la pena de prisión*. Madrid: Dykinson, 2014.

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. 3era ed. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. 1era ed. Madrid: Iustel, 2012.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal*. Madrid: Iustel, 2012.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Barcelona: Praxis, 1996.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Curso de derecho penal. Parte general*. 1era ed. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves (Coord.) *Derecho penal de la democracia vs. Seguridad pública*. 1era ed. Granada: Comares, 2005.

BERISTAIN, Antonio. *Transformación del derecho penal y la criminología hacia la victimología*. 1era ed. Lima: ARA Editores, 2008.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. 5ta ed. Lima: RAO, 1999.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *La jurisdicción universal en España: un paso atrás en la lucha contra la impunidad*. En: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

BLANCO LOZANO, Carlos. *Tratado de derecho penal español. Tomo I. El sistema de la parte general*. 1era ed. Barcelona: Bosch, 2004.

BLOSSIERS MAZZINI, Juan José y CALDERÓN GARCÍA, Silvia. *Los delitos informáticos en la banca*. 1era ed. Lima: Rao, 2000.

BORJA MAPELLI, Caffarena. *Tendencias modernas en la legislación penitenciaria*. En: Estudios penales. Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias. Lima: San Marcos, 2003.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Aplicación de la ley penal vigente-retroactividad de la ley penal*. En: CASTILLO ALVA, José Luis (Coord.). Código penal comentado. Tomo I. 1era ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Lecciones de la parte general y el código penal*. 2da ed. Lima: San Marcos, 1998.

BUENO ARÚS, Francisco (Coord.). *Ley general penitenciaria*. 1era ed. Madrid: Colex, 2005.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras completas. Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Lima: ARA Editores, 2004.

CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Manual de derecho penal. Tomo I. Parte general*. 1era ed. Madrid: Deusto, 2005.

CAMPOS SÁNCHEZ, Manuel. *La determinación de la pena en el código penal*. 1era ed. Murcia: DM, 2005.

CAMPO MORENO, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Internacionalización del derecho penal y de la política criminal: Algunas reflexiones sobre la lucha jurídico-penal contra el terrorismo*. En: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Derecho penal y modernidad*. Lima: Ara Editores, 2010.

CARDENAS RIOSECO, Raúl. *El principio de legalidad penal*. México: Editorial Porrúa, 2009.

CARUSO FONTÁN, María y PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix. *Principios y garantías del derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: BdeF, 2014.

CARO CORIA, Dino Carlos. *Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado*. En: Actualidad Jurídica. Tomo 123. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

CARO CORIA, Dino Carlos. Código Penal. *Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal*. 1era ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2002.

CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de derecho penal. Parte general*. 1era reimpresión. Lima: Gaceta Jurídica, 2004a.

CASTILLO ALVA, José Luis. *La aplicación favorable de la ley en materia penal. El problema de la Ley N° 27770*. En: Actualidad Jurídica. Tomo 123. Lima: Gaceta Jurídica, 2004b.

CATACORA GONZALES, Manuel. *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Rodhas, 1996.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español. Parte general*. Teoría jurídica del delito. Tomo II. Reimpresión de la 6ta ed. Madrid: Tecnos, 1999.

CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En: CARBONELL, Miguel y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo. Lima: Palestra Editores, 2010.

COBO DEL ROSAL, Manuel. *Justicia penal democrática y justicia justa*. Madrid: Dykinson, 2011.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal. Parte general*. 5ta ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

COLÁS TURÉGANO, Asunción. *Derecho penal de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván. *Sobre la legitimación del derecho penal del riesgo*. Barcelona: Bosch Editor, 2014.

COLLANTES GONZÁLES, Jorge Luis (Coord.). *Tratado de derecho penal. Desafíos del derecho penal contemporáneo*. Lima: Normas Legales, 2004.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. *Contestaciones de derecho penal. Parte general*. 3era ed. Madrid: Colex, 2004.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otros (Coord.). *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. 1era ed. Lima: Palestra, 2005.

CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte general*. 5ta ed. Buenos Aires: Astrea, 2011.

CRUZ BLANCA, María. *Sobre las medidas tras la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre*. En: CRUZ BLANCA, María José y BENITEZ ORTUZAR, Ignacio. *El derecho penal de menores a debate. I Congreso nacional sobre justicia penal juvenil*. Madrid: Dykinson, 2010.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín y MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Curso de derecho penal. Parte general*. Madrid: Editorial Tecnos, 2011.

