

MERCEDES PÉREZ MANZANO  
JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ  
(Dirs.)

# LA TUTELA MULTINIVEL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

Marina Mínguez Rosique  
(coord.)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2016

# ÍNDICE

	Pág.
<b>ABREVIATURAS</b> .....	19
<b>PRÓLOGO</b> .....	21

## PRIMERA PARTE

### **SOBRE LA TUTELA MULTINIVEL DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

<b>CAPÍTULO I. LÍMITES MATERIALES AL LEGISLADOR PENAL: SU INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIO- NAL Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, <i>por Enric Fossas Espadaler</i>.....</b>	29
1. INTRODUCCIÓN.....	29
2. LA POSICIÓN DEL TC Y DEL TEDH FRENTE AL LEGISLA- DOR PENAL.....	32
2.1. La posición del Tribunal Constitucional frente a la ley penal....	32
2.2. La posición del TEDH frente a la ley penal estatal.....	36
3. LA JURISPRUDENCIA DEL TC Y LA DEL TEDH SOBRE LOS LÍMITES MATERIALES A LA LEY PENAL.....	39
3.1. La jurisprudencia constitucional.....	39
3.1.1. El principio de proporcionalidad como límite de los límites.....	40
3.1.2. Otros límites materiales al legislador penal.....	43
3.2. La jurisprudencia del TEDH.....	45
3.2.1. Interpretación de los límites materiales contenidos en el Convenio.....	46
3.2.2. Límites a las restricciones de derechos convencionales impuestas por leyes penales.....	49
3.2.3. Obligaciones del legislador penal de tutelar los dere- chos convencionales.....	53
4. CONCLUSIONES.....	54

	Pág.
<b>CAPÍTULO II. LA CALLADA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, por Cristina Izquierdo Sans .....</b>	57
1. INTRODUCCIÓN .....	57
2. EL ASUNTO <i>MELLONI</i> .....	62
3. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL .....	65
4. LA SENTENCIA <i>MELLONI</i> , DE 26 DE FEBRERO DE 2013 .....	68
5. COMPLEMENTOS A LA SENTENCIA <i>MELLONI</i> Y VALORACIÓN .....	70
6. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 26/2014, DE 13 DE FEBRERO (ASUNTO <i>MELLONI</i> ) .....	74

SEGUNDA PARTE

**LA TUTELA MULTINIVEL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL**

<b>CAPÍTULO I. PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD. UNA REFLEXIÓN JURISPRUDENCIAL, por Ignacio Villaverde Menéndez .....</b>	81
1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	81
2. EL ART. 25: ¿PRINCIPIO O REGLA? NO, DERECHO FUNDAMENTAL .....	86
3. LA DOCTRINA DEL TEDH SOBRE EL ART. 7 CEDH .....	89
4. LA GARANTÍA FORMAL: LA CALIDAD DE LA NORMA PENAL O SANCIONADORA.....	91
4.1. La reserva absoluta de ley en el caso del art. 25.1 CE.....	91
4.2. La jurisprudencia del TEDH: la calidad de la norma penal o sancionadora en el art. 7 CEDH.....	96
4.3. Dos estándares para una misma garantía. Una propuesta de interpretación para el no debilitamiento de la garantía del art. 25.1 CE.....	101
5. LA GARANTÍA MATERIAL: EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD .....	103
5.1. El estándar del art. 25.1 CE y la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 7 CEDH.....	103
5.2. Dos estándares divergentes en torno al derecho a la legalidad penal y sancionadora .....	113

	Pág.
6. UNA VUELTA DE TUERCA MÁS. LA POSIBLE IRRUPCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA AL AMPARO DEL ART. 49 CEDH.....	116
<b>CAPÍTULO II. LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LA GARANTÍA DE TIPICIDAD PENAL, por Juan Antonio Lascuráin Sánchez .....</b>	<b>119</b>
1. INTRODUCCIÓN: ¿EN QUÉ CONSISTE LA SUJECCIÓN DEL JUEZ A LA LEY PENAL? .....	119
2. EL CANON DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	120
3. CUESTIONES ABIERTAS .....	123
4. ¿QUÉ HAY DE NUEVO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL? .....	129
5. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.	135
6. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS .....	139
7. ¿ALGUNA CONCLUSIÓN? .....	146
<b>CAPÍTULO III. LA PROHIBICIÓN DE INCURRIR EN <i>BIS IN IDEM</i> EN ESPAÑA Y EN EUROPA. EFECTOS INTERNOS DE UNA CONVERGENCIA JURISPRUDENCIAL INVERSA (DE LUXEMBURGO A ESTRASBURGO), por Mercedes Pérez Manzano .....</b>	<b>149</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	149
2. EL ESTÁNDAR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA.....	155
2.1. Rasgos generales .....	155
2.2. El presupuesto de la prohibición: la identidad .....	159
2.2.1. En las dos primeras décadas de jurisprudencia constitucional.....	159
2.2.2. Desde la STC 2/2003, de 16 de enero (Pleno) .....	162
2.3. La reiteración prohibida y el descuento de la sanción.....	167
3. EL ESTÁNDAR DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS .....	168
3.1. Rasgos generales .....	168
3.2. El concepto de identidad .....	170
3.3. El descuento de la sanción .....	175
4. EL ESTÁNDAR DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA .....	176

