

LÍMITES MATERIALES AL LEGISLADOR
PENAL EN UN ESPACIO DE PLURALISMO
CONSTITUCIONAL

ENRIC FOSSAS ESPADALER

I. INTRODUCCIÓN.—II. LÍMITES CONSTITUCIONALES AL LEGISLADOR PENAL: 1. *La posición del Tribunal Constitucional frente a la ley penal*. 2. *Límites materiales a la ley penal según la jurisprudencia constitucional*: a) *El principio de proporcionalidad como límite de los límites*. b) *Otros límites materiales al legislador penal*.—III. LÍMITES CONVENCIONALES AL LEGISLADOR PENAL: 1. *La posición del TEDH frente a la ley penal estatal*. 2. *Límites a la ley penal según la jurisprudencia del TEDH*: a) *Interpretación de los límites materiales contenidos en el Convenio*. b) *Límites a las restricciones de derechos convencionales impuestas por leyes penales*. c) *Obligaciones del legislador penal de tutelar los derechos convencionales*.—IV. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La presente contribución tiene por objeto estudiar los límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional. Su objetivo es muy modesto ya que pretende ser solo un primer ejercicio de reflexión destinado a ser compartido en el contexto de un trabajo de investigación más amplio (1). Por ello es importante empezar delimitando aquello que en este texto pretendo tratar

(1) Esta contribución se enmarca en el Proyecto de Investigación «Tutela multinivel de los principios y garantías penales», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad en el marco del VI Plan Nacional I+D+i (DER2012-33935).

y sobre lo que invito a debatir (2). En primer lugar, cuando hablo de límites me refiero a aquellos derivados de las normas constitucionales o internacionales que constriñen la libertad de configuración del legislador penal español. Son, por tanto, límites concretos que deben tener su fundamento en la Constitución española (CE) o en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), con una base jurídico-positiva, y no límites derivados de proposiciones de política criminal. Entiendo por normas limitadoras aquellas que condicionan la producción de leyes penales en un sentido amplio, al margen de las clasificaciones que se realizan sobre la tipología de normas constitucionales, pues en algunos casos los límites se encuentran en normas que establecen prohibiciones al legislador, mientras en otros derivarán de normas que proclaman valores, principios y derechos, o incluso de 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.

Por otra parte, tales límites deben dirigirse al legislador penal, no al poder que establece sanciones administrativas. Tampoco trato de 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, no entiendo por límite cualquier norma contenida en la CE o en el CEDH sino solo aquellas que establecen límites «materiales», y no límites formales o procesales, a la potestad punitiva del Estado ejercida mediante la ley que tipifica delitos y fija penas. Los límites formales se expresan normalmente 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 (3). 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» (4), y por ello no será tratado.

En segundo lugar, en este trabajo se pretende identificar los límites al legislador penal en un escenario de pluralismo constitucional. Por tal entiendo,

(2) Quiero expresar mi agradecimiento a los Profesores Rafael Bustos, Miriam Cugat y Alejandro Saiz Arnáiz por la información que me han facilitado y las sugerencias que me han ofrecido. Y a los Profesores Víctor Ferreres, Antonio Lascuraín y Mercedes Pérez Manzano por sus valiosos comentarios a la primera versión de este trabajo.

(3) HUERTA TOCILDO (200): 513 y RUIZ ROBLEDO, (2003): 61 y sigs.

(4) MIR PUIG (2011): 71.

siguiendo la literatura especializada, «aquella situación en la que existen, al menos, dos constituciones, cada una reconocida como válida, pero sin que ninguna reconozca a la otra como fuente de su validez. Esto es, situaciones en las 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» (5). No examinaré las relaciones entre los distintos ordenamientos y entre las normas que imponen límites materiales al legislador penal español, aunque sí será necesario explicar cómo operan las normas limitadoras. En todo caso, el propósito anunciado supone asumir que en la actualidad las limitaciones al legislador penal español no provienen exclusivamente de las previsiones del Derecho constitucional. Es cierto que este escenario de pluralismo constitucional viene conformado asimismo por el Derecho europeo, que actualmente también impone límites materiales al legislador penal. Pero estos, que adoptan normalmente la forma de obligaciones de tutela penal de los bienes jurídicos comunitarios, obedecen a una lógica armonizadora completamente distinta a la de los límites constitucionales y convencionales, razón por la cual no van a ser tratados en el trabajo.

En tercer lugar, estas reflexiones no versan sobre los límites materiales al legislador penal desde un punto de vista dogmático, es decir, sobre los límites al mismo Derecho penal (6), sino sobre la interpretación que de aquellos han realizado los últimos intérpretes de la respectiva «norma fundacional», o de cada orden normativo vigente. Comparto la proposición según la cual «lo que los tribunales dicen nace y vive en el debate procesal y comunitario, pero en tanto ese “decir” no cambie, la Constitución (o cualquier otra norma jurídica) es, guste o no, lo que la jurisdicción ve en ella» (7). Esta proposición, en situaciones de pluralismo constitucional, debe tener en cuenta la existencia de tantas instancias últimas de solución de controversias como ordenamientos constitucionales se apliquen, sin que exista una clara unidad de interpretación. Así ocurre en España, donde conviven el Tribunal Constitucional (TC) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Esta concurrencia conduce a menudo a un conflicto, al menos potencial, al que se intenta dar salida acudiendo a distintos

(5) BUSTOS GISBERT (2012): 21.

(6) Ver VON HIRSCH.-SEELMANN-WOHLERS (ed. alemana)/ROBLES PLANAS (ed. española) (2012).

(7) JIMÉNEZ CAMPO (1999): 14.

mecanismos, entre otros, a través del llamado «diálogo de tribunales», aspecto que tampoco abordará esta contribución.

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, puede intuirse también que la reflexión que se propone 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 (8), 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 (9). 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 los principios y derechos fundamentales reconocidos a nivel internacional y coherentes con los que sirven de base al Estado constitucional» (10). Ello conduce a preguntarnos cómo el legislador penal se ve limitado en un espacio de pluralismo constitucional, y a interesarnos por las respuestas que a tal pregunta hayan podido dar los máximos intérpretes judiciales de las normas de rango superior que culminan los distintos órdenes normativos.

Siguiendo los propósitos que se han expuesto sobre el objeto y el objetivo de esta contribución, dedicaré el primer apartado a los límites constitucionales del legislador penal español y su interpretación por parte de nuestra jurisprudencia constitucional (II), mientras en el segundo trataré de los límites que se podrían derivar del CEDH y su reflejo en la jurisprudencia en materia penal del Tribunal de Estrasburgo (III), para terminar con algunas conclusiones (IV).

(8) FERRAJOLI (1993).

(9) SILVA (1999); RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2009).

(10) MIR PUIG (2011): 13.

II. LÍMITES CONSTITUCIONALES AL LEGISLADOR PENAL

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

La identificación de los límites materiales a la ley penal por parte del Tribunal Constitucional no puede desvincularse de la posición en la que el mismo Tribunal se sitúa frente al legislador penal. Dicho con otras palabras: su comprensión del carácter y el alcance del control de constitucionalidad que debe ejercer sobre la ley penal condicionará en buena medida la identificación y la naturaleza de los límites materiales a los que entienda que aquella está sujeta.

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 (11). 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» (12). 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 razones para extremar la deferencia hacia el legislador (13). 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» (14).

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 pues incluye, como dice el FJ 6 de la Sentencia, «una reflexión que anticipa ya los límites que en esta materia tiene la jurisdicción de este Tribunal frente al legislador». Tal reflexión parte de las

(11) TIEDEMANN (1991): 157.