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. *Seguridad, derechos humanos y garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas?* En: BERDUGO

DE CASTRO ANTONIO, José Luis (Dir.). *Derecho penitenciario II*. En: Cuadernos de derecho judicial. XVII-2003. Madrid: CGPJ, 2004.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Sociedad del riesgo y derecho penal*. En: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*. Lima: Ara Editores, 2005.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho procesal penal*. 7ma ed. Madrid: Ramón Araces, 2004.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho procesal penal*. 4ta ed. Madrid: Ramón Araces, 1999.

DELGADO, Julio. *La reparación como tercera vía en el derecho penal*. En: Estudios penales. Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias. Lima: San Marcos, 2003.

DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, Emilio. *La responsabilidad civil y el proceso penal: los contenidos posibles de la acción de responsabilidad civil "ex delicto"*. En: MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, Julio (Dir.). *Responsabilidad civil "ex delicto"*. En: *Cuadernos de derecho judicial*. XVI-2004. Madrid: CGPJ, 2005.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *El principio de legalidad penal*. 1era ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

DÍAZ AZNARTE, María Teresa. *Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

DÍAZ REVORIO, Javier. *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. 1era ed. Lima: Palestra, 2003.

DÍEZ-PICAZO, Luis María y NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*. 1era ed. Navarra: Civitas, 2010.

DIRK DÜBBER, Markus. *La víctima en el Derecho penal estadounidense: Una sinopsis introductoria*. En: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la víctima en el derecho penal*. Lima: Ara Editores, 2003.

DONDÉ MATUTE, Javier. *Principio de legalidad penal. Perspectivas del derecho nacional e internacional*. México: Editorial Porrúa, 2010.

DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Lima: ARA Editores, 2010.

DUANIS RODRÍGUEZ, Alberto. En: BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves (Coord.) *Derecho penal de la democracia vs. Seguridad pública*. 1era ed. Granada: Comares, 2005

FALCÓN y TELLA, María José y FALCÓN y TELLA, Fernando. *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?* 1era ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FEIJOO SÁNCHEZ, José Bernardo. *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*. Buenos Aires: BdeF, 2014.

FEIJOO SÁNCHEZ, José Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. 1era ed. Madrid: Reus, 2007.

FEIJOO SÁNCHEZ, José Bernardo. *La normativización del derecho penal. ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?* Lima: ARA Editores, 2007.

FEIJOO SÁNCHEZ, José Bernardo. *Imputación objetiva en derecho penal*. En: Monografías penales N° 2. Lima: Grijley, 2000.

FELLINI, Zulita. *La tercera vía como resolución alternativa de conflictos*. En: JAEN VALLEJO, Manuel (Dir.) y REYNA ALFARO, Luis (Coords.). *Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro homenaje al profesor Dr. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*. Lima: ARA Editores, 2003.

FERNÁNDEZ, Gonzalo. *El derecho penal intertemporal. Sobre la eficacia temporal de la ley penal*. Buenos Aires: BdeF, 2015.

FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. *Derecho penal. Parte general*. Bogotá: Temis, 2006.

FLAVIO GÓMES, Luis. *El principio de legalidad y sus garantías mínimas: una contribución al estudio de la garantía de la "lex populi"*. Salamanca: Universidad de Castilla –La Mancha, Ediciones Universidad/www.cienciaspenales.net, 2001.

FERRER VANRELL, María Pilar (Coord.). *Parte general. Cuaderno III. La vigencia, la eficacia y la aplicación de las normas*. En: Cuadernos Prácticos Bolonia. Madrid: Dykinson, 2009.

FERRERO, Raúl. *Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. 9na ed. Lima: Grijley, 2003.

FIERRO, Guillermo. *Legalidad y retroactividad de las normas penales*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

IORE, Pascuale. *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*. Madrid: Reus, 2009.

FRÍGOLS I BRINES, Eliseu. *Fundamentos de la sucesión de leyes en el derecho penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*. Barcelona: Bosch, 2004.