	Pág.
4.1. Cuestiones generales.....	176
4.2. <i>Ne bis in idem</i> y prácticas restrictivas de la competencia.....	178
4.3. <i>Ne bis in idem</i> y cooperación judicial penal .....	183
4.3.1. Cuestiones generales.....	183
4.3.2. El concepto de identidad de hechos .....	185
4.3.3. El descuento de la sanción .....	190
5. COMPARANDO ESTÁNDARES.....	192
5.1. Un estándar europeo más protector (superior).....	192
5.2. Un estándar europeo menos protector (inferior) .....	199
<b>CAPÍTULO IV. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DE-RECHOS HUMANOS, por Marina Mínguez Rosique.....</b>	<b>201</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	201
2. APROXIMACIÓN GENERAL Y ALCANCE DEL PRINCIPIO...	203
3. LAS CONCRETAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	204
3.1. La cuestión de la retroactividad.....	204
3.1.1. Irretroactividad de normas desfavorables.....	204
3.1.1.1. La irretroactividad y los delitos permanentes.	205
3.1.1.2. La inaplicación (y prohibición de invocación) del principio de irretroactividad.....	213
3.1.2. Retroactividad de normas favorables.....	215
3.1.3. La aplicación retroactiva de la jurisprudencia.....	217
3.1.4. ¿Aplicación de la prohibición de irretroactividad en leyes procesales? .....	218
3.2. Reserva de ley .....	220
3.3. Mandato de determinación .....	223
3.3.1. Leyes penales en blanco .....	225
3.3.2. Relación con el principio de responsabilidad por el hecho.....	225
3.3.3. Especial relevancia de la tipificación de delitos de terrorismo.....	226
3.4. Vinculación del juez a la ley penal .....	227
4. BREVE APROXIMACIÓN A LA PROHIBICIÓN DE INCURRIR EN <i>BIS IN IDEM</i> .....	228
5. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES .....	231

	Pág.
<b>ANEXO - REFERENCIAS</b> .....	234
1. JURISPRUDENCIA .....	234
2. TEXTOS LEGALES .....	237
3. OTROS DOCUMENTOS .....	238

TERCERA PARTE  
**LA DOCTRINA PAROT**

<b>CAPÍTULO I. LAS CICATRICES JURÍDICAS DEL TERRORISMO: LA DOCTRINA PAROT Y OTRAS INTERPRETACIONES IRRAZONABLES DE LA LEY, por Fernando Molina Fernández</b> .....	241
1. LA IRRAZONABLE DOCTRINA PAROT .....	243
1.1. El problema .....	245
1.2. Las razones .....	245
1.3. La ley.....	249
1.4. La interpretación jurisprudencial .....	252
1.4.1. Etapa anterior a la sentencia de 28 de febrero de 2006 (caso <i>Parot</i> ) .....	253
1.4.2. Periodo posterior a la sentencia de 28 de febrero de 2006 (caso <i>Parot</i> ) .....	253
1.4.3. Intervención del TEDH .....	255
1.5. Algunas consideraciones finales.....	256
2. EL NO RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE CONDENAS EN EL EXTRANJERO .....	257
2.1. El problema .....	257
2.2. Las razones .....	258
2.3. La ley.....	258
2.4. La interpretación jurisprudencial .....	261
3. CONCLUSIÓN FINAL.....	263
<b>CAPÍTULO II. LA ANULACIÓN DE LA DOCTRINA PAROT POR STEDH DE 21 DE OCTUBRE DE 2013: MUCHO RUIDO PARA UN FALLO JURÍDICAMENTE CANTADO, por Susana Huerta Tocildo</b> .....	265
1. ORIGEN Y SIGNIFICADO DE LA LLAMADA DOCTRINA PAROT .....	265
2. EL PUNTO DE VISTA DEL TC SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA PAROT .....	268

	Pág.
2.1. Sobre la pretendida vulneración del derecho a la legalidad penal.....	269
2.2. Sobre la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por quiebra del principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.....	273
2.3. Sobre la pretendida vulneración del derecho a la libertad personal.....	275
3. LA VALORACIÓN DE LA DOCTRINA PAROT POR EL TEDH.	278
3.1. Los motivos del recurso presentado ante el TEDH.....	279
3.2. Los elementos del principio de legalidad europeo (art. 7.1 CEDH).....	280
3.3. La aplicación de los anteriores criterios en la STEDH de 21 de octubre de 2013: especial consideración de la distinción entre determinación y ejecución de la pena.....	283
3.4. Sobre la vulneración del derecho a la libertad personal.....	288
4. CONCLUSIONES FINALES.....	289
<b>CAPÍTULO III. ASCENSO Y CAÍDA DE LA DOCTRINA PAROT: TUTELA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS A LA LEGALIDAD Y A LA LIBERTAD, por Teresa Rodríguez Montañés.....</b>	<b>291</b>
1. LA GESTACIÓN Y EL ALCANCE DE LA DOCTRINA PAROT.	291
2. LA EVASIVA RESPUESTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO EJEMPLO DE FALTA DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN JUEGO.....	297
3. ¿ERA CONFORME A LA CONSTITUCIÓN LA DOCTRINA PAROT? LAS POSIBLES APROXIMACIONES DESDE LA PERSPECTIVA CE.....	301
4. LA TUTELA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	305
5. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	311
<b>CAPÍTULO IV. SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y SU ALCANCE. DE LA PREVISIBILIDAD COMO COMPONENTE DE LA LEGALIDAD, por Juan Antonio García Amado.....</b>	<b>313</b>
1. LAS PENAS Y LOS PENALISTAS.....	313
2. SOBRE LA PREVISIBILIDAD DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS: QUÉ PREVISIONES NORMATIVAS SE PROTEGEN Y CUÁLES NO.....	315
2.1. Qué expectativas protege el Derecho penal y cuáles no.....	315
2.2. ¿Expectativas o previsibilidad?.....	321

