



COLECCIÓN DE **DERECHO PENAL**

LEGALIDAD PENAL COMO LIMITACIÓN AL PODER PUNITIVO

Roberto Navarro-Dolmestch

*Profesor de Derecho penal
Universidad Autónoma de Chile*

Prólogos

Patricia Faraldo Cabana

José Ángel Brandariz García

Catedráticos de Derecho penal de la Universidade da Coruña

REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL

TÍTULOS PUBLICADOS

- La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal**, *María Acale Sánchez* (2006).
- Derecho penal de la empresa e imputación objetiva**, *Bernardo Feijoo Sánchez* (2007).
- Punibilidad y delito**, *Érika Mendes de Carvalho* (2007).
- Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto**, *Manuel Cancio Meliá* (2010).
- La responsabilidad penal de los funcionarios por delitos ambientales**, *Cristóbal Javier Cantero Cerquella* (2010).
- La ocupación de inmuebles en el Código Penal español**, *José Miguel Jiménez París* (2018).
- Triple de la mayor y condenas eternas. A propósito del Acuerdo del TS de 27 de junio de 2018**, *Puerto Solar Calvo* (2019).
- Malversación y blanqueo en la contratación pública de abogados defensores**, *Jordi Casas Hervilla* (2019).
- Siniestralidad vial, delitos imprudentes y fuga**, *Rosario de Vicente Martínez* (2019).
- Lineamientos de la violencia en el derecho penal del deporte**, *José Manuel Ríos Corbacho* (2019).
- Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales**, *María Acale Sánchez* (2019).
- Los instrumentos de valoración y gestión de riesgos en el modelo de penalidad español**, *David Castro Liñares* (2019).
- Régimen penológico del concurso real de delitos**, *Jorge Vizueta Fernández* (2020).
- Derecho penal del enemigo en España**, *Cristian Sánchez Benítez* (2020).
- El delito de trata de seres humanos: el artículo 177 bis del Código Penal**, *Tania García Sedano* (2020).
- El Derecho Penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución**, *Eduardo Demetrio Crespo* (2020).
- Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites**, *Jordi Casas Hervilla* (2020).
- La pena de prisión en medio abierto. Un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad**, *Ana Cristina Rodríguez Yagüe* (2021).
- La medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos imputables. Su implementación práctica a través de 30 casos**, *María Pilar Marco Francia* (2021).
- Los hurtos cualificados. Práctica jurisprudencial**, *Rosario de Vicente Martínez* (2021).
- Concordia en las Cortes y violencia en las cárceles: la transición penitenciaria española**, *Antonio Andrés Laso* (2021).
- Delitos contra la Administración Pública y corrupción: criterios de imputación al superior jerárquico**, *Erick Guimaray* (2021).
- El trabajo forzoso, la esclavitud y sus prácticas análogas como finalidades del delito de trata de seres humanos**, *Tania García Sedano* (2021).
- La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del artículo 22.1 del código penal**, *José Mateos Bustamante* (2021).
- El control del SARS-CoV-2 en el sistema penitenciario**, *Eugenio Arribas López* (2021).
- Legalidad penal como limitación al poder punitivo**, *Roberto Navarro-Dolmestch* (2022).

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL

Directora:

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

LEGALIDAD PENAL COMO LIMITACIÓN AL PODER PUNITIVO

Roberto Navarro-Dolmestch

*Profesor de Derecho penal
Universidad Autónoma de Chile*

Prólogo

Patricia Faraldo Cabana

José Ángel Brandariz García

Catedráticos de Derecho penal de la Universidade da Coruña

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2022

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2022)
ISBN: 978-84-290-2631-3
Depósito Legal: M 12230-2022
Diseño de portada: Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