(12) PRIETO SANCHÍS (2009): 288.

(13) LOPERA (2006): 562; Díez-RIPOLLÉS (2005): 84; RODRÍGUEZ MOURULLO (2002): 76; GONZÁLEZ BEILFUS (2003): 65; FERRERES COMELLA (2012): 115; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2012): 59.

(14) A esta conclusión llega el excelente estudio de la jurisprudencia constitucional en materia penal de LASCURAIN SÁNCHEZ (2012): 23.

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 deriva la posición del legislador penal: «En el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanar de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de 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 solo 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 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 aquel, debido, precisamente, al alcance de los efectos que de aquellas 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 aquellos» (FJ 7). La aplicación de este canon a la ley enjuiciada en ese proceso, sin embargo, concluyó con la desestimación de la cuestión, recurriendo de nuevo a la deferencia.

La posición del Tribunal hacia el legislador penal puede demostrarse estadísticamente, mediante un examen de las veinticuatro Sentencias de cabecera recaídas en procesos de control de constitucionalidad de leyes penales en los más de treinta años de jurisdicción constitucional española: solo nueve fueron estimatorias y declararon la inconstitucionalidad de algún precepto legal basándose esencialmente en vulneración de «garantías constitucionales» (en concreto, el principio de legalidad), y de estas nueve en solo una (STC 136/1999, de 20 de julio) se concluyó la inconstitucionalidad con base en el juicio de proporcionalidad, aunque resolvía un recurso de amparo sin plantear la autocuestión alegando que la norma objeto de control estaba derogada (15). La controvertida Sentencia sobre la Mesa de Herri Batasuna (16), en apariencia, no produjo un

(15) LASCURAÍN SÁNCHEZ (2012): 22 y 23.

(16) BILBAO UBILLOS (2000): 277-342.

cambio en la doctrina general a propósito del control sobre el poder punitivo del Estado vía juicio de ponderación, sino solo una aplicación diferente de esa doctrina a un caso también diferente. Pero sí introdujo una novedad en la relación entre sanción penal de la conducta y el ejercicio de derechos fundamentales (17). En efecto, el Tribunal entendió que la conducta de los recurrentes (cesión de espacios de propaganda electoral a ETA) no representaba un ejercicio lícito de la libertad de expresión y, sin embargo (la aplicación) del precepto violó el principio estricto de proporcionalidad de las penas pues la pena mínima prevista producía un claro efecto disuasorio del ejercicio de las libertades de expresión, comunicación y participación en la vida pública. El Fallo, sin embargo, contiene un pronunciamiento que no menciona tales libertades, si no el artículo 25.1 CE pues dispone: «1.º Reconocer que el art. 174 bis a) 1.º y 2.º del Código Penal de 1973 al ser aplicado al caso ha vulnerado su derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).» La doctrina contenida en esa Sentencia no ha sido seguida en posteriores resoluciones sobre control de constitucionalidad de las leyes penales (18).

La posición autorestrictiva del Tribunal frente a la ley penal se ha puesto de manifiesto también en la interpretación de mandatos constitucionales dirigidos al legislador penal, como el contenido en el artículo 25.2 CE, según el cual «las penas privativas de libertad [...] estarán orientadas hacia la reeducación o reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados». El Tribunal ha declarado que dicho precepto no contiene un derecho fundamental, «sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos» (ATC 15/1984). Y ha admitido que puede «servir de parámetro de la constitucionalidad de la leyes» penales y penitenciarias (SSTC 75/1988, FJ 29), pero que ni la reinserción ni la reeducación «pueden considerarse en cada caso concreto una condición de legitimidad de la pena» (STC 35/1994, FJ 2). Por ello se ha afirmado que en realidad ni reinserción ni reeducación serían condición de legitimidad de la pena como parámetro de control de constitucionalidad, de forma que a la hora de crear penas resultaría prácticamente imposible anular una norma legal de este tipo por no cumplir los objetivos constitucionales, más allá del principio de proporcionalidad (19).

(17) PRIETO SANCHÍS (2009): 293.

(18) RUIZ ROBLEDO (2003): 312. El autor escribió: «cabe dudar que en el futuro el Tribunal Constitucional mantenga la teoría de considerar que la proporcionalidad de las penas forma parte del derecho fundamental a la legalidad penal, capaz de sustentar por sí sola la declaración de inconstitucionalidad de una norma penal».

(19) URÍAS MARTÍNEZ (2001): 65.

2. Límites materiales a la ley penal según la jurisprudencia constitucional

a) El principio de proporcionalidad como límite de los límites

La actitud deferente y cautelosa del Tribunal frente al legislador penal se ha visto reflejada en la jurisprudencia constitucional sobre los límites materiales que la Constitución le impone. Si tratáramos de resumirla en otro aforismo, este podría ser: «identificación de pocos límites materiales, y esencialmente a través del principio de proporcionalidad». Ello no sería aplicable a la jurisprudencia en materia penal recaída en los procesos de amparo, que aquí no se examina, y que ha interpretado de forma rigurosa las «garantías constitucionales» relativas a la aplicación judicial y la ejecución de las normas penales. Se demostraría así que el control de la justicia constitucional se ejerce de forma más intensa frente a las resoluciones judiciales que frente a las disposiciones o las omisiones del legislador en materia penal (20).

Nuestra contribución se ciñe al examen de los pronunciamientos de los últimos intérpretes sobre los límites materiales del legislador penal, y es claro que existen más límites de los que identifica la jurisprudencia de aquellos tribunales, de los que se ha ocupado en general la doctrina penalista. Así, en nuestro país se han señalado algunos límites materiales explícitos en el texto constitucional de 1978 (21), y se han «descubierto» otros límites vinculados a las funciones propias del Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1 CE) (22). Ello, sin embargo, no ha impedido admitir que nuestro Tribunal Constitucional ha identificado los límites materiales del legislador penal básicamente a través de una aplicación muy poco intensa del principio de proporcionalidad (23).

En este punto conviene preguntarse porqué y cómo el Tribunal ha utilizado el principio de proporcionalidad como límite material, y a qué resultados ha llegado. En cuanto a la primera pregunta, la respuesta podría ser como sigue:

(20) TIEDEMANN (1991): 152.

(21) Por ejemplo, CUERDA RIEZU (2011).

(22) En la obra de CARBONELL MATEU (1996): 82 y 192, se sostiene la vigencia, entre otros, del «principio de prohibición de exceso» como límite al poder legislativo. Y en la citada obra de MIR PUIG (2011): 94 y sigs. se exponen como «límites constitucionales del *ius puniendi* en el Estado social y democrático de Derecho» el principio de proporcionalidad, el principio de culpabilidad, el principio de humanidad y el principio de resocialización.

(23) Coinciden en esta apreciación la mayoría de autores que se han ocupado de la cuestión: PRIETO SANCHÍS (2009): 285; MIR PUIG (2011): 96; LOPERA MESA (2006): 561; GONZÁLEZ BEILFUS (2003): 49; Díez RIPOLLÉS (2005): 83; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2012): 57; RODRÍGUEZ MOURULLO (2002): 73; LASCURAÍN (2012): 15.

puesto que la Constitución no contiene un catálogo cerrado de bienes jurídico-penales, y dado que las leyes penales afectan (limitan) el ejercicio de los derechos fundamentales, el parámetro de su control debe ser el principio de proporcionalidad en sentido amplio, es decir, el test mediante el cual se examinan los requisitos que debe satisfacer la ley penal que limita derechos fundamentales para proteger determinados bienes jurídicos o intereses. Esta respuesta puede hallarse en la repetida STC 55/1996: «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 solo 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» (FJ 6). El *prius lógico* para la aplicación del principio de proporcionalidad es la precisión del bien jurídico protegido por la norma, que no puede ser «constitucionalmente proscrito» ni «socialmente irrelevante» (FJ 7). Nótese que el bien jurídico, presupuesto del juicio de constitucionalidad, lo define negativamente el Tribunal, pues no exige que sea un bien constitucionalmente protegido, lo cual podría operar como límite a la libertad del legislador para seleccionar las conductas punibles. Cuestión distinta es que la tutela de ese bien deba ser necesariamente penal, decisión del legislador que puede someterse al juicio de proporcionalidad.