GÁLVEZ BRAVO, Rafael. *Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales*. Barcelona: Bosch, 2014.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *La reparación civil en el proceso penal*. Lima: Ideosa, 1999.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el principio de legalidad penal y su alcance. De la previsibilidad como componentede la legalidad. En: PÉREZ MANZANO, Mercedes y LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Constitución y derecho penal, veinte años después*. Salamanca: Universidad de Castilla –La Mancha, Ediciones Universidad/www.cienciaspenales.net, 2001.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el CP de 1995*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Lima: Palestra, 2014.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*. 3ra ed. Lima: Jurista Editores, 2014.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*. Lima: ARA Editores, 2003.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio García. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Araces, 2009.

GARGARELLA, Roberto. *Castigar al prójimo –por una refundación democrática del derecho penal-*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.

GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio*. 3era ed. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2011.

GIMENO BEVIÁ, Jordi. *El proceso penal de las personas jurídicas*. 1era ed. Navarra: Arazandi, 2014.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 1era ed. Lima: ARA Editores, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Estados Unidos de América*. Lima: ARA Editores, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*. 1era ed. Lima: ARA Editores, 2010.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Derecho penal en la Edad Media*. 2da ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Principio de precaución y derecho punitivo del Estado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves (Coords.). *Derecho penal de la democracia vs Seguridad pública*. Granada: Comares, 2005.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. En: CAMPO MORENO, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007.

GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolás y DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.). *Legalidad y defensa. Garantías constitucionales del*

derecho y justicia penal. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2015.

GONZÁLES TAPIA, María Isabel. *Determinación del tiempo de comisión del delito*. 1era ed. Granada: Comares, 2002.

GRACIA MARTÍN, Luis. *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*. 1era ed. México D.F.: Editorial Ubijus, 2011.

GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. 3era ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

GRANDI, Ciro. «*Nullum crimen sine lege*» parlamentaria y derecho penal europeo. En: DÍEZ-PICAZO, Luis María y NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*. 1era ed. Navarra: Civitas, 2010.

GUTIERREZ, Walter (Dir.). *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I y II. 1era ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

HEFENDEL, Roland; von HIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang (eds.) *¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016.

HEINE, Gunter y otros. *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas*. 1era ed. Lima: ARA Editores, 2012.

HERÁNDEZ, Héctor. *El garantismo abolicionista*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

HERRERO HERRERO, César. *Hacia un derecho penal equilibrado. Plataforma razonable de política criminal*. Madrid: Dykinson, 2015.

HERRERA MORENO, Myriam. *Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuizadoras en la post-modernidad penal*. Lima: Grijley, 2002.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal*. En: REBOLLO VARGAS, Rafael y TENORIO TAGLE, Fernando (Dir.). *Derecho penal, Constitución y Derechos*. Barcelona: Bosch Editor, 2013.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal*. En: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

HÖRNLE, Tatjana. *Distribución de pena: el papel de una perspectiva de la víctima*. En: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la víctima en el derecho penal*. Lima: Ara Editores, 2003.

HRUSCHKA, Joachim. *Kant, Feurbach y los fundamentos del derecho penal*. En: MONTIEL, Juan Pablo (ed.). *La crisis del principio de legalidad*

en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución? Madrid: Marcial Pons, 2012.

HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal. Parte general I*. 3era ed. Lima: Grijley, 2005.

HURTADO POZO, José. *Aspectos fundamentales de la parte general del código penal peruano*. En: Anuario de derecho penal. Lima: PUCP, 2003.

HURTADO POZO, José. *A propósito de la interpretación de la ley penal*. En: Derecho N° 46. Lima: PUCP, 1992.

HUSTER, Stefan; GARZÓN VALDÉS, Ernesto y MOLINA, Fernando. *Terrorismo y derechos fundamentales*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

JAEN VALLEJO, Manuel. *Principios constitucionales y derecho penal moderno*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

JAEN VALLEJO, Manuel (Dir.) y REYNA ALFARO, Luis (Coord.). *Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro homenaje al profesor Dr. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*. Lima: ARA Editores, 2003.

JAHN, Matthias. Los fundamentos teórico-jurídicos del principio de reserva de ley en el derecho procesal penal. En: MONTIEL, Juan Pablo (ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons, 2012.

JAKOBS, Günther. *La administración desleal de los órganos societarios*. 1era ed. Lima: ARA Editores, 2010.

JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004.

JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. 1ª reimpresión. En: Biblioteca de autores extranjeros N° 1. Lima: Grijley, 2003.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2da ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. 5ta ed. Buenos Aires: Losada, 1992.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. 4ta ed. Buenos Aires: Losada, 1964.

KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo y ORTIZ de URBINA GIMENO, Iñigo (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 6ta ed. Madrid: Tecnos, 2005.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Sobre la retroactividad penal favorable*. 1era ed. Madrid: Civitas, 2000.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho penal. Parte general*. Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

LÓPEZ MENUDO, Francisco. El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas. En: tesis doctorales digitales, Universidad de Sevilla: 1981.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal*. En: MIR PUIG, Santiago y QUERALT JIMÉNEZ, Joan (Dir). *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de derecho penal. Parte general. Adaptado al programa de la oposición a ingreso en las carreras judicial y fiscal*. 16va ed. Madrid: Dykinson, 2005.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal. Parte general*. 3ra ed. Buenos Aires: BdeF, 2015.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

LLORCA ORTEGA, José. *Manual de determinación de la pena*. 6ta ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Beccaria y el nacimiento constitucional en el derecho penal y procesal. En: GONZÁLES-CUELLAR SERRANO,

Nicolás y DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.). *Legalidad y defensa. Garantías constitucionales del derecho y justicia penal*. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2015.

MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. 2da ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996.

MAGARIÑOS, Mario. *Dilemas actuales de derecho penal*. 1ra ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.

MANTOVANI, Fernando. *Los principios del derecho penal*. 1era ed. Lima: Legales Ediciones, 2015.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Tendencias modernas en la legislación penitenciaria*. En: Estudios penales Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias. Lima: San Marcos, 2003.

MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ra ed. Madrid: Civitas, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*. Lima: Communitas, 2008.

MARTÍN RÍOS, María del Pilar. *Víctima y justicia penal*. Barcelona: Atelier, 2012.

MARTÍNEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. 3ra ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

MARTÍNEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. *Nuevas tendencias políticocriminales en la función de las medidas de seguridad*. En: Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”. 1era ed. Madrid: Dykinson, 2004.

MARTÍNEZ FUENTES, Francisco. *Análisis reflexivo y crítico sobre la justicia de menores: las nuevas tendencias surgidas sobre la justicia penal juvenil española tras las continuas reformas de la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. En: CRUZ BLANCA, María José y BENITEZ ORTUZAR, Ignacio. *El derecho penal de menores a debate. I Congreso nacional sobre justicia penal juvenil*. Madrid, Dykinson, 2010.

MAURACH, Reinhart. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. 7ma ed. Buenos Aires: Astrea, 1998.

MEINI MÉNDEZ, Iván. *Aplicación temporal de la ley penal y beneficios penitenciarios*. En: Actualidad Jurídica. Tomo 123. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Delitos objeto del principio de justicia universal: naturaleza y límites*. En: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. 1era ed. Madrid: Iustel, 2007.

MÍNGUEZ ROSIQUE, Marina. *El principio de legalidad penal en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. En: PÉREZ MANZANO, Mercedes y LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

MIR PUIG, Carlos. *Derecho penal. Parte general*. 9na ed. Buenos Aires: BdeF, 2013.

MIR PUIG, Carlos. *Bases constitucionales del derecho penal*. 1era ed. Madrid: Iustel, 2011.

MIR PUIG, Carlos. *Derecho penal. Parte general*. 5ta ed. Barcelona, 1998.

MIR PUIG, Carlos. *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*. Barcelona: Bosch, 1986.

MIR PUIG, Santiago y QUERALT JIMÉNEZ, Joan (Dir.). *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Dir.). *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Buenos Aires: BdeF, 2014.

MOLINA BLÁZQUEZ, María (Coord.). *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*. 1era ed. Barcelona: Bosch, 2005.

MONTES FLORES, Efraín, PEÑA CABRERA, Alonso y SÁNCHEZ MERCADO, Miguel (Coords.). *El derecho penal contemporáneo. Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Lima: Ara Editores, 2006.

MONTIEL, Juan Pablo. *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2011.

MONTIEL, Juan Pablo (ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons, 2012.

MONTOYA, Yvan (Coord.). *Críticas al funcionalismo normativista y otros temas actuales del derecho penal. Jornadas internacionales de derecho penal*. Lima: Palestra, 2011.

MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. 7ma ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. 2da ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *La política criminal de menores como expresión de una continuada contradicción*. En: CRUZ BLANCA, María José y BENITEZ ORTUZAR, Ignacio. *El derecho penal de menores a debate. I Congreso nacional sobre justicia penal juvenil*. Madrid: Dykinson, 2010.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo; PATRÓ HERNÁNDEZ, Rosa María y AGUILAR CÁRCELES, Marta María. *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Madrid: Dykinson, 2011.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal*. 1era ed. Madrid: Dykinson, 2004.

MUÑOZ CLARES, José. *Determinaciones preliminares del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco y MERCEDES GARCÍA, Arán. *Derecho penal. Parte general*. 9na ed. Valencia: Tirante lo Blanch, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco y MERCEDES GARCÍA, Arán. *Derecho penal. Parte general*. 6ta ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco y MERCEDES GARCÍA, Arán. *Derecho penal. Parte general*. 3era ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. En: CAMPO MORENO, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *La generalización del derecho*

penal de excepción: tendencias legislativas. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007.

MURO ROJO, Manuel. *Aplicación de la ley en el tiempo*. En: GUTIERREZ, Walter. *La Constitución comentada*. Tomo II. 1era ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. *Problemas en la determinación de la ley aplicable para la concesión de la semilibertad*. En: Actualidad Jurídica. Tomo 123. Lima: Gaceta Jurídica, 2004a.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. *Medidas para la recuperación de la libertad del procesado detenido*. En: *Revista Biblioteca del Colegio de Abogados de Lima*. Edición Bicentenario 1804-2004, Año 1. N° 7. Lima, 2004b.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del compliance y el derecho penal. En: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo y ORTIZ de URBINA GIMENO, Iñigo (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

NOVAK, Fabián y SALMÓN, Elizabeth. *Las obligaciones internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos*. 2da ed. Lima: PUCP, 2002.

OLLERO TASSARA, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

PANTOJA GARCÍA, Félix. *Unas notas sobre la imputabilidad de los menores y su tratamiento en la ley de responsabilidad penal de los menores*. En: CRUZ BLANCA, María José y BENITEZ ORTUZAR, Ignacio. *El derecho penal de menores a debate. I Congreso nacional sobre justicia penal juvenil*. Madrid: Dykinson, 2010.

PASTOR, Daniel. *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

PEDRAZA SIERRA, Wilfredo y Rosa MAVILA LEÓN. *Situación actual de la ejecución penal en el Perú*. Lima: Consejo de Coordinación Judicial, 1998.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho penal económico*. Lima: Jurista Editores, 2009.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*. 1era ed. Lima: Grijley, 1998.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. 1era ed. Madrid: Iustel, 2007.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. En: Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Laura Zúñiga Rodríguez (Coords). *Manual de Derecho penitenciario*. Madrid: Universidad de Salamanca-Colex, 2001.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*. Lima: Grijley, 2005.

PÉREZ MANZANO, Mercedes y LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

PIETRO SANCHÍS, Luis. *Garantismo y derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación a la función del derecho penal*. Lima: ARA Editores, 2008.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Tomo I. 2da ed. Madrid: Tecnos, 2015a.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Parte general*. 1era ed. Lima: ARA Editores, 2015b.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 2008.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*. Lima: Grijley, 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. Sobre los límites temporales de vigencia de los decretos-leyes antiterrorismo (del 26 agosto de 1975 y 18 febrero 1976). En: NÚÑEZ, Ricardo (Dir.). *Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales*. Año 5. Nros 9 a 12. Buenos Aires: Ediciones Depalma: 1976.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Delitos obstáculo. Un estudio sobre los límites de legitimidad de la anticipación punitiva*. En: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Derecho penal y modernidad*. Lima: Ara Editores, 2010.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*. Barcelona: Bosch, 2009a.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Lo verdadero y falso en el derecho penal económico*. Lima: Grijley, 2009b.

POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. 1era ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La realidad del principio de proporcionalidad en el derecho penal español*. En: GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolás y DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.). *Legalidad y defensa. Garantías constitucionales del derecho y justicia penal*. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2015.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea*. En: MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, Julio (Dir.). Responsabilidad civil “ex delicto”. En: Cuadernos de derecho judicial. XVI-2004. Madrid: CGPJ, 2005.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Adonde va el derecho penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*. Navarra: Arazandi, 2004.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermin. *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Arazandi, 2001.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *La prescripción penal: fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal*. Colección: Justicia Penal. Barcelona: Atelier, 2004.

RAMÓN RIBAS, Eduardo. *La responsabilidad civil derivada del delito ¿Una herramienta de política criminal o invasión del derecho civil?* En: COLLANTES GONZALES, Jorge Luis. Tratado de derecho penal. Desafíos del derecho penal contemporáneo. Lima: Normas Legales, 2004.

RAÚL ZAFFARONI, Eugenio. *El enemigo en el derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2006.

RAÚL ZAFFARONI, Eugenio. *Manual de derecho penal. Parte general*. Tomo I. Lima: Ediciones Jurídicas, 1997.

REBOLLO VARGAS, Rafael y TENORIO TAGLE, Fernando (Dir.). *Derecho penal, Constitución y Derechos*. Barcelona: Bosch Editor, 2013.

REVILLA LLAZA, Percy Enrique. *Momento de comisión del delito*. En: CASTILLO ALVA, José Luis (Coord.). *Código penal comentado*. 1era ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Derecho penal y modernidad*. Lima: Ara Editores, 2010.

REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*. Lima: Ara Editores, 2005.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Los delitos informáticos: aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal*. 1era ed. Lima: Jurista Editores, 2002.

RIGGI, Eduardo Javier. *Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*. Barcelona: Atelier, 2010.

ROBINSON, Paul. *Principios distributivos del derecho penal. A quién debe sancionar y en qué medida*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática-penal. Fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*. Buenos Aires: BdeF, 2015.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012.

RODRÍGUEZ ALONSO, Antonio. *Lecciones de derecho penitenciario (adaptadas a la normativa legal vigente)*. 3era ed. Granada: Comares, 2003.

RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. *La reparación como tercera vía en el derecho penal*. En: Estudios penales. Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias. Lima: San Marcos, 2003.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho penal español. Parte general*. 17va ed. Madrid: Dykinson, 1994.

RODRÍGUEZ MORENO, Felipe. *La bipolaridad del derecho penal*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2014.

RODRÍGUEZ MORENO, Felipe. *La expansión del derecho penal simbólico*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2013.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Estudios de derecho penal*. 1era ed. Lima: Jurista Editores, 2003.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal*. Tomo I. Lima, 1998.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*. Lima: Grijley, 1997.

ROJJASI PELLA, Carmen. *Ejecutorias supremas penales 1993-1996*. Lima, 1997.

ROXIN, Claus. *El injusto penal en el campo de tensión entre producción de bienes jurídicos y libertad individual*. En: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Derecho penal y modernidad*. Lima: Ara Editores, 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. 2da ed. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito*. 2da ed. Barcelona: PPU, 1992.

ROXIN, Claus. *Derecho penal y modernidad*. Lima: ARA Editores, 2010.

RUBIO CORREA, Marcial. *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. 2da ed. Lima: PUCP, 2013.

RUBIO CORREA, Marcial. *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Lima: PUCP, 2011.

RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. 1era ed. Lima: PUCP, 2005.

RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. 8va ed. Lima: PUCP, 2001.

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia. Ponencia presentada en las Primeras Jornadas de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Libertades Pública: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/819650.pdf>: 1989.

RUIZ ROBLEDO, Agustín. *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*. 1era ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

SÁNCHEZ, Ricardo Juan. *La responsabilidad civil en el proceso penal (actualizado a la ley de juicios rápidos)*. 1era ed. Madrid: La Ley, 2004.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga. *Los principios en el derecho y la dogmática penal*. 1era ed. En: Cuadernos “Bartolomé de las Casas”. Madrid: Dykinson, 2004.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penales. Lecciones*. Lima: INPECCP y CENALES, 2015.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*. Tomo I. 2da ed. Lima: Grijley, 2003.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*. Tomo I. 1era ed. Lima: Grijley, 2000.

SANZ MULAS, Nieves. *Justicia y medios de comunicación: un conflicto permanente*. En: BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves (Coord.). *Derecho penal de la democracia vs. Seguridad pública*. 1era ed. Granada: Comares, 2005.

SCOLETTA, Marco. El principio de legalidad penal europeo. En: DÍEZ-PICAZO, Luis María y NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*. 1era ed. Navarra: Civitas, 2010.

SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Granada: Comares, 2006.

SCHMITT, Carl. *El crimen de guerra de agresión en el derecho internacional y el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege"*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

SPROVIERO, Juan. *La víctima del delito y sus derechos*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis y MERINO JARA, Isaac. *El delito fiscal*. En: Cuadernos fiscales. Madrid: Edersa, 2004.

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*. Lima: Grafica Horizonte, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. 2da ed. Buenos Aires: BdeF, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *En busca del derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*. Buenos Aires: BdeF, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Tiempos de derecho penal*. Montevideo: BdeF, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las «leyes en blanco»*. En: TIEDEMANN, Klaus. *Hacia un derecho penal económico europeo*. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tideman. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

SOSA SACIO, Juan Manuel. *Efectos y alcances (¿normativos?) de las sentencias del Tribunal Constitucional*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 84. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

SOTO, Chirinos. *Constitución de 1993: Lectura y Comentario*. 4ta ed. Lima: Edit. Antonella Chirinos Montalbetti, 1997.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. 1era ed. Traducción: Cancio Meliá, Manuel y Sancinetti, Marcelo. Navarra: Civitas, 2005.

SUÁREZ COLLÍA, José María. *La retroactividad. Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*. Madrid: Editorial universitaria Ramón Araces, 2005.

SUÁREZ COLLÍA, José María. *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*. 2da ed. Madrid: Actas, 1994.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.). *Manual de derecho penal. Tomo I. Parte general*. 3era ed. Navarra: Civitas, 2005.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. *El principio de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*. Granada: Comares, 2006.

SUEIRO, Carlos Christian. *La naturaleza jurídica de la reparación del daño desde una perspectiva penológica, criminológica, dogmática, procesalista y político criminal*. Buenos Aires: Fabián Di Plácido Editor, 2006.

TAMARIT SUMALLA, Josep-María. *Curso de derecho penitenciario*. 2da ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

TAMARIT SUMALLA, Josep-María. *Curso de Derecho penitenciario*. Barcelona: Cedecs, 1996.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *La Constitución penal. Los derechos de la libertad*. En: www.cienciaspenales.net, 2003.

URQUIZO OLAECHEA, José. *Seguridad jurídica y derecho penal*. En: MONTES FLORES, Efraín, PEÑA CABRERA, Alonso y SÁNCHEZ MERCADO, Miguel (Coords.). *El derecho penal contemporáneo. Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I*. Lima: Ara Editores, 2006.

URQUIZO OLAECHEA, José. *Momento de comisión del delito*. En: CASTILLO ALVA, José Luis (Coord.). *Código penal comentado. Tomo I*. 1era ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

VALERO FERNÁNDEZ, Carmen Yolanda. *El problema de la retroactividad de las leyes penales*. Tesis. Universidad Complutense de Madrid. Madrid; 2017.

VALLE-RIESTA, Javier. *Irretroactividad nociva de normas procesales, penales y penitenciarias y la claudicación del Tribunal Constitucional*. En: *Actualidad Jurídica. Tomo 123*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos. *La eficacia territorial y temporal de las normas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

VERVAELE, Jhon. *La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica*. En: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*. Lima: Ara Editores, 2005.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho penal. Parte general*. Bogotá: Themis, 2002.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. *La irretroactividad: Problemática general*. Madrid: Dykinson, 2006.

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*. 1era ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

VILAJOASANA, Josep. *Las razones de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal. Parte general*. Lima: ARA Editores, 2014.

VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal. Parte general*. 2da ed. Lima: San Marcos, 2001.

VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*. 1era ed. Navarra: Arazandi, 2016.

WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2007.

WELZEL, Hans. *Estudios de filosofía y derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2006.

WOLTER, Jürgen y FREUND, Georg. *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. 1era ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: BdeF, 2014.

YON RUESTA, Roger. *Principio de favorabilidad*. En: GUTIERREZ, Walter. *La Constitución comentada*. Tomo II. 1era ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

ZAFFARONI, Raúl. *Manual de derecho penal. Parte general*. Tomo I. 5ta ed. Lima: Ediciones Jurídicas, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZIFFER, Patricia. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

ZUGALDÍA ESPINAR, José (Dir.). *Derecho penal. Parte general*. 2da ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

ZUGALDÍA ESPINAR, José y MARÍN DE ESPINOZA CEBALLOS, Elena (Dir.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*. 1era ed. Navara: Arazandi, 2015.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Viejas y nuevas tendencias políticocriminales en las legislaciones penales*. En: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves (coord.). *Derecho penal de la democracia vs Seguridad pública*. Granada: Comares, 2005.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. En: BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves (Coord.) *Derecho penal de la democracia vs. Seguridad pública*. 1era ed. Granada: Comares, 2005.