PRÓLOGO

PATRICIA FARALDO CABANA

Cuando Roberto Navarro Dolmestch me comunicó en 2018 que quería hacer la tesis doctoral en la Universidade da Coruña, y que quería que yo se la dirigiera, me dio una gran alegría. Por un lado, porque ya le conocía desde hacía muchos años. En el año 2000, siendo yo una joven titular de Derecho Penal, él había venido a España como parte de un intercambio de estudiantes de la licenciatura entre las Universidades de Talca, Chile, y A Coruña. Su estancia con nosotros fue muy fructífera. Supo integrarse perfectamente en el área de Derecho Penal, donde en ese corto espacio de tiempo se hizo imprescindible. Hasta el punto de que apenas unos meses después de su regreso a Chile, colaboró en la organización, con Jean Pierre Matus, de un seminario internacional sobre Derecho Penal medioambiental en el que tuvimos ocasión de participar prácticamente todos los que entonces trabajábamos en el área coruñesa de Derecho Penal. Desde entonces, hubo ocasión para otros encuentros. Por nuestra parte, diversas visitas a universidades chilenas, a veces promovidas por él, nos permitieron participar en actividades docentes en Talca y Santiago de Chile. Por su parte, su formación siguió diversos derroteros que lo acercaban a España, como la realización de un máster en la Universidad Pompeu Fabra, con ocasionales saltos a La Coruña. Su dedicación a la Fiscalía durante varios años supuso un hiato que se cerró cuando decidió, en 2015, volver a la docencia e investigación universitaria, esta vez en la Universidad Autónoma de Chile, lo que nos permitió retomar el contacto a nivel científico, pues el personal nunca se había perdido.

Pero había otro motivo para mi alegría ante su propuesta. En todo ese período, Roberto Navarro no dejó de escribir. Cuando empieza a trabajar en la tesis doctoral ya es autor de artículos en conocidas revistas chilenas (como *Ius et Praxis* o la *Revista de Derecho de la Universidad Católica*

de Valparaíso), pero también de capítulos en libros colectivos publicados por prestigiosas editoriales (Editorial Jurídica de Chile, Tirant lo Blanch o Ediciones Jurídicas de Santiago), e incluso de monografías (Criterios de actuación jurídica del Ministerio Público, Librotecnia, 2017), comentarios (Texto y comentario del Código Penal chileno, Editorial Jurídica de Chile, 2002) y manuales (Derecho procesal chileno, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2018). Por tanto, no era precisamente un recién graduado, sino un investigador maduro, con experiencia práctica y con obras ya publicadas. Esto ha hecho que la dirección de su tesis doctoral sea a la vez muy fácil y muy difícil. Muy fácil, porque Roberto Navarro sabía muy bien lo que quería escribir y cómo hacerlo. Mi labor, en este sentido, se ha limitado a unas pocas indicaciones formales y algún consejo de fondo. Pero también muy difícil, porque el tema se las trae.

En efecto, la tesis doctoral se tituló «De la legalidad penal a la juridicidad proporcional como criterio de la limitación de la potestad punitiva». Se apartaba, así, de la tónica habitual en el área de Derecho Penal de la UDC, en la que el primer trabajo investigador de sus integrantes suele girar sobre temas de parte especial. Roberto Navarro eligió un tema de parte general, complicado en cuanto que, al tratarse de una cuestión clásica del Derecho Penal, la aproximación había de ser necesariamente histórica, pero al mismo tiempo con una perspectiva comparada que podía dificultar el estudio, necesariamente a caballo, además, entre Chile y España. A ello se añadía la perspectiva procedimental con la que Roberto Navarro abordó el análisis de la legalidad penal, entendiendo que su significado se nuclea en torno a la forma en que debe producirse la norma penal. A partir de ahí, Roberto Navarro extrae una serie de consecuencias: que el contenido de la norma penal no forma parte del objeto de regulación de la norma penal; que solo la garantía de representatividad y consenso del legislador penal justifica que detente la potestad punitiva; que el funcionamiento de la legalidad penal como regla de reconocimiento es de difícil compatibilidad con el Derecho internacional de los derechos humanos; y, ya desde una perspectiva histórica, que el carácter procedimental de la legalidad penal es fruto de una evolución secular, y no se encuentra en las versiones ilustradas del principio. La necesidad de limitar el poder punitivo del Estado, que no puede cumplir la legalidad penal, lleva a Roberto Navarro a la parte más original de su tesis, donde adopta la proporcionalidad como modelo explicativo del estatuto constitucional sobre restricción de derechos. Para hacerlo, plantea una reconstrucción del axioma *nullum crimen nulla poena sine lege* que le permite introducir con más rotundidad los derechos fundamentales en la creación y aplicación del Derecho Penal y

proponer, finalmente, un modelo de constricción del ejercicio del poder punitivo del Estado basado en criterios jurídicos sólidamente apoyados en unas normas previas, que son las que definen los contornos de los derechos fundamentales.