La respuesta a la segunda pregunta ha sido en parte contestada en el apartado anterior. Nuestro Tribunal Constitucional, a diferencia de otros Tribunales, 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 los límites. De entrada, el Tribunal sostiene que el principio de proporcionalidad no constituye «un canon de constitucionalidad autónomo» si no que «opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales», de manera que «si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida esta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados» (FJ 3). Por otra parte, el Tribunal entiende que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente las decisiones del legislador, «deba tener lugar de forma y con la intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes» (FJ 6).

Esta postura de nuestro Tribunal, basada en el uso cauteloso del principio de proporcionalidad en aras a la deferencia hacia el legislador penal, ha sido en general aceptada por la literatura penalista, basándose en distintos argumentos: la afirmación de que la Constitución no contiene un «programa penal», y las dificultades del Tribunal para llevar a cabo complejos juicios criminológicos y valorativos que desapoderarían al legislador de su función (24). Ahora bien, la jurisprudencia de nuestro Tribunal en este punto plantea algunas cuestiones que evocábamos al principio de esta contribución. La primera, sobre las consecuencias de que legislador penal, que teóricamente no ocupa un «ámbito constitucionalmente exento», disfrute de una libertad de configuración tan amplia en un momento de expansión del Derecho penal que compromete seriamente el programa político garantista despenalizador, y en definitiva, al constitucionalismo que propugna la sujeción de todos los poderes a los derechos fundamentales. La época actual no solo viene marcada por la «pulverización» del derecho legislativo, y la cada vez más marcada «contractualización» de los contenidos de la ley (25), si no que asiste al surgimiento de una «legislación de lucha» (26) contra nuevos fenómenos criminales (crimen organizado, terrorismo, delincuencia económica, narcotráfico, violencia de género, inmigración) a los que pretende hacer frente presionado por las demandas sociales de punición. No deja de ser paradójico que al ejercer el más terrible de los poderes, la máxima expresión de la fuerza, el poder de castigar, el legislador se vea sometido, según la jurisprudencia, a tan pocos y tan débiles límites materiales derivados de la Constitución. Ello sugiere que quizá el guardián de la Constitución no asegure que el ordenamiento penal ha de reservarse para los atentados más intolerables contra los bienes más fundamentales, como propugnó la filosofía ilustrada (27).

La segunda cuestión que plantea la comentada jurisprudencia constitucional hace referencia al papel del mismo Tribunal, que al renunciar a ejercer un control exigente de las leyes que establecen delitos y fijan penas, impide un debate real y a fondo sobre las decisiones de las mayorías, que afecten a los derechos fundamentales. Como se ha señalado acertadamente, la existencia misma

(24) Ver LOPERA MESA (2006): 569 y 570; LASCURÁIN SÁNCHEZ (2012): 16. Una postura distinta mantiene HUERTA TOCILDO (2000): 63, para quien «la necesaria actitud de cautela a la hora de emitir un juicio de proporcionalidad sobre normas penales se transforma prácticamente en la concesión de un “cheque en blanco” al legislador penal para diseñar la política criminal...».

(25) ZAGREBELSKY (2005): 37.

(26) Expresión que proviene de la terminología alemana, que sigue RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2009): 1657.

(27) El artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 expresaba esta reivindicación: «La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias. [...]»

del Tribunal es un valioso instrumento de una cultura pública deliberativa, y la sujeción a su control del legislador penal, obliga a este a justificar y razonar sus decisiones. Pero si aquel se muestra tan poco exigente en su control, el legislador no se verá en la necesidad de deliberar e intentar justificar sus decisiones acerca de las cuestiones controvertidas en la sociedad (28). En todo caso, no mediante un proceso deliberativo que se desarrolle a través de la jurisprudencia constitucional, sino utilizando los mecanismos que ofrece el Estado democrático: la sujeción de las mayorías y sus decisiones al examen de los electores, y al juicio de la opinión pública. Si ello es así, cabe preguntarse hasta qué punto la Constitución opera como límite material al legislador penal, y cuál es su eficacia para asegurar el programa garantista del Derecho penal mínimo.

b) *Otros límites materiales al legislador penal*

La Constitución contiene límites materiales al legislador penal sobre los que el Tribunal no se ha pronunciado. Para este, el principal límite deriva de la misma vigencia de los derechos fundamentales, que condiciona la libertad del legislador tanto en la selección de la conducta tipificada como en la fijación de la pena. En este sentido, los derechos han operado como límite a la capacidad limitadora del legislador penal, cuyo control se ha realizado a través de la aplicación deferente del principio de proporcionalidad.

Pero los derechos, para el Tribunal, también han sido reconocidos como límite en otro sentido. No ya como resultado de un complejo juicio que pondera bienes protegidos y derechos sacrificados, sino porque el contenido esencial de estos se erige en un límite infranqueable para el legislador penal. En palabras del Tribunal, «a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho [a la libertad de expresión], de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político (STC 235/2007, FJ 6).

Dado el sentido amplio de límites que hemos adoptado en esta contribución, podría aún pensarse en una posible tercera vía de utilización de los derechos

(28) LOPERA MESA (2006): 571.

como condicionantes de la libertad del legislador en forma de mandatos de criminalización. Sin embargo, el Tribunal ha declarado que «la Constitución no garantiza, como contenido de los derechos fundamentales, la represión penal de las vulneraciones de los mismos» (ATC 261/1993, FJ 3), lo cual no implica que el legislador decida, como ha hecho, tipificar como delitos algunas conductas que conculcan determinados derechos fundamentales.

Ese mismo sentido de límites que aquí se adopta nos permitiría incluir no solo aquellos que operan frente a la penalización sino también los que impiden al legislador despenalizar ciertas conductas. En este supuesto, el Tribunal llevaría a cabo un «control positivo» en el sentido de que el legislador está obligado a suprimir una laguna de protección penal mediante la creación de tipos penales, tal como se ha señalado en la doctrina alemana (29). Entiendo que el Tribunal se pronunció sobre ellos en la histórica STC 53/1985, de 11 de abril, donde enjuició la pretendida inconstitucionalidad de la no punibilidad del aborto consentido en ciertos supuestos o indicaciones, que se llevó a cabo mediante una reforma del Código Penal. El Tribunal entendió que la protección dispensada al *nasciturus* por la Constitución implica para el Estado la obligación de establecer «un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales» (FJ 7). Y afirmó que la cuestión suscitada era «la de examinar si el legislador puede excluir en supuestos determinados la vida del *nasciturus* de la protección penal». Pues bien, la Sentencia declara que «el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos» (FJ 9). Creo que de esta Sentencia, y de la STC 215/1994, de 14 de julio, sobre la despenalización de la esterilización autorizada por el juez de los incapaces que adolecieran de grave deficiencia psíquica, se infiere que el Tribunal ha concebido la protección penal de ciertos bienes constitucionales como un límite al legislador. Cuestión distinta es si en el enjuiciamiento de los supuestos de desprotección de ese bien (mediante una despenalización total o parcial), el Tribunal podría también acudir al juicio de proporcionalidad (30).