	Pág.
2.3. ¿Qué normas se toman en consideración para proteger la previsibilidad de sus efectos? .....	323
2.4. Balance provisional.....	326
3. ALGUNAS CONSIDERACIONES ADICIONALES A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL TEDH EN EL CASO <i>DEL RÍO PRADA</i> Y SOBRE LA RELACIÓN ENTRE PREVISIBILIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL .....	327
3.1. Interpretaciones posibles .....	327
3.2. ¿Qué conocimientos (posibles) deben considerarse como conformadores de la previsibilidad protegible? .....	328
3.3. ¿Mantenemos congruentemente y en todo caso la favorabilidad y la protección de las expectativas? .....	333
<b>CAPÍTULO V. LA DOCTRINA PAROT Y LA TEORÍA DEL DERECHO</b> , por <i>Francisco Laporta San Miguel</i> .....	335
1. INTERPRETACIÓN Y NORMA.....	336
2. LOS PELIGROS DE LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS. ....	338
3. EL VALOR NORMATIVO DE LA JURISPRUDENCIA .....	341
4. LA CUESTIÓN DE LA RETROACTIVIDAD .....	345
<b>CAPÍTULO VI. CRÓNICA DE UNA EJECUCIÓN ANUNCIADA: LA EFECTIVIDAD DE LA STEDH <i>DEL RÍO PRADA</i> EN ESPAÑA</b> , por <i>Argelia Queralt Jiménez</i> .....	349
1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA OBLIGATORIEDAD Y LA EFECTIVIDAD DE LAS SSTEDH.....	349
1.1. El carácter obligatorio de las SSTEDH.....	350
1.2. La efectividad de las SSTEDH: efectos directos y efectos indirectos.....	351
1.2.1. La ejecución ( <i>sensu stricto</i> ) de las SSTEDH.....	351
1.2.2. La obligatoriedad de la cosa interpretada y su alcance. ....	354
2. LA EFECTIVIDAD DE LAS SSTEDH EN ESPAÑA .....	359
2.1. Ejecución de las SSTEDH: una historia incompleta.....	359
2.2. Los efectos interpretativos de las SSTEDH en España .....	365
3. LA EJECUCIÓN DE LA STEH <i>DEL RÍO PRADA</i> Y SUS IMPLICACIONES.....	366
3.1. La Audiencia Nacional ante la STEDH <i>Del Río Prada</i> : sus efectos directos e indirectos .....	366
3.2. El Tribunal Supremo ante la STEDH <i>Del Río Prada</i> : la extensión de sus efectos .....	370

	Pág.
3.3. Y también, la subsidiariedad.....	370
4. LA REVISIÓN COMO VÍA DE EJECUCIÓN INTERNA DE LAS SSTEDH .....	372
4.1. Una solución jurisprudencial .....	372
4.2. Finalmente, la solución legislativa.....	374
5. COMENTARIOS FINALES.....	375
<b>CAPÍTULO VII. LA STEDH SOBRE LA DOCTRINA PAROT Y EL PROBLEMA DE LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH, por Carlos Ruiz Miguel.....</b>	<b>377</b>
1. LAS PRETENSIONES DEL FALLO DE LAS SSTEDH DE 10 DE JULIO DE 2012 (SALA) Y DE 21 DE OCTUBRE DE 2013 (GRAN SALA).....	378
2. LA CONVENIENCIA DE HABER INSTADO UN PROCEDIMIENTO O UN RECURSO DE INTERPRETACIÓN ASÍ COMO UN RECURSO DE REVISIÓN DEL FALLO DE LAS SSTEDH DEL CASO <i>DEL RÍO PRADA</i> .....	381
2.1. Recurso de interpretación a instancia del Estado condenado...	382
2.2. Demanda de interpretación a instancia del Comité de Ministros.....	382
2.3. Recurso de revisión a instancia del Estado condenado.....	383
3. LA NO EJECUTIVIDAD DE LAS SSTEDH EN EL DERECHO EUROPEO.....	384
4. LA NO EJECUTIVIDAD DE LAS SSTEDH SEGÚN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL .....	387
4.1. Análisis jurídico-constitucional.....	387
4.2. El problema de la ejecución de las sentencias del TEDH en la jurisprudencia constitucional.....	390
4.2.1. El caso <i>Barberá, Messegué y Jabardo</i> , también conocido como caso <i>Bultó</i> (STC 245/1991) .....	390
4.2.2. El caso <i>Ruiz Mateos</i> (Providencias del TC de 31 de mayo de 1994).....	392
4.2.3. El problema de la ejecución de la Sentencia del TEDH del caso <i>Castillo Algar</i> (Providencia de 11 de marzo de 1999 y ATC 96/2001) .....	392
4.2.4. El caso <i>Riera Blume</i> (STC 240/2005) .....	393
4.2.5. El caso <i>Perote</i> (STC 313/2005) .....	394
4.2.6. El caso <i>Fuentes Bobo</i> (STC 197/2006).....	394
5. LA IRREGULAR EJECUCIÓN (PARCIAL) DE LA STEDH <i>DEL RÍO PRADA</i> .....	395