El lector podrá apreciar en la obra que tiene en sus manos la profundidad de análisis, la finura argumental y el completo aparatage bibliográfico que hacen de esta monografía un hito en la dogmática penal en lengua española, con una propuesta original y convincente que sabe salir de la mera exégesis de lo que han dicho otros para atreverse a formular un nuevo modelo de juridicidad proporcional y de su operatividad que permite una más intensa conexión del Derecho Penal con la ideología de los derechos humanos. Una propuesta que, con la historia chilena y española en mente, no puede sino suscitar una mirada interesada y reflexiva. Se podrá estar o no de acuerdo, pero no se podrá dejar de citar esta obra cuando en el futuro se hable de legalidad penal.

No me queda sino agradecer a Roberto Navarro la confianza que en su día depositó en mí al elegirme como directora de su tesis. Al mismo tiempo, también he de agradecer a José Ángel Brandariz García y a Cristina Fernández Bessa que le acogieran y le ofrecieran un enorme apoyo personal durante los difíciles momentos del confinamiento en pandemia, cuando Roberto estaba en España, sin poder viajar y con muy escasas posibilidades de contacto humano con todos nosotros, y al mismo tiempo una difícil y dolorosísima situación familiar en Chile. A Branda, en particular, porque ha ejercido de co-director, sin llegar a serlo formalmente, lo que justifica que también él firme este prólogo. Además, quisiera agradecer a María Ángeles Fuentes y a Silvia Rodríguez, que compartieron despacho con Roberto, el cariño y la ayuda que en todo momento le prestaron, al igual que los restantes miembros del área. Por supuesto, también a los miembros de su tribunal de tesis doctoral, Mercedes García Arán, José Manuel Paredes Castañón y José Ángel Brandariz, por sus atinadas observaciones que tanto han contribuido a la mejora del texto, y a Carlos Martínez-Buján Pérez, por el tiempo que le ha dedicado.

No puedo terminar este prólogo sin expresar mi convencimiento de que estamos ante un autor capaz de dejar huella en la doctrina. La obra que el lector tiene en sus manos es claro ejemplo de lo mucho que puede contribuir a la dogmática penal.

A Coruña, febrero de 2022

PRÓLOGO

JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA

A principios de la tercera década del siglo puede parecer un poco extraño hacer una tesis doctoral y publicar un libro sobre el principio de legalidad penal. No es un tema estrictamente novedoso. Todo lo contrario, es una materia tratada con profusión desde que la Ilustración y las Revoluciones americana y francesa cambiaron las bases fundamentales del orden político y jurídico. A mayor abundamiento, tampoco se ha producido ningún evento en el terreno legislativo —como la promulgación de normativa supranacional con una nueva visión en la materia— que haga imperiosa una nueva aproximación a la legalidad penal.

En consecuencia, se trata de una elección de estudio que puede generar cierta sorpresa. Junto a ello, es una elección arriesgada por su complejidad. Los problemas de la legalidad penal han inspirado bibliotecas enteras. Ese inmenso bagaje analítico hace que la tarea de ponerse al día sobre los debates doctrinales y jurisprudenciales en la materia sea notablemente ardua. Intentar decir algo nuevo en este ámbito parecería aún más quimérico. En síntesis, este conjunto de escollos desanimaría a cualquiera que tuviese voluntad de estudiar el principio de legalidad penal.

Roberto Navarro Dolmestch, el autor de esta monografía, no es un investigador cualquiera. Como sucedía no hace tantos lustros en diversos países europeos —*v.gr.*, Portugal—, Roberto Navarro llegó a su tesis doctoral en un momento de madurez intelectual, tras largos años de aproximarse al estudio y la práctica del Derecho desde diferentes lugares. Precisamente por ello, tenía capacidad para afrontar los considerables retos que plantea el análisis académico de la legalidad penal. Como tuvimos oportunidad de comprobar las personas que integramos el tribunal de tesis formado en la Universidad de A Coruña en septiembre de 2021, Roberto Navarro solventó con extraordinaria solvencia aquellos retos.