Finalmente, el Tribunal se ha pronunciado sobre el mandato de resocialización del artículo 25.2 CE, y ha admitido que el precepto constitucional puede

(29) TIEDEMANN (1991): 165.

(30) Sobre esta posibilidad, ver LASCURÁIN SÁNCHEZ (2012): 7 a 9.

servir de parámetro de la constitucionalidad de las leyes penales y penitenciarias. Pero de nuevo, su aplicación ha puesto de manifiesto la debilidad del mandato como parámetro de control de constitucionalidad. Sirva de ejemplo la STC 120/2000, de 10 de mayo, en la que se cuestionaba la constitucionalidad del artículo 586 bis CP, entre otros motivos, por establecer una pena (arresto domiciliario supeditado al pago de una indemnización) reputada inidónea para alcanzar el fin de la resocialización ya que se debía cumplir de forma domiciliaria y sin supervisión judicial. El Tribunal rechazó tal motivo declarando que: «Si bien es cierto que el contenido del artículo 25.2 CE se vincula de forma directa con el sistema de ejecución de las penas privativas de libertad, no lo es menos que el mandato que establece opera como parámetro de ponderación del completo sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran. De manera que no se trata tanto de la valoración aislada de una concreta pena privativa de libertad, como de su ponderación en el marco de un sistema del que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de la prisión o, por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena de prisión (FJ 4).

III. LÍMITES CONVENCIONALES AL LEGISLADOR PENAL

1. *La posición del TEDH frente a la ley penal estatal*

Si bien el TEDH no es un Tribunal Constitucional, asume un papel próximo al de un juez constitucional en cuanto fiscaliza la actuación de los poderes estatales para verificar su adecuación a los derechos convencionales interpretados por él mismo con carácter vinculante para los Estados. Esa proximidad se ve reforzada con el «juicio de convencionalidad» que aquel puede realizar a fin de controlar la adecuación al Convenio incluso de las leyes internas (31). El Tribunal podría así emitir un juicio de convencionalidad por acción, declarando que la existencia de una determinada legislación puede producir una violación de un derecho convencional, pero también por omisión, estimando que el derecho resulta violado por la pasividad punitiva del legislador estatal (32).

(31) SÁIZ ARNAIZ (1999): 145.

(32) RUIZ MIGUEL (1997): 41. El autor pone como ejemplo del primero la Sentencia del caso *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981; mientras del segundo cita, entre otros, el caso *Marckx c. Bélgica*, 13 de junio de 1979; *Bentham c. Holanda*, 23 de octubre de 1985; *Belilos c. Suiza*, 29 de abril de 1988, y *Kruslin c. Francia*, 24 de abril de 1990.

Ahora bien, esa proximidad a la función «constitucional» del TEDH no implica una equiparación del juicio de constitucionalidad con el juicio de convencionalidad. Esencialmente porque el CEDH, a diferencia de la Constitución, establece un estándar mínimo europeo en materia de derechos fundamentales partiendo de la heterogeneidad jurídica y política de los Estados. Ello explica que el TEDH, a diferencia del Tribunal Constitucional, no realice una función uniformadora sino una función armonizadora de los sistemas de garantía existentes en Europa. De ello se derivan importantes consecuencias para el parámetro de enjuiciamiento del TEDH, que lo alejan del que pudiera utilizar el Tribunal Constitucional al examinar, por ejemplo, la ley penal. Así, el parámetro aplicable en el control de la convencionalidad de las medidas adoptadas por los Estados no es el de la identidad-conformidad con el estándar europeo sino el de la proximidad-compatibilidad entendida como principio de no contradicción (33). Podría afirmarse incluso que el juicio del TEDH solo impropiaamente puede denominarse control, puesto que este consta de dos elementos: el juicio sobre el respeto de la norma o acto controlado hacia una norma que se quiere salvaguardar, y una medida respecto al objeto controlado, que puede consistir en impedir la emisión del acto o en prelucir su eficacia (34). Tal como afirmó nuestro Tribunal Constitucional «[Nosotros] entendemos por inconstitucionalidad simplemente el juicio de contraste entre las dos normas [Constitución y ley] al que subsigue una consecuencia jurídica» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 2). Pues bien, el juicio de convencionalidad no incluye esa consecuencia consistente en una medida predeterminada por la Constitución o la ley respecto al acto o disposición enjuiciado, ya que en base al principio de subsidiariedad y al margen de apreciación, ambos reconocidos por la jurisprudencia del TEDH (35), los Estados gozan de libertad para determinar de qué manera alcanzan el mínimo establecido por el Convenio y cuáles son los instrumentos que deben implementarse para conseguirlo aunque siempre bajo la supervisión del propio Tribunal. Todo ello permite avanzar que la posición del TEDH frente al legislador penal estatal, representante de la soberanía popular, debería ser aún más respetuosa y deferente que la mostrada por nuestro Tribunal Constitucional. Este, como se ha visto, ha mantenido una actitud de cautela y autocontrol a la hora de interpretar los límites materiales que la Constitución impondría al legislador español, esencialmente a través de una aplicación muy poco intensa

(33) QUERALT JIMÉNEZ (2008): 104.

(34) RUIZ MIGUEL (1997): 41.

(35) QUERALT JIMÉNEZ (2008): 107. Ambos principios han sido recogidos también en el artículo 1 del Protocolo núm. 15, adoptado en Estrasburgo el 25.6.2013, y pendiente de ratificación por parte de algunos Estados.

del principio de proporcionalidad. También el TEDH acude a este principio para examinar la compatibilidad de las medidas (incluso legislativas) adoptadas por los Estados, en ejercicio del margen de apreciación, con el estándar europeo de protección de los derechos convencionales. El propio Tribunal ha definido su posición de deferencia no solo frente al legislador penal sino frente al régimen de justicia penal, al afirmar que este escapa en principio al control europeo que él mismo ejerce, siempre que el sistema no desconozca los principios de la Convención (*Achour c. Francia*, de 29 de marzo de 2006; *Kafkaris c. Chipre*, de 12 de febrero de 2008), y en consecuencia, debe reconocerse a los Estados un margen de apreciación para determinar la duración adecuada de las penas de prisión correspondientes a las distintas infracciones (*Vinter y otros c. Reino Unido*, de 9 de julio de 2013).

La posición del Tribunal de Estrasburgo frente al legislador penal vendría asimismo condicionada por otro de los criterios interpretativos utilizados en su jurisprudencia: el de los conceptos autónomos. De acuerdo con aquel, el significado de los términos del Convenio no se corresponde necesariamente con el que esos mismos términos poseen en los ordenamientos internos (36). Uno de los ámbitos en los que más se han utilizado los conceptos autónomos ha sido el Derecho penal, donde tanto sus nociones (pena, detención, acusación, legalidad, testigo), como la «materia penal», que condiciona la aplicabilidad del artículo 6 CEDH, son interpretadas de manera autónoma por el Tribunal de Estrasburgo (37). De especial interés resulta la interpretación que el TEDH ha realizado de la expresión «ley», que aparece en el artículo 7 CEDH («No hay pena sin ley») al consagrar el principio de legalidad penal. El texto del precepto no utiliza la palabra «ley» sino que dispone: «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el *derecho nacional o internacional*». No se limita, pues, a la ley en sentido formal sino que incluye la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales y el derecho internacional, de tal manera que a efectos del Convenio se consagra un principio de legalidad «descafeinado» por la eliminación de la garantía que comporta la exigencia de reserva absoluta de ley en sentido formal (38). De hecho, la legalidad del artículo 7 es sinónimo de «ley» tal como aparece en los párrafos 2 de los artículos 8 a 11, cuando se refieren a las restricciones de las que pueden ser objeto las libertades garantizadas en

(36) CASADEVALL (2012): 140.