	Pág.
5.1. Un entendimiento incorrecto de los compromisos internacionales contraídos con la ratificación del CEDH y de la propia STEDH .....	395
5.2. La ejecución en ausencia de traducción oficial .....	396
5.3. La ejecución en ausencia de previsión legal de revisión o anulación de fallos firmes .....	397
5.4. La denegación del pago de la «satisfacción equitativa» concedida por el TEDH .....	397
5.5. La indebida ejecución en España de la STEDH <i>Del Río Prada</i> como si fuera una «sentencia piloto».....	399
6. LAS PROPUESTAS DE REFORMA LEGISLATIVA Y EL INCONSTITUCIONAL ACUERDO DE LA SALA 2. <sup>a</sup> DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE OCTUBRE DE 2014 .....	401
6.1. Propuestas anteriores a la STEDH (Gran Sala) <i>Del Río Prada</i> .....	401
6.1.1. Proposición no de ley de Izquierda Unida de 2002 .....	401
6.1.2. Informe del Consejo de Estado de 2008.....	401
6.1.3. Propuestas del Ministerio de Justicia de febrero de 2013 .....	402
6.1.4. Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 2014.....	403
6.2. La evolución posterior a la STEDH <i>Del Río Prada</i> .....	403
6.2.1. Acuerdo del pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 2014 .....	404
6.2.2. Ley 41/2005, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	405
7. CONCLUSIÓN .....	407
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	409

## PRÓLOGO

1. Los derechos fundamentales se reconocen y protegen a través de una multiplicidad de normas y jurisdicciones, nacionales e internacionales. Esta situación de concurrencia de normas y órganos jurisdiccionales ha generado un modelo de tutela multinivel de los derechos fundamentales que suscita múltiples problemas jurídicos y efectos prácticos que merecen ser objeto de estudio en profundidad debido a su propia complejidad, novedad y trascendencia. En particular, este modelo posibilita la asignación de un dispar contenido y alcance a los derechos fundamentales en los distintos Estados y en las distintas jurisdicciones, lo que en el marco de la Constitución federal o pluralista no parece suscitar especiales reparos, pues constituye una vía de mantenimiento y respeto de las distintas sensibilidades nacionales. Sin embargo, siendo ello cierto, no puede olvidarse el envés de este modelo de tutela multinivel en materia, por esencial, tan peculiar: de un lado, choca con el carácter universal de los propios derechos fundamentales, y de otro, genera inseguridad jurídica y desigualdad en el estatus jurídico-constitucional de los ciudadanos en función del Estado o jurisdicción que los aplique.

Esta situación de concurrencia de normas y jurisdicciones afecta de forma singular a España y es especialmente relevante para el Derecho penal. Afecta singularmente a España, en primer término, por su apertura constitucional al Derecho internacional de los derechos humanos, pues los convenios internacionales para su protección integran el ordenamiento interno y constituyen parámetro de interpretación del contenido mismo de los derechos reconocidos en la Constitución española (art. 10.2 CE); y, en segundo lugar, incide peculiarmente en nuestro ordenamiento por la integración de España en una institución supranacional, como es la Unión Europea. Si bien la Unión carecía originariamente de competencia en materia de derechos fundamentales, los ha ido integrando en su normativa—que tiene primacía sobre la nacional—, primeramente como principios generales y más recientemente al constitucionalizar la Carta de Derechos Fundamentales.

Para el Derecho penal, este modelo de tutela multinivel tiene una especial trascendencia teórica, ya que, de un lado, su función esencial es preci-

samente la protección de los derechos y valores sociales fundamentales; de otro, cumple esta función precisamente mediante la restricción de derechos fundamentales del acusado y del condenado; y, por último, solo puede alcanzar esta misión de forma legítima en el marco del respeto de específicos principios y garantías constitucionales, que protegen al ciudadano frente a los riesgos de un uso excesivo o arbitrario del *ius puniendi* por parte del Estado. Por ello, la determinación del contenido y alcance de cada derecho fundamental, principio o garantía penal es una tarea esencial para la delimitación de la legitimidad del Derecho penal. Pero además, la situación de tutela multinivel de los derechos fundamentales ha adquirido una importante relevancia práctica para la aplicación del Derecho penal, ya que, en un mundo fuertemente globalizado, los delitos y los delincuentes traspasan continuamente las fronteras nacionales, de modo que su persecución y sanción eficaz requiere la cooperación permanente entre órganos jurisdiccionales de distintos Estados, lo que presupone el reconocimiento —no siempre constitucionalmente posible— en España de las resoluciones o actos judiciales de otros Estados con ordenamientos diferentes regidos por estándares de protección de los principios y garantías penales distintos.