Ahora, las personas interesadas en la materia tienen posibilidad de comprobar que el tribunal de tesis no se equivocó en su valoración positiva. La presente monografía aborda los interrogantes en materia de legalidad penal con una profundidad y una erudición difícilmente igualables. El autor presenta una visión caleidoscópica de la materia, fundamentalmente centrada en cartografiar los evidentes límites del principio de legalidad a la hora de contener el poder punitivo. De nuevo, el objetivo del trabajo puede parecer un tanto extemporáneo, en la medida en que esas insuficiencias son sobradamente conocidas. Sin embargo, Roberto Navarro muestra una notable destreza a la hora de indagar cómo y por qué el postulado de legalidad penal fue formalizándose progresivamente y, con ello, perdió buena parte de la capacidad que le otorgaban sus primeros proponentes de garantizar la libertad y embridar el *ius puniendi*. El análisis, que relaciona cambios jurídicos y constitucionales con transformaciones políticas y culturales, es particularmente sugerente.

En concreto, la ambición analítica del trabajo puede verse en tres aspectos concretos. En primer lugar, Roberto Navarro no se contenta con desarrollar una perspectiva de estudio en sintonía con los presupuestos de la ciencia penal de matriz europeo-continental. Lejos de ello, el autor responde al interrogante de si mirar a California o a Baviera que en ocasiones parece dividir epistémicamente a la academia penal chilena haciendo lo más difícil, esto es, mirando en las dos direcciones. En efecto, la monografía examina cuál ha sido la fortuna respectiva de la ciencia penal de los países de Common Law y del saber jurídico-penal de las jurisdicciones de Civil Law a la hora de mejorar el rendimiento de la legalidad penal como postulado garantista de reducción de la violencia punitiva.

En relación con ello, en segundo lugar, el trabajo de Roberto Navarro muestra una notable riqueza metodológica a la hora de analizar la legalidad penal. En la monografía se desarrolla en toda su potencialidad la metodología propia de la tradición dogmática continental. Junto a ello, el autor complementa esa óptica analítica con una cierta aproximación socio-jurídica tan extendida en el campo académico anglosajón. La conjunción de ambas perspectivas dota de un espesor analítico notable al estudio de Roberto Navarro sobre los logros y carencias de la legalidad penal.

En tercer lugar, el libro destaca por su capacidad para pensar los problemas del principio de legalidad desde un punto de vista que pone en relación el campo jurídico nacional con el supranacional. La decisión es especialmente acertada. Si algo puede concluirse de los intensos debates sobre la globalización neoliberal que caracterizó los años '90 y '00 es que en el siglo XXI la soberanía es de naturaleza inherentemente multiescalar.

Nada diferente cabe decir del Derecho. Es cada vez más evidente que la empresa de garantía de los derechos humanos y de limitación del poder penal no puede depender —solo— de normativas y tribunales nacionales. Este cambio de escala de los fenómenos jurídicos resulta especialmente evidente en el caso europeo, como consecuencia tanto de la Unión Europea como del Consejo de Europa. No obstante, se trata de un cambio no menos perceptible en otras regiones, como Latinoamérica, en las que instrumentos normativos y jurisdiccionales de carácter supranacional están contribuyendo sobremedida a la empresa garantista.

El encuentro con Roberto Navarro fue uno de esos extraños regalos que, muy de vez en cuando, nos da la vida académica. Dejando a un lado una parte importante de los casi veinticinco años que hace que nos conocemos, su llegada a nuestro equipo, el ECRIM (ecrim.es), ha sido extremadamente positiva, tanto en términos académicos como humanos. Es difícil encontrar a una persona con mayor capacidad para dotar de cohesión a un grupo. Lo es aún más cruzarse con un investigador que aúne una combinación tan infrecuente de formación, capacidad de trabajo e inquietud intelectual. En todo caso, la presente monografía, con toda su valía, no es sino un adelanto de muchos otros trabajos que están por venir. Aun trabajando en universidades fuera de Santiago, Roberto Navarro tiene todas las condiciones para convertirse en uno de los mejores penalistas chilenos de su generación.

A nivel personal, no puedo dejar de agradecer a Roberto Navarro todo lo que he aprendido en multitud de encuentros a lo largo de los años. En el último tiempo, agradezco tanto a él como a mi querida compañera Patricia Faraldo que me hayan permitido acompañar su tesis doctoral, hasta el punto de formar parte del tribunal evaluador y de escribir este prólogo. Agradezco igualmente a la editorial Reus y a la directora de su colección de Derecho penal, Rosario De Vicente Martínez, su generoso compromiso con el trabajo investigador. Ese compromiso ha sido fundamental para que tanto la audiencia académica como el público en general puedan conocer un libro imprescindible para pensar un garantismo penal a la altura de los retos del presente.