(37) BURGORGUE-LARSEN (2005): 324.

(38) HUERTA TOCILDO (2009): 519.

cada uno de estos preceptos, las cuales deben estar «previstas por la ley» (39). Y en este sentido, el Tribunal entiende que «la noción de derecho («law») utilizada en el artículo 7 CEDH corresponde a la noción de «ley» que figura en otros artículos del Convenio, noción que engloba el derecho escrito como el no escrito e implica condiciones cualitativas, entre otras las de la «accesibilidad y la de la previsibilidad» (casos *S.W. c. Reino Unido* y *C.R. c. Reino Unido*, de 22 de noviembre de 1995; caso *Kafkaris c. Chipre*, de 12 de febrero de 2008). Tales exigencias no constituyen propiamente límites materiales al legislador penal, tal como estos se entienden en el presente trabajo. Sin embargo, ha de entenderse que los límites materiales afectan a la «ley» penal, tal como ha sido interpretada por el TEDH.

2. Límites a la ley penal según la jurisprudencia del TEDH

La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en materia penal se ha centrado esencialmente en la interpretación de las garantías procesales contenidas en el Convenio y los Protocolos (arts. 6, 7 CEDH; arts. 2 y 4 del Protocolo 7), cuyo ámbito, en ocasiones, se ha ampliado; y en la «procedimentalización» de algunos derechos sustantivos (arts. 2 y 3 CEDH) a fin de fortalecer el ejercicio concreto de la tutela en materia de derechos humanos (40). Se trata, como puede verse, de aspectos relacionados con las garantías procesales penales (41) pero no de garantías destinadas a limitar materialmente al legislador penal con el objetivo de establecer un Derecho penal mínimo.

A pesar de ello, existen algunos pronunciamientos en los que el Tribunal, directa o indirectamente, se ha enfrentado a los límites materiales: un primer grupo, en el que ha abordado algunos límites explícitos contenidos en el propio

(39) BURGORGUE-LARSEN (2005): 328. La autora cita a estos efectos los casos *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de marzo de 1993; *Sunday Times c. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979; *Kruslin et Huvin c. Francia*, de 24 de abril de 1990; *S.W. c. Reino Unido*, de 22 de noviembre de 1995; *Cantoni c. Francia*, de 15 de noviembre de 1996. A ellas podría añadirse la reciente Sentencia de la Gran Sala en el asunto *Del Río Parada c. España*, de 21 de octubre de 2013, donde el Tribunal declara: «La noción de “Derecho” (“law”) utilizada en el artículo 7 corresponde a la de “Derecho” que figura en otros artículos del Convenio; incluye el derecho de origen, tanto legislativo como jurisprudencial, e implica condiciones cualitativas, como las de accesibilidad y previsibilidad» (ap. 93).

(40) BURGORGUE-LARSEN (2005): 373.

(41) BURGORGUE-LARSEN (2007). Este trabajo pone de manifiesto que la jurisprudencia del TEDH se ha centrado esencialmente en las garantías procesales penales, ya que el hilo conductor de su análisis lo constituye el desarrollo del proceso penal, desde las diligencias hasta el juicio.

Convenio; un segundo grupo, en el que ha identificado otros límites derivados de los derechos convencionales que se verían restringidos desproporcionadamente por una legislación penal estatal, y un tercer grupo, en el que ha declarado la obligación del legislador penal de tutelar algunos derechos convencionales.

a) *Interpretación de los límites materiales contenidos en el Convenio*

Entre los pronunciamientos del primer grupo merece destacarse la sentencia relativa a la pena de muerte (asunto *Öcalan c. Turquía*, de 12 de marzo de 2003), dictada antes de la entrada en vigor del Protocolo núm. 13 (1 de julio de 2003), que declaró la abolición de dicha pena «en todas las circunstancias», prohibiendo a los Estados cualquier excepción o reserva a dicha supresión. En aquella resolución el Tribunal constataba una evolución hacia el abandono casi total en Europa de la pena de muerte en tiempos de paz (el art. 2 del Protocolo núm. 6 aún la permitía «por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra»), que demostraría «un acuerdo de los Estados para abrogar, o al menos modificar sustancialmente la excepción a la pena de muerte recogida en artículo 2 CEDH» (42). Concluyendo después que «a la vista de la convergencia de todos esos elementos, puede decirse que la pena de muerte en tiempos de paz se ha venido a considerar como una forma de sanción inaceptable, es decir inhumana, que no está autorizada por el artículo 2 [del Convenio]» (43). En consecuencia, el legislador español sí podría constitucionalmente restablecer la pena de muerte mediante «leyes penales militares para tiempos de guerra» (art. 15 CE), pero ello sería contrario al artículo 2 CEDH tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Estrasburgo (44).

En este grupo debemos también referirnos a algunos pronunciamientos relativos a la prohibición de las «penas inhumanas o degradantes» (art. 3 CEDH), que ha sido objeto de numerosas sentencias sobre la pena de cadena perpe-

(42) La redacción original (y actual) de este artículo, en su apartado 2, prevé una serie de excepciones que hacen compatible la pena de muerte con el Convenio bajo ciertas condiciones, siendo el propósito del precepto someter dicha pena a límites básicos, como el principio de legalidad penal y ciertas garantías contempladas en el artículo 6 CEDH.

(43) Con anterioridad, el Tribunal había calificado la pena de muerte como «trato inhumano y degradante» en el caso *Soering c. Reino Unido*, 7 de julio de 1989.

(44) Según REY MARTÍNEZ (2009): 75, nota 7, el artículo 15 CE no prohibiría que España ratificara el Convenio porque no contiene una obligación de prever la pena de muerte en este supuesto sino tan solo una posibilidad permitida a la cual se renunciaría válidamente en caso de ratificar el Protocolo, como efectivamente se hizo el 27 de noviembre de 2009.

tua (45). Merece destacarse la ya citada del caso *Kafkaris c. Chipre*, de 12 de febrero de 2008, en la que la Gran Sala se pronunció sobre la compatibilidad con el artículo 3 CEDH de la condena a cadena perpetua del demandante por un crimen de asesinato. El Tribunal recuerda su doctrina según la cual la pena de cadena perpetua para un adulto no está prohibida por el artículo 3 ni por otro precepto del Convenio, y que este no confiere un derecho al re-examen de la pena por las autoridades internas en vistas a una remisión o interrupción definitiva, si bien esta posibilidad es un factor a tener en cuenta para apreciar la compatibilidad de una cadena perpetua con el artículo 3 CEDH (ap. 98). Aplicando su doctrina al caso, y una vez constatado que no existe una tendencia clara entre los Estados sobre la cadena perpetua y las posibilidades de revisión, la Gran Sala concluye que, teniendo en cuenta las posibilidades de liberación o remisión por el presidente de la República, el recurrente no puede sostener que ha sido privado de toda perspectiva de liberación ni que su mantenimiento en prisión sea constitutivo de un «trato inhumano o degradante». Debe tenerse en cuenta que al interpretar este inciso del artículo 3 CEDH, el Tribunal entiende que la prohibición que contiene el precepto no se dirige tanto a la norma que fija la pena como a la ejecución de la misma, procediendo a constatar en cada caso si esa ejecución ha producido «humillación o envilecimiento» en la víctima, y además si ha alcanzado «un determinado nivel» (caso *Tyler c. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978) (46).