No es casualidad que dos de los casos más relevantes y conocidos en los que se plantean estos problemas de articulación jurídica fundamental hayan sido casos procedentes de la jurisdicción penal. En efecto, el asunto *Melloni*, que dio lugar al ATC 86/2011, de 9 de junio de 2011, a la STJUE de 26 de febrero de 2013, y a la STC 26/2014, de 13 de febrero, es un ejemplo paradigmático de los problemas que plantea la disparidad de estándares de protección en el marco de la Unión Europea, específicamente cuando el estándar de protección nacional es más garantista que el estándar internacional. Y el denominado caso *Parot* (STS 197/2006, de 28 de febrero), que dio lugar a la serie de sentencias del Tribunal Constitucional iniciadas con la STC 39/2012, de 29 de marzo, y a la STEDH de 21 de octubre de 2013, asunto *Del Río Prada*, es otro ejemplo significativo de esta falta de uniformidad de estándares por razones inversas: esta vez el estándar interno era menos garantista que el internacional.

2. El libro que ahora presentamos incluye, sustancialmente, el resultado de un seminario multidisciplinar que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid los días 27 y 28 de noviembre de 2014, en el marco del proyecto de investigación DER2012-33935 «La tutela multinivel de los principios y garantías penales», dirigido por Mercedes Pérez Manzano y del que forman parte Enric Fossas Espadaler, Cristina Izquierdo Sans, Juan Antonio Lascuráin Sánchez, Marina Mínguez Rosique, Teresa Rodríguez Montañés e Ignacio Villaverde Menéndez. El proyecto tiene como objetivo central tanto identificar las similitudes y diferencias en los estándares de protección aplicados por los distintos tribunales nacionales e internacionales competentes respecto de los principios y garantías penales,

como proponer estándares comunes y criterios de articulación cuando no puedan serlo.

Este libro, sin embargo, tiene un alcance más limitado, pues su finalidad es tan solo analizar el estado de la cuestión respecto de uno de los principios penales, el principio de legalidad penal. Se trata del más relevante de todos los principios penales y, probablemente, también, del de contenido más extenso, integrado por un conjunto amplio de garantías para el ciudadano. Por esta razón y porque la resolución por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso *Del Río Prada*, relativo a la denominada doctrina Parot, constituye, sin duda, un *leading case* que ha suscitado un intenso debate, decidimos organizar un seminario específico en el que presentar los resultados parciales de nuestra investigación y discutirlos con especialistas de Derecho penal, Derecho constitucional, filosofía del Derecho y Derecho internacional público.

3. El libro tiene tres secciones diferenciadas. La primera, integrada por las contribuciones de Enric Fossas y Cristina Izquierdo, se ocupa de algunas cuestiones generales: el análisis de pronunciamientos poco conocidos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los límites convencionales (del Convenio Europeo de Derechos Humanos) al legislador nacional (Enric Fossas); y el recorrido del caso *Melloni* dentro y fuera de nuestras fronteras, con el objeto de situar los problemas de la tutela multinivel en el marco de la Unión Europea (Cristina Izquierdo).

La segunda sección se centra en el examen de las principales garantías anudadas al principio de legalidad para exponer las concordancias y discrepancias de los estándares nacional e internacionales. Ignacio Villaverde analiza el mandato de determinación; Juan Antonio Lascurain trata el principio de tipicidad, o sujeción estricta del juez a la ley penal; Mercedes Pérez Manzano examina las prohibiciones de incurrir en *bis in idem*, dado que el Tribunal Constitucional español ha ubicado el *bis in idem* material en el art. 25.1 CE; y Marina Mínguez Rosique hace un recorrido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para presentar una visión de conjunto de los pronunciamientos de este Tribunal sobre el principio de legalidad.

La tercera sección está dedicada al análisis de las sentencias vinculadas a la doctrina Parot. Fernando Molina se ocupa del análisis de la sentencia del Tribunal Supremo analizando la consistencia de la interpretación de las normas del Código Penal desde una perspectiva estrictamente penal. Susana Huerta y Teresa Rodríguez Montañés examinan las sentencias internas, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, desde la óptica constitucional del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE y 7 CEDH) y del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE y 5 CEDH). Juan Antonio García Amado y Francisco Laporta centran su análisis en la cuestión de la

retroactividad de la jurisprudencia favorable al reo. Y, por último, Argelia Queralt y Carlos Ruiz Miguel examinan los problemas de ejecución interna de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al hilo de los pronunciamientos de la Sentencia del Tribunal Europeo en el asunto *Del Río Prada* y de la forma en la que la Audiencia Nacional decidió aplicar dicho pronunciamiento en este y otros casos.

4. Cualquier lector avezado habrá sido consciente de que este libro presenta una laguna importante, pues no analiza el principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable, en la sección dedicada a exponer y analizar el estándar nacional e internacional. No se trata de un olvido. Tampoco de una decisión tomada por la suficiencia del análisis indirecto del tema a través del escrutinio de la doctrina Parot.