A Coruña, febrero de 2022

ÍNDICE

PRÓLOGO , PATRICIA FARALDO CABANA.....	5
PRÓLOGO , JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA.....	9
AGRADECIMIENTOS	13
ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN	19
CAPÍTULO I. NATURALEZA Y CONTENIDO DE LA LEGALIDAD PENAL	27
1. LEY Y JURIDICIDAD	27
2. LEGALIDAD PENAL	34
3. LA NATURALEZA DE LA LEGALIDAD PENAL: REGLA Y GARANTÍA	35
3.1. La legalidad penal como regla.....	35
3.2. Legalidad como garantía.....	43
4. REGLAS QUE EMANAN DE LA LEGALIDAD PENAL.....	51
5. LA LEGALIDAD PENAL COMO REGLA DE ATRIBUCIÓN Y TÉCNICA DE REMISIÓN.....	62
5.1. Fundamento político de la legalidad penal como regla de atribución.....	64
6. CARÁCTER FÁCTICO DE LA LEGALIDAD PENAL	66
7. LAS DERIVACIONES LÓGICO-NORMATIVAS DE LA LEGALIDAD PENAL.....	66
7.1. Determinación (<i>lex scripta y certa</i>).....	68
7.1.1. Determinación (definición) del contenido de la prohibición penal	69
7.1.2. La determinación como simplicidad	72

7.1.3. El mandato de determinación como criterio de delimitación	76
7.2. Taxatividad (<i>lex stricta</i>)	83
7.3. Irretroactividad (<i>lex praevia</i>)	95
7.3.1. Irretroactividad y legalidad penal.....	96
7.3.2. Retroactividad y carácter declarativo de la sentencia...	99
7.3.3. Retroactividad y cambios jurisprudenciales.....	101
7.4. Ley más favorable (<i>lex mitior</i>)	105
7.5. Prohibición de doble criminalización o incriminación (<i>ne bis in ídem</i>)	107
8. LEGALIDAD PENAL: ENTRE LO PROCEDIMENTAL Y LO MATERIAL.....	113
9. LEGALIDAD PENAL Y ESTRATEGIA. SU COMPONENTE JURÍDICO Y POLÍTICO.....	123
9.1. Legalidad penal y correlación de fuerzas	128
9.2. La decisión sobre el orden a conservar	130
9.3. Derecho Penal europeo	135
10. LA LEGALIDAD PENAL Y ESTADO DE DERECHO: FUNDAMENTOS DEMOCRÁTICOS.....	140
10.1. Derechos fundamentales y legalidad penal	142
10.2. Seguridad jurídica: predictibilidad y previsibilidad	143
10.2.1. Predictibilidad y mandato de determinación y certeza ...	148
10.2.2. Previsibilidad como prohibición de analogía.....	149
10.2.3. Fundamento de la predictibilidad y la previsibilidad ...	150
10.2.3.1. Legalidad penal y culpabilidad.....	150
10.2.3.2. Legalidad penal y fines de la pena.....	151
11. LEGALIDAD PENAL Y SEPARACIÓN DE PODERES.....	151
CAPÍTULO II. LA EVOLUCIÓN DE LA LEGALIDAD PENAL.....	159
12. EL ORIGEN ILUSTRADO DE LA LEGALIDAD PENAL	160
13. LA ILUSTRACIÓN Y EL DERECHO PENAL.....	167
14. LA INFLUENCIA DEL ESTADO LEGALISTA. REMISIÓN	177
15. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL.....	178
15.1. Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales.....	178
15.2. ¿Constitucionalización del Derecho Penal?.....	185
16. DESVIACIONES HISTÓRICAS DEL MODELO ILUSTRADO..	192
16.1. La concepción de legalidad penal en España.....	192
16.2. Las experiencias dictatoriales europeas del siglo xx	195
17. MODELO DE LEGITIMACIÓN Y CRISIS	205
18. TRES ENFOQUES DE LA «CRISIS» DE LA LEGALIDAD PENAL	207
18.1. Primer enfoque: crisis de la juridicidad como crisis de la legalidad penal	209