En la posterior sentencia del caso *Vinter y otros c. Reino Unido*, de 9 de julio de 2013, la Gran Sala se enfrentó a la compatibilidad con el Convenio de la regulación de la cadena perpetua vigente en el Reino Unido después de la *Criminal Justice Act* de 2003, cuya aplicación a los recurrentes supuso su condena por asesinato a una cadena perpetua obligatoria «real» (*whole life order*), prevista solo para casos de gravedad excepcional y solo revisable discrecionalmente por el Ministro responsable por motivos humanitarios, enfermedad mortal o invalidez, por lo tanto sin posibilidad de liberación condicional. El Tribunal, siguiendo a la Sala, declara que esa pena suscita una cuestión en el

(45) La mayoría no se pronuncian sobre la ley que contempla dicha pena sino sobre la forma y circunstancias de su aplicación: caso *Thynne, Wilson y Grunnell c. Reino Unido*, de 25 de octubre de 1990 (por vulneración del art. 5.4 CEDH); caso *Singh c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1996 (art. 5.4 CEDH); caso *Stafford c. Reino Unido*, de 28 de mayo de 2002 (art. 5.1 CEDH); caso *V. c. Reino Unido*, de 16 de diciembre de 1999 (vulneración del art. 3 CEDH por diversos factores, entre otros, la corta edad de la responsabilidad penal).

(46) Ver también el caso *Campbell y Constans c. Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982 y el caso *Yankov c. Bulgaria*, de 11 de diciembre de 2003, el primero sobre una medida disciplinaria, y el segundo sobre una sanción penitenciaria.

terreno del artículo 3 si puede demostrarse que ningún motivo legítimo de orden penal (penológico) permite justificar el mantenimiento en prisión del interesado, o que la pena sea irreductible *de facto* y *de iure*. Pero al mismo tiempo señala que los Estados deben gozar de un margen de apreciación para determinar la duración adecuada de las penas de prisión. Ahora bien, para ser compatible con el artículo 3 CEDH, la cadena perpetua debe ofrecer una posibilidad de liberación y una posibilidad de revisión ya que para los condenados de por vida también vale el imperativo de la reinserción, como se desprende de las resoluciones en materia penitenciaria del Consejo de Europa y de otros instrumentos del Derecho internacional (ap. 119). La pena de cadena perpetua debe, pues, permitir una revisión por parte de las autoridades nacionales a fin de constatar si en el curso de la ejecución de la pena el condenado ha progresado en la vía de la reinsertabilidad, ostentando los Estados un margen de apreciación sobre la forma administrativa o jurisdiccional de tal revisión. El Tribunal entiende que en el caso concreto, la legislación del Reino Unido no es clara sobre las posibilidades excepcionales de liberación de los condenados a cadena perpetua, y no contiene un mecanismo especial que permita la revisión de las penas de cadena perpetua real, concluyendo que en este caso no se han cumplido las exigencias del artículo 3 CEDH.

b) *Límites a las restricciones de derechos convencionales impuestas por leyes penales*

En este segundo grupo estarían aquellos pronunciamientos en los que el Tribunal ha declarado que una determinada legislación penal era contraria al Convenio por restringir desproporcionadamente un derecho convencional sustantivo y, por lo tanto, realizando complejos juicios de ponderación entre bienes protegidos y derechos sacrificados en los que el TEDH utiliza, además, el mencionado criterio del margen de apreciación.

Uno de los más interesantes es el caso *Hirst c. Reino Unido*, de 6 de octubre de 2005, donde el Tribunal se enfrentó a una ley británica (la *Representation of the People Act 1983*) cuyo artículo 3 desposeía a los condenados y encarcelados en un establecimiento penitenciario de su derecho al voto en las elecciones parlamentarias o locales. El demandante era un recluso que cumplía una pena de prisión perpetua discrecional, cuya parte irreductible o mínima (*tariff*) había expirado en 1994 pero fue mantenido en prisión por consideraciones de riesgo y peligrosidad. En su recurso denunció vulneración del artículo 3 del Protocolo núm. 1, según el cual «las Altas Partes Contratantes se comprometen

a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo». La Gran Sala confirma la sentencia de la Sala (caso *Hirst c. Reino Unido*, de 30 de marzo de 2004), rechazando —y este es un aspecto destacable para el tema que aquí se aborda— la objeción del Gobierno británico que reprochaba a la Sala haber apreciado en abstracto la compatibilidad de la legislación (penal) con el Convenio. La Gran Sala sostiene que puesto que el demandante se ha visto afectado de forma directa e inmediata por la disposición legislativa, la Sala «ha examinado justamente la compatibilidad de esta medida con la Convención, sin preocuparse de saber si en el caso de haber sido redactada en términos compatibles con la Convención, el demandante habría podido verse desprovisto igualmente del derecho de voto» (ap. 72). En cuanto al fondo, el Tribunal admite ahora que las finalidades de la restricción (prevenir el crimen y reforzar el sentido cívico y el respeto al Estado de Derecho) son adecuadas, pero confirma que aquella es desproporcionada al considerar que esa «[restricción] general, automática e indiferenciada [dado que se aplica independientemente de la duración de la pena o la gravedad de la infracción] a un derecho consagrado por el Convenio y que reviste una importancia crucial, sobrepasa el margen de apreciación aceptable, por amplio que sea, y es incompatible con el artículo 3 del Protocolo núm. 1» (ap. 82).

En la posterior sentencia dictada en el caso *Dickson c. Reino Unido*, de 4 de diciembre de 2007, la Gran Sala se hace eco de los pronunciamientos del caso *Hirst* para declarar, en contra de lo decidido por la Sala, que el rechazo por parte del Ministro del Interior de la demanda de un preso y su esposa de recurrir a la inseminación artificial violaba el artículo 8 CEDH, el cual consagra el derecho al respeto la vida privada y familiar. De nuevo el Tribunal acude al juicio de proporcionalidad y al margen de apreciación, pero en esta ocasión no se atribuye la vulneración a una ley penal sino a una decisión del Ministro del Interior, que en aplicación de la *Prision Act 1952* siguió una determinada política en relación con las demandas de inseminación artificial de los presos, la cual no se plasmó, sin embargo, en una norma legal. También se remitió al caso *Hirst* la Sentencia *Anchugov y Gladkov c. Russia*, de 4 de julio de 2013, en la que se declaró de nuevo la vulneración del artículo 3 del Protocolo núm. 1. En este supuesto por privar del derecho de voto a dos ciudadanos rusos condenados a quince años de prisión, en aplicación ya no de una ley ordinaria sino del artículo 32.3 de la Constitución rusa, el cual prevé la prohibición total del derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos condenados a prisión por una sentencia.

Deben mencionarse aquí las sentencias relacionadas con una legislación penal homófoba, que el Tribunal reputa contraria al derecho a la vida privada

consagrado en el artículo 8.1 CEDH. Así, la ya citada del caso *Dudgeon* (1981) sobre la legislación del siglo XIX vigente en Irlanda del Norte, que penaban la «buggery» (sodomía entre hombre) y «actos de indecencia grave» entre personas de sexo masculino, que, sin embargo, fueron despenalizados en Inglaterra en 1967. El Tribunal estima que desde el punto de vista de la proporcionalidad, las consecuencias dañinas que la misma existencia de las disposiciones legislativas puede acarrear para la vida de una persona homosexual prevalecen sobre los argumentos del Gobierno en contra de modificar el Derecho vigente, que no pueden considerarse injerencias legítimas a los efectos del apartado 2 del artículo 8 CEDH. «Despenalizar», afirma, no significa aprobar, y el miedo a ver ciertos medios sacar conclusiones erróneas de una reforma de la legislación no constituye una razón para mantenerla en vigor (ap. 61). La Sentencia concluye que la restricción impuesta por el derecho norirlandés al derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) del recurrente, dada su amplitud y su carácter absoluto, es desproporcionada, y por ello declara la violación de aquel derecho del Convenio.