La laguna obedece a la fatalidad del fallecimiento de nuestra querida compañera, coinvestigadora y amiga Susana Huerta Tocildo, quien era la encargada de la tarea. Susana fue el alma y la directora del primer proyecto de investigación en el que nos embarcamos un grupo de profesores de Derecho penal y constitucional a los que nos une haber sido letrados del Tribunal Constitucional y el interés por seguir compartiendo debates multidisciplinares. Susana no pudo asistir al seminario sobre legalidad en noviembre de 2014, con gran pesar suyo y nuestro, pues sabemos lo mucho que habría disfrutado ella y lo mucho que nos habría enriquecido a los demás participantes con la lucidez de sus apreciaciones y la pasión y contundencia con las que las expresaba. Susana fue una penalista excepcional, referente en las materias en las que investigó y, entre ellas, en el principio de legalidad, al que, tras un primer artículo en 1994 («El derecho fundamental a la legalidad penal», publicado en la *Revista de Derecho Constitucional*), siguió dedicando un buen número de trabajos en los años siguientes, como el comentario al art. 7 del CEDH en el libro «La Europa de los Derechos», codirigido por Javier García-Roca y Pablo Santolaya, que va por su tercera edición («El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal»), y el comentario a la sentencia *Del Río Prada*, publicado en la *Revista Jurídica de Cataluña* en 2014 («La anulación de la doctrina Parot por la STEDH de 21 de octubre de 2013. Mucho ruido para un fallo jurídicamente cantado»). Durante el otoño y el posterior invierno de 2014, Susana siguió trabajando en la tarea que tenía encomendada en el proyecto, pero no pudo finalizarla. Como no concebíamos este libro sin su presencia, decidimos pedir autorización a la *Revista Jurídica de Cataluña* para incorporar también aquí su trabajo sobre la sentencia *Del Río Prada*. Agradecemos a la *Revista* y singularmente a su director, Eugenio Gay, las plenas facilidades que nos han dado para poder incluir en el libro dicho trabajo.

5. Susana solía afirmar que «el Tribunal Constitucional no pasa por la vida de un penalista sin dejar huella», expresando la evolución que su concepción del Derecho penal y sus prioridades como investigadora habían

sufrido desde su primera etapa como letrada en el Tribunal Constitucional. Todos los que compartimos con Susana el trabajo en el Tribunal Constitucional sabemos que estaba en lo cierto, aunque también que pecó por defecto: cualquiera que sea tu especialidad jurídica, el Tribunal no pasa por tu vida profesional sin dejar huella. Este libro es, sin duda, prueba de ello, y testimonio agradecido de otra huella aún más importante: la indeleble que ha dejado entre sus amigos y compañeros Susana Huerta.

Mercedes PÉREZ MANZANO  
Juan Antonio LASCURAÍN

PRIMERA PARTE

**SOBRE LA TUTELA MULTINIVEL  
DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

## CAPÍTULO I

# LÍMITES MATERIALES AL LEGISLADOR PENAL: SU INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Enric FOSSAS ESPADALER

Catedrático de Derecho constitucional (UAB)  
Exletrado del Tribunal Constitucional (1999-2003; 2005-2008)

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA POSICIÓN DEL TC Y DEL TEDH FRENTE AL LEGISLADOR PENAL: 2.1. La posición del Tribunal Constitucional frente a la ley penal. 2.2. La posición del TEDH frente a la ley penal estatal.—3. LA JURISPRUDENCIA DEL TC Y LA DEL TEDH SOBRE LOS LÍMITES MATERIALES A LA LEY PENAL: 3.1. La jurisprudencia constitucional: 3.1.1. El principio de proporcionalidad como límite de los límites. 3.1.2. Otros límites materiales al legislador penal. 3.2. La jurisprudencia del TEDH: 3.2.1. Interpretación de los límites materiales contenidos en el Convenio. 3.2.2. Límites a las restricciones de derechos convencionales impuestas por leyes penales. 3.2.3. Obligaciones del legislador penal de tutelar los derechos convencionales.—4. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

Esta contribución tiene por objeto estudiar los límites materiales al legislador penal contenidos en la Constitución y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal como han sido interpretados por nuestro Tribunal Constitucional y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Para el constitucionalismo garantista o «Estado de Derecho en sentido fuerte», todos los poderes, incluso el legislativo, se hallan sometidos a límites y vínculos de contenido<sup>1</sup>. Por eso las garantías penales y procesales que definen el modelo de Derecho penal mínimo se postulan como garantías cons-

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, *Principia iuris*, p. 567.

titucionales vinculantes también para el legislador, de modo que el constitucionalismo no sería más que una plasmación efectiva del programa político garantista<sup>2</sup>. Estos postulados, como es sabido, tienen su fundamento en la filosofía penal ilustrada, que propugna no solo una limitación formal del Derecho penal (mediante las garantías referidas a cómo castigar) sino también material (qué y cuánto castigar), pues entiende que aquel debe reservarse para sancionar solo aquellas conductas que lesionen efectivamente bienes jurídicos relevantes, como ya proclamaba el art. VIII de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789<sup>3</sup>. La aplicación de tales postulados suscita importantes cuestiones sobre los bienes jurídicos dignos de protección penal y su relación con los valores constitucionales, que aquí no se van a abordar<sup>4</sup>.

En cambio, sí interesa señalar que las normas que limitan materialmente al legislador penal despliegan hoy sus efectos en un espacio de pluralismo constitucional, es decir, en una situación en la que existe una pluralidad de órdenes normativos institucionales, cada uno con una constitución, al menos en el sentido de cuerpo de normas de rango superior que establecen y condicionan el ejercicio del poder político y en el que se reconocen, mutuamente, legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme la supremacía de uno sobre otro<sup>5</sup>. Así ocurriría en España, donde rige la Constitución de 1978, el Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales hecho en Roma en 1950, y el Tratado de Lisboa de 2007. Estas dos normas internacionales, de naturaleza distinta, afectan a la libertad de configuración del legislador penal español, si bien el Derecho europeo lo hace en forma de obligaciones de tutela penal de los bienes jurídicos comunitarios, que obedecen a una lógica armonizadora completamente distinta a la de los límites constitucionales y convencionales, vinculados a los derechos fundamentales. Por ello en esta contribución no se tratarán los límites impuestos por el Derecho europeo. Nos ceñiremos a los límites materiales que tienen su fundamento en la Constitución y en el Convenio, con una base jurídico-positiva, y no a límites derivados de proposiciones de política criminal. En realidad, como se ha avanzado, lo que se analizará son los límites que han identificado en esas «normas fundacionales» los últimos intérpretes de las mismas.

Conviene también aclarar que en el trabajo se adopta un concepto amplio de límites, que incluye las normas que establecen prohibiciones al legis-

---

<sup>2</sup> PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y Derecho Penal*, p. 31.

<sup>3</sup> El artículo disponía: «La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifestamente necesarias [...]».

<sup>4</sup> Véase PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos constitucionales*, pp. 261 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Cuándo penar, cuánto penar*, pp. 328 y ss.

<sup>5</sup> Esta es la definición que, siguiendo a McCORMICK, ofrece BUSTOS GIBBERT (BUSTOS GIBBERT, *XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales*, p. 21).

lador en forma de reglas, las que proclaman valores, principios y derechos, o incluso las normas que contienen mandatos de criminalización, los cuales pueden ser vistos como límites a la despenalización pues se trata de obligaciones que recaen sobre el legislador. En todo caso, tales límites deben dirigirse al legislador penal, no al poder que establece sanciones administrativas. Tampoco se tratan los límites dirigidos a cualquier manifestación del poder punitivo, como la aplicación judicial o la ejecución de la condena (por ejemplo, las normas penitenciarias) sino únicamente a la creación de normas penales mediante la selección de las conductas delictivas y la determinación de las penas correspondientes. Finalmente, ya se ha dicho que el estudio aborda solo los límites «materiales», y no los límites formales o procesales, a la potestad punitiva del Estado ejercida mediante la ley que tipifica delitos y fija penas. Los límites formales se designan a menudo como «garantías constitucionales» relacionadas con el Derecho penal, entre las cuales figura destacadamente el principio de legalidad. Este tiene como principal cometido el de constituir un límite externo al ejercicio monopolístico del *ius puniendi* por parte del Estado, erigiéndose en un impedimento para que los poderes ejecutivo y judicial configuren libremente delitos y penas<sup>6</sup>. El principio de legalidad penal no se entiende como un límite material si no como un límite formal del *ius puniendi* en el Estado de Derecho<sup>7</sup>, y por ello no será tratado.

Hechas las anteriores precisiones, podría pensarse que tantas acotaciones al objeto de estudio conducirán a un pobre resultado, pues los máximos intérpretes de la CE y del CEDH probablemente hayan dicho poco sobre los límites materiales del legislador penal. Sin embargo, esta contribución podría aportar algo al debate que los penalistas, amén de otros juristas, criminólogos y filósofos del Derecho, vienen manteniendo a propósito del llamado «Derecho penal mínimo», que tiene en Ferrajoli a su máximo exponente<sup>8</sup>, y su contraste (o contradicción) con el fenómeno de lo que se denomina «expansión» del Derecho penal, entendido como una tendencia dominante en la legislación hacia la introducción de nuevos tipos penales así como una agravación de los ya existentes<sup>9</sup>. Esta tendencia tendría sus causas, entre otras muchas, en la globalización y la integración supranacional, que implicarían una flexibilización de categorías y una relativización de principios, frente a lo cual algunos autores proponen desarrollar las normas de Derecho penal internacional protectoras de los derechos humanos y someter las legislaciones penales, incluidas las de los países hegemónicos, al respeto de

---

<sup>6</sup> HUERTA TOCILDO, *Principio de legalidad y normas sancionadoras*, p. 513; RUIZ ROBLEDO, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, pp. 61 y ss.

<sup>7</sup> MIR PUIG, *Bases constitucionales del Derecho Penal*, p. 71.

<sup>8</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón*.

<sup>9</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Expansión del Derecho Penal y límites constitucionales*.

los principios y derechos fundamentales reconocidos a nivel internacional y coherentes con los que sirven de base al Estado constitucional<sup>10</sup>. Ello conduce a preguntarnos cómo el legislador penal se ve limitado en un espacio de pluralismo constitucional, y a comparar las respuestas que a tal pregunta han dado los máximos intérpretes judiciales de las normas de rango superior que culminan los distintos órdenes normativos. La comparación de los pronunciamientos del TC con los del TEDH sobre ese concreto objeto puede permitirnos lanzar algunas consideraciones sobre la relación entre garantismo penal y pluralismo constitucional.

Siguiendo los propósitos que se acaban de anunciar, el primer apartado del trabajo se dedicará a exponer la posición que el TC y el TEDH mantienen frente al legislador penal (II), mientras que en el segundo se analizará la jurisprudencia del TC y la del TEDH sobre los límites materiales a la ley penal (III), para terminar con algunas conclusiones.

## **2. LA POSICIÓN DEL TC Y DEL TEDH FRENTE AL LEGISLADOR PENAL**

La identificación de los límites materiales a la ley penal por parte del TC y del TEDH no puede desvincularse de la posición en la que esos Tribunales se sitúan frente al legislador penal. Dicho con otras palabras: la comprensión que los dos tribunales tienen del carácter y el alcance del control que deben ejercer sobre la ley penal condiciona en buena medida su interpretación de los límites materiales contenidos en la CE y el CEDH.

### **2.1. La posición del Tribunal Constitucional frente a la ley penal**

Una visión de conjunto de la jurisprudencia constitucional en materia penal pondría de manifiesto que nuestro Tribunal ha intervenido con más profundidad en la configuración del Derecho procesal penal que en el Derecho penal sustantivo, siguiendo la pauta de otros tribunales<sup>11</sup>. En este último ámbito, los comentaristas coinciden en señalar la actitud cautelosa, deferente y respetuosa que ha mantenido el Tribunal Constitucional español hacia el legislador penal, algo que se desprendería de sus propios pronunciamientos. Para algunos autores esta actitud se podría resumir en una suerte de aforismo según el cual en materia penal «ponderación poca y muy deferente»<sup>12</sup>. Otros subrayan la «actitud cautelosa» que el propio Tribunal propugna del uso del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, en concreto, en el ámbito de las leyes penales, donde mantiene fuertes ra-

---

<sup>10</sup> MIR PUIG, *Bases constitucionales del Derecho Penal*, p. 13.

<sup>11</sup> TIEDEMANN, *Constitución y Derecho Penal*, p. 157.

<sup>12</sup> PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos constitucionales*, p. 288.

zones para extremar la deferencia hacia el legislador<sup>13</sup>. Se ha argumentado, por otra parte, que el Constitucional ha sido un tribunal más bien estricto en el dibujo del marco constitucional y más bien deferente en el juicio final de inclusión en el mismo de las normas impugnadas, siendo la deferencia hacia el legislador penal «manifiesta»<sup>14</sup>.

Suele citarse la STC 55/1996, de 28 de marzo, como la resolución que contiene la doctrina del Tribunal sobre su posición en relación con el control de constitucionalidad de la ley penal. La sentencia, que enjuició una ley que castigaba la insumisión a la prestación social sustitutoria del servicio militar con una pena mínima de dos años y cuatro meses, contiene «una reflexión que anticipa ya los límites que en esta materia tiene la jurisdicción de este Tribunal frente al legislador» (FJ 6). Tal reflexión parte de las primeras declaraciones del Tribunal sobre su propia jurisdicción (STC 11/1981, FJ 7) en las que definía a la Constitución como «un marco de coincidencias» y afirmaba que su interpretación «no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas». De tal concepción de la Constitución, el TC deriva la posición del legislador penal: «En el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de la determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad». Esta se traduce en «la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo».

Siendo esta la posición del legislador penal, el control de constitucionalidad debe ser muy poco intenso: «Lejos, pues, de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su

---

<sup>13</sup> LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 562; Díez RIPOLLÉS, *El control de constitucionalidad de las leyes penales*, p. 84; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, p. 76; GONZÁLEZ BEILFUS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional*, p. 65; FERRERES COMELLA, *El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios*, p. 115; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, p. 59.

<sup>14</sup> A esta conclusión llega el excelente estudio de la jurisprudencia constitucional en materia penal de LASCURAIN SÁNCHEZ (*¿Restrictivo o deferente?*, p. 23).

relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma». Lo anterior, sin embargo, no significa que sea «posible renunciar a todo control material sobre la pena ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento».

Esta doctrina sentada en la STC 55/1996 ha sido reiterada por el Tribunal en posteriores resoluciones (SSTC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; 59/2008, de 14 de mayo, FJ 6; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 3; 41/2010, de 22 de julio, FJ 5), en las que ha acotado el alcance del control de constitucionalidad de la ley penal: «El juicio que procede en esta sede, en protección de los derechos fundamentales, debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca “un patente derroche inútil de coacción que convierte a la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho” (STC 55/1996, FJ 8), o una “actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona” (STC 55/1996, FJ 9) y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma» (AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4).

Es cierto que en la STC 60/2010, de 7 de octubre, después de reiterar la consolidada doctrina, el Tribunal parece matizarla cuando declara: «Siendo ello así, en la perspectiva institucional propia de la delimitación de las funciones respectivas del legislador penal y de este Tribunal Constitucional, debe precisarse a continuación, con otra perspectiva, que la propia Constitución, lejos de someter la acción del legislador a los mismos límites sustantivos con independencia del objeto sobre el que esta se proyecte o del tipo de decisiones que incorpore, contempla límites más exigentes en el caso de las normas penales que en el de otras decisiones de aquél, debido, precisamente, al alcance de los efectos que de aquéllas se derivan, puesto que cuanto más intensa sea la restricción de los principios constitucionales y, en particular, de los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional, tanto más exigentes son los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera. Nuestro enjuiciamiento debe, por tanto, partir simultáneamente de estos dos planteamientos: uno, de carácter sustantivo, que se refiere a la intensidad de los límites que la Constitución impone a la ley, y el otro, de naturaleza formal, que alude a la posición de este Tribunal a la hora de comprobar la satisfacción de aquéllos» (FJ 7). La sentencia enjuiciaba las dudas de constitucionalidad del art. 57.2 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que establecía la imposición obligatoria de la «pena de alejamiento» sin atender a los presupuestos