18.2. Segundo enfoque: crisis de la función garantista de la legalidad penal	218
18.2.1. Descripción del fenómeno.....	218
18.2.2. Toma de posición: crisis antigua y ausencia de mecanismos garantistas alternativos	226
18.2.2.1. Neoabsolutismo parlamentarista.....	227
18.2.2.2. Más espada que escudo	240
18.3. Tercer enfoque: crisis de la capacidad limitadora de la legalidad penal	248
18.3.1. Presiones sobre el sistema penal.....	253
18.3.2. Fenómenos que concretan la presión sobre el sistema penal	260
18.3.2.1. Expansión.....	261
18.3.2.2. Abuso de los efectos simbólicos del Derecho Penal.....	268
18.3.2.3. Populismo penal y fenómenos encubiertos..	270
18.3.2.4. Actitud punitivista.....	280
18.4. Toma de posición: la legalidad penal carece de función limitadora	283
CAPÍTULO III. EL MODELO POLICÉNTRICO.....	289
19. DISTINTAS VERSIONES DE UN MISMO INSTITUTO.....	289
20. LA VERSIÓN ANGLOSAJONA DE LA LEGALIDAD PENAL..	293
20.1. ¿Legalidad penal en el <i>common law</i> ?.....	293
20.2. Las diferencias	298
20.3. ¿Positivización de la legalidad penal en la cultura jurídica anglosajona?.....	305
21. LA VERSIÓN CONTINENTAL DE LA LEGALIDAD PENAL...	308
21.1. La positivización de la legalidad penal	308
21.2. La positivización de la legalidad penal en el Ordenamiento jurídico español.....	309
22. LA VERSIÓN SUPRANACIONAL DE LA LEGALIDAD PENAL	313
22.1. La positivización supranacional de la legalidad penal en el Derecho internacional de los derechos humanos	317
22.2. La autonomía de los Derechos internos	322
22.3. La apertura de las fuentes de la legalidad penal en el DIDH	324
22.4. El concepto de Derecho (<i>iure</i>) en el CEDH.....	328
22.4.1. Tenor literal: la diferenciación entre ‘Ley’ y ‘Law’ ...	329
22.4.2. Concepto unitario de law/Derecho en el CEDH.....	330
22.4.3. Interpretación judicial y creación del Derecho Penal...	331
22.4.4. Accesibilidad y predictibilidad.....	334
22.5. Irretroactividad en el DIDH: la cláusula Núremberg	340

22.5.1. Irretroactividad y <i>nullum crimen sine iure</i>	342
22.5.2. Carácter excepcional de la cláusula Núremberg.....	343
22.5.3. La cláusula Núremberg en el desarrollo del TEDH ...	344
22.6. Problemas de aplicación en el Derecho interno de la versión supranacional de legalidad penal.....	348
CONSIDERACIONES FINALES	359
ANEXOS	373
23. TABLA 6. ASPECTOS DE LA LEGALIDAD PENAL POSITIVI- ZADOS EN PAÍSES MIEMBROS DE LA UE.....	373
24. TABLA 7. ASPECTOS DE LA LEGALIDAD PENAL POSITIVI- ZADOS EN PAÍSES MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS	375
BIBLIOGRAFÍA CITADA	377

La influencia de la legalidad penal en la construcción del moderno Derecho Penal es innegable y a ella se ha dedicado un esfuerzo dogmático y jurisprudencial descomunal. Tampoco puede negarse el valor intrínseco que tiene la legalidad penal, determinado por la función de garantía que está llamada a cumplir. En la fisonomía que los derechos nacionales continentales le confieren a la legalidad penal, esta garantía que la responsabilidad penal solo puede ser impuesta, entre otros presupuestos, si se ha verificado la ejecución de una conducta que esté descrita en una ley parlamentaria como un delito. Asimismo, en virtud de tal responsabilidad solo puede imponerse la pena que también esté prevista en una ley parlamentaria. En suma, que solo la ley parlamentaria puede establecer los delitos y determinar las penas aplicables a ellos, lo que se expresa en el axioma *nullum crimen nulla poena sine lege parlamentaria (scripta, praevia, stricta y certa)*.

Las hipótesis de trabajo de este libro son: en su concepción continental, la legalidad penal tiene un carácter principalmente procedimental, esto es, su núcleo central está enfocado en la forma en que debe producirse la norma penal y, en consecuencia, los rendimientos que de ella pueden esperarse se relacionan con el interrogante de cómo prohibir penalmente, pero no con el de qué prohibir penalmente; y que en atención a que la legalidad penal no cumple una función de limitación material, la potencialidad de injerencia profunda del Derecho Penal