La fundamentación de esta Sentencia se aplicará posteriormente en el caso *Norris c. Irlanda*, de 26 de octubre de 1988, donde el Tribunal estimará la demanda de un profesor dublinés, quien denunció los efectos de la legislación irlandesa sobre su derecho a la vida privada (art. 8.1 CEDH), declarando el Tribunal que aquel ha sido violado por la «legislación» contestada. Y en el caso *Smith y Grady c. Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1999, donde los recurrentes fueron expulsados del ejército británico del aire por su condición homosexual constatada después de una larga investigación interna. El Tribunal entiende que el Gobierno británico no dió razones convincentes y sólidas para justificar su «política» en materia de homosexualidad en el Ejército y la consiguiente expulsión de los recurrentes, que habrían visto vulnerado su derecho a la vida privada. Siguiendo esa misma jurisprudencia, el Tribunal estimó en el caso *Modinos c. Chipre*, de 22 de abril de 1993, que el Código penal chipriota, al castigar las relaciones homosexuales, comportaba una atentado al derecho a la vida privada (art. 8 CEDH).

Aún en este grupo deben incluirse las Sentencias sobre una legislación penal que se reputa contraria al Convenio por vulnerar la libertad de expresión (art. 10 CEDH). Este es el supuesto del caso *Colombani y otros c. Francia*, de 25 de junio de 2002. Colombani, director del prestigioso diario francés *Le Monde*, y otros periodistas, fueron condenados penalmente por un delito de ofensa hacia un Jefe de Estado extranjero tras haber publicado un artículo en el que se involucraba al Rey Hassan II en el tráfico de drogas en Marruecos. Y ello en aplicación de la Ley de prensa de 1881 que preveía un delito de ofensa contra un Jefe de Estado extranjero sancionado con una pena de encarcelamiento de un año y

una sanción financiera, o solamente por una de esas penas. El Tribunal declaró que el delito atentaba contra la libertad de expresión y no respondía a ninguna «necesidad social imperiosa» susceptible de justificar esa restricción. En concreto, señaló que era el régimen especial de protección previsto para los Jefes de Estado extranjeros lo que atentaba contra la libertad de expresión. Asimismo, declaró que a pesar del margen de apreciación de las autoridades nacionales no existía una relación razonable de proporcionalidad entre las restricciones a la libertad de expresión de los recurrentes, y los fines legítimos perseguidos, de ahí la violación del artículo 10 CEDH. Como se ha puesto de manifiesto, en este caso el Tribunal no solo controló la decisión del juez penal francés, sino que se atrevió a juzgar el contenido de la ley penal lo cual demostraría que el control del TEDH puede conducir a declarar «la inconventionalidad de una ley» (47).

La doctrina del caso *Colombani* ha sido reiterada posteriormente en otras resoluciones, en las que, sin embargo, no se atribuía la violación del artículo 10 TEDH a la legislación penal sino a su aplicación por los órganos jurisdiccionales que habían dictado la sentencia condenatoria. Así, en el caso *Artun y Güvener c. Turquía*, de 26 de junio de 2007, en el que dos periodistas turcos fueron condenados por un delito de insulto al Presidente de la República. El Tribunal afirma que lo declarado en *Colombani* es de aplicación al caso, y reitera que «una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el campo de la prensa solo es compatible con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales, en particular cuando se haya afectado a otros derechos fundamentales» (ap. 32).

También en el asunto *Otegi Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011, se entendió vulnerado el artículo 10 CEDH por la condena del político vasco a un año de prisión como autor de un delito de injurias graves al Rey (art. 490.3 CP) por las declaraciones vertidas en una rueda de prensa en las que le calificó de «jefe máximo del Ejército español, es decir, el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia». El Tribunal imputa la violación a los órganos jurisdiccionales, pues estima que a pesar del margen de apreciación de las autoridades nacionales, la condena del demandante es desproporcionada al objetivo contemplado. Pero reitera dos criterios que pueden considerarse dirigidos al legislador penal: uno, que una mayor protección otorgada por una ley especial en materia de ofensas no se ajusta, en principio, al espíritu del Convenio (ap. 55), y dos, que si bien es totalmente legítimo que las instituciones del Estado estén protegidas por las autoridades competentes en su calidad de garantes del orden público institucional, la posición dominante que estas Insti-

(47) BURGORGUE-LARSEN (2007): 369.

tuciones ocupan obliga a las autoridades a demostrar contención en el uso de la vía penal (ap. 58).

Finalmente, en el caso *Eon c. Francia*, de 14 de marzo de 2013, el Tribunal se pronuncia de nuevo sobre una legislación penal que en sí misma vulneraría el artículo 10.1 CEDH. El recurrente era un ciudadano francés que fue condenado por un delito de ofensas al Presidente de la República, tipificado en una ley de 1881, por exhibir un cartel al paso del cortejo presidencial con una frase («casse toi pov'con») que aquel había proferido en otro acto contra un agricultor que rechazó estrecharle la mano. El Tribunal considera que sancionar penalmente tales comportamientos es susceptible de tener un efecto disuasorio en las intervenciones satíricas relativas a temas sociales que pueden jugar un papel importante en el libre debate de cuestiones de interés general sin el cual no existiría una sociedad democrática (ap. 61). Y en vista de ello juzga que el recurso a una sanción penal por las autoridades competentes fue desproporcionada al fin perseguido y no era, pues, necesaria en una sociedad democrática.

c) *Obligaciones del legislador penal de tutelar los derechos convencionales*

El concepto de límite adoptado en esta contribución incluye, como se ha dicho, los mandatos de criminalización dirigidos al legislador penal que hayan sido identificados por los últimos intérpretes de cada orden normativo vigente, en este caso, por la jurisprudencia del TEDH. Este ha entendido que algunos derechos, como el derecho a la vida, generan obligaciones de tipo sustancial derivadas del artículo 1 CEDH, como sería el deber del Estado de no lesionar por sí mismo la vida humana (art. 2 CEDH); pero también obligaciones que van más allá del «deber primordial» de instituir una legislación penal concreta disuadiendo de cometer actos ilícitos contra las personas. Junto a estas, el Tribunal ha identificado también obligaciones positivas de tipo «procedimental», como, por ejemplo, la protección procesal del derecho a la vida que implica y exige conducir una forma de investigación eficaz cuando los agentes del Estado han provocado la muerte de un hombre (*Mc Cann c. Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1995).

