

Christian Bello Gordillo

LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

FUNDAMENTOS, ALCANCES Y LÍMITES

PRÓLOGO DE
Miguel Polaino Navarrete



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

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

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

CHRISTIAN BELLO GORDILLO

LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

Fundamentos, alcances y límites

PRÓLOGO DE
Miguel Polaino Navarrete

Barcelona
2020

JIB
BOSCH EDITOR

© OCTUBRE 2020 CHRISTIAN BELLO GORDILLO

© OCTUBRE 2020



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

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

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

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

D.L.: B 19520-2020

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

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

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

SECCIÓN PRIMERA

Cronología histórica y estado actual

CAPÍTULO I

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

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

CAPÍTULO II

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

SECCIÓN SEGUNDA

Dinámica

CAPÍTULO III

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

SECCIÓN TERCERA Fundamentos

CAPÍTULO IV

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

CAPÍTULO V

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

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

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

CAPÍTULO VII

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

Prólogo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

Colección Penal J.M. Bosch Editor

PRESIDENTE

Miguel Polaino Navarrete (Catedrático Emérito de la Universidad de Sevilla)

VOCALES

Carlos García Valdés (Catedrático de la Universidad de Alcalá)

Ángel Sanz Morán (Catedrático de la Universidad de Valladolid)

Manuel Cancio Meliá (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid)

Carmen Gómez Rivero (Catedrática de la Universidad de Sevilla)

Carlos Pérez del Valle (Catedrático de la Universidad San Pablo CEU de Madrid)

Miguel Olmedo Cardenete (Catedrático de la Universidad de Granada)

Esteban Mestre Delgado (Catedrático de la Universidad de Alcalá)

Fernando Miró Llinares (Catedrático de la Universidad Miguel Hernández de Elche)

Myriam Herrera Moreno (Profesora Titular de la Universidad de Sevilla)

Carlos Aránguez Sánchez (Profesor Titular de la Universidad de Granada)

SECRETARIO

Miguel Polaino-Orts (Profesor Titular de la Universidad de Sevilla)

SECRETARIA ADJUNTA

Lorena Varela (Investigadora del Instituto en Derecho penal económico de la Universität des Saarlandes, Alemania. Profesora de Derecho penal de la Universidad Internacional de La Rioja, España)

1. **El delito de fraude del funcionario público.**
Andrés Benavides Schiller, 2016
2. **En los límites de la exclusión de la responsabilidad penal.**
El caso «Jakob von Metzler» y el empleo de la tortura en el Estado de Derecho.
Miguel Ángel Cano Paños, 2017
3. **Dopaje deportivo. Análisis jurídico-penal y estrategias de prevención.**
Silvia Irene Verdugo Guzmán, 2017



4. **El delito de asesinato. Análisis de la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal.**
Juan Antonio Martos Núñez, 2017
5. **Estudio jurisprudencial de los trastornos neuróticos y del control de los impulsos.**
Salud de Aguilar Gualda, 2017
6. **Individualización de la responsabilidad penal por la actividad empresarial en EE.UU. ¿Un modelo para el Derecho penal español?.**
Elena B. Fernández Castejón, 2017
7. **Las sectas en Derecho penal. Estudio dogmático de los delitos sectarios.**
Carlos Bardavío Antón, 2018
8. **Los delitos de pornografía infantil (Análisis del art. 189 CP).**
Felipe Bauer Bronstrup, 2018
9. **El delito de defraudación tributaria. Análisis dogmático de los artículos 305 y 305 bis del Código Penal español.**
María Belen Linares, 2020
10. **La protección de datos de carácter personal en la justicia penal.**
Miguel Marcos Ayjón, 2020
11. **Los delitos de organización y grupo criminal. Cuestiones dogmáticas y de política criminal.**
Jara Bocanegra Márquez, 2020
12. **El delito de organización criminal: fundamentos y contenido de injusto.**
Alri Zurita Gutiérrez, 2020
13. **La ley penal en el tiempo. Fundamentos, alcances y límites.**
Christian Bello Gordillo, 2020