Además de las anteriores obligaciones, y siguiendo el ejemplo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el TEDH ha contemplado un deber de protección de los derechos convencionales mediante el Derecho penal, cuyo incumplimiento acarrearía una violación de las obligaciones contraídas por el Estado. Se trata, pues, de obligaciones internacionales de tutela penal, explícitas o implícitas, que recaen en primer lugar sobre el legislador estatal, el cual ha de

cumplir ese deber de criminalizar en abstracto las conductas lesivas de ciertos derechos fundamentales. Tal como se ha puesto de manifiesto (48), el Tribunal ha entendido que ese deber podía ser violado en distintos supuestos: *a*) una laguna originaria de punibilidad de una conducta (caso *X e Y c. Países Bajos*, de 26 de marzo de 1985); *b*) ausencia de un tipo penal para criminalizar eficazmente la lesión de un derecho fundamental (caso *Siliadin c. Francia*, de 4 de diciembre de 2005); *c*) existencia de causas de justificación demasiado extensas (caso *A. C. Reino Unido*, de 23 de septiembre de 1988); *d*) leyes de amnistía que impidan la acción penal contra crímenes lesivos de derechos fundamentales (caso *Abdülsamet Yaman c. Turquía*, de 2 de noviembre de 2004); *e*) previsión de penas demasiado débiles (caso *Paduret c. Moldavia*, de 5 de febrero de 2010). A los anteriores se puede añadir el supuesto de la definición de un delito que se considera contraria al Convenio por exigir una determinada conducta en la víctima, en concreto, cuando para ley penal solo existe delito de violación si ha concurrido resistencia física por parte de aquella, con el riesgo de dejar impunes ciertos tipos de violación (caso *M. C. c Bulgaria*, 4 de diciembre 2003).

La interpretación que la jurisprudencia del TEDH ha realizado de las obligaciones de tutela penal de los derechos convencionales plantea algunas dudas sobre el cambio de función de los derechos, que pasarían de ser límites al poder de castigar a ser objeto del mismo, y por ello factor de expansión del Derecho penal. Pero esa interpretación también plantea dudas sobre la falta de legitimación democrática de los tribunales internacionales para imponer obligaciones de ejercicio del *ius puniendi* dirigidas al Estado, que cuestionarían el principio *nullum crimen sine lege* (49).

IV. CONCLUSIONES

El legislador penal español, que opera en un espacio de pluralismo constitucional, se encuentra sometido a límites materiales contenidos en la Constitución y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El examen de la interpretación de estos límites por parte del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos permite formular algunas conclusiones.

Nuestro Tribunal Constitucional ha sido muy deferente hacia el legislador penal, pues ha utilizado con gran cautela el principio de proporcionalidad como límite material hasta el punto de que aquel casi no ha operado como límite de

(48) Sigo en este punto el clarificador trabajo de VIGANÓ (2012): 316.

(49) VIGANÓ (2012): 327.

los límites. Ello ha sido, en general, aceptado por la doctrina basándose en dos argumentos: que la Constitución no contiene un «programa penal», y que las dificultades para llevar a cabo complejos juicios criminológicos y valorativos desapoderarían al legislador de su función. Tal postura, sin embargo, plantea algunas cuestiones. La primera es si el hecho de conceder al legislador penal una libertad de configuración tan amplia en un momento de expansión del Derecho penal no compromete seriamente el programa político garantista despenalizador. Puede resultar ser paradójico que al ejercer el más terrible de los poderes, el poder de castigar, el legislador se vea sometido, según la jurisprudencia, a tan pocos y tan débiles límites materiales derivados de la Constitución. Ello sugiere que quizá el guardián de la Constitución no asegure que el ordenamiento penal ha de reservarse para los atentados más intolerables contra los bienes más fundamentales. La segunda cuestión que se plantea se refiere al papel del mismo Tribunal, que al renunciar a ejercer un control exigente de las leyes que establecen delitos y fijan penas, impide un debate real y a fondo sobre las decisiones de las mayorías, que afecten a los derechos fundamentales. Si aquel se muestra tan poco exigente en su control, el legislador se vería en la necesidad de deliberar e intentar justificar sus decisiones ante los electores y la opinión pública, pero no ante el juez de la constitucionalidad. Cabe preguntarse entonces hasta qué punto la Constitución opera como límite material al legislador penal, y cuál es su eficacia para asegurar el programa garantista del Derecho penal mínimo.

También el TEDH se ha mostrado deferente frente al legislador penal de los Estados signatarios del Convenio, acudiendo asimismo al principio de proporcionalidad y al margen de apreciación para examinar la compatibilidad de las leyes penales con el estándar europeo de protección de los derechos convencionales. Pero ha sido más activo a la hora de fijar límites materiales a través de tres vías: la interpretación de los límites materiales contenidos en el Convenio, especialmente la prohibición de las penas inhumanas o degradantes; la fijación de límites a las restricciones desproporcionadas de derechos convencionales impuestas por el legislador penal, por ejemplo sobre el derecho a la vida privada o la libertad de expresión; y la creación de obligaciones de proteger penalmente ciertos derechos convencionales, que pasarían de ser límites al poder de castigar a ser objeto del mismo.

Estas son unas primeras conclusiones sobre la interpretación que han realizado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los límites materiales al legislador penal. Con ellas se pretende contribuir al debate sobre el Derecho penal mínimo y la expansión del Derecho penal en un espacio de pluralismo constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- BILBAO UBILLOS, Juan María (2000): «La excarcelación tenía un precio. El Tribunal enmienda la plana al legislador (Comentario a la STC 136/1999, en el caso Mesa Nacional de HB)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000, págs. 277-342.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2005): «La Corte Europea de los Derechos Humanos y el Derecho penal», *Anuario de derecho internacional*, XXI, págs. 317-378.
- (2007): «Aspectos recientes de la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos en asuntos penales», <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2486/21.pdf>.
- BUSTOS GISBERT, Rafael (2012): «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales» *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, págs. 13-63.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1996): *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CASADEVALL, Josep (2012): *El Convenio europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CUERDA RIEZU, Antonio (2011): *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión (Porqué son inconstitucionales en España)*, Barcelona, Atelier.
- DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis (2005): «El control de constitucionalidad de las leyes penales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75, págs. 59-106.
- FERRAJOLI, Luigi (1993): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.
- FERRERES COMELLA, Víctor (2012): «El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios», en MIR PUIG, S.-CORCOY BIDASOLO, M. (eds.), *Constitución y sistema penal*, Madrid, Marcial Pons.
- GONZÁLEZ BEILFUS, Markus (2003): *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi.
- HUERTA TOCILDO, Susana (2000): «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC.
- (2009): «El contenido debilitado del principio de legalidad penal», en GARCÍA ROCA, Javier-SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los Derechos*, Madrid, CEPC.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1999): *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2012): «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *InDret 3/2012*, pág. 1-32.
- LOPERA, Gloria Patricia (2006): *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, CEPC.
- MIR PUIG, Santiago (2011): *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Madrid, Iustel.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2009): *Justicia y Derechos Constitucionales*, Madrid, Trotta.

- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia (2008): *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2009): «La protección jurídica de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: un derecho en transformación y expansión», en GARCÍA ROCA, Javier-SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los Derecho*, Madrid, CEPC.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa (2009): «Expansión del Derecho Penal y límites constitucionales», en CARBONELL, J. C. y otros, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal* (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), Tirant lo Blanch, t. II.
- (2012): *Libertad de expresión, discurso extremo y delito (Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal)*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (2002): *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas.
- RUIZ MIGUEL, Carlos (1997): *La ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos.
- RUIZ ROBLEDO, Agustín (2003): *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro (1999): *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, CGPJ.
- SILVA, Jesús María (1999): *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas.
- TIEDEMANN, Klaus (1991): «Constitución y Derecho Penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, págs. 145-171.
- URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín (2001): «El valor constitucional del mandato de resocialización», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 63, págs. 43-78.
- VIGANÒ, Francesco (2012): «Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH», en MIR PUIG, S.-CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid, Marcial Pons.
- VON HIRSH, Andrew-SEELMANN, Kurt-WOHLERS, Wolfrang (ed. alemana)/ROBLES PLANAS, Ricardo (ed. española) (2012): *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2005): *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta (6.ª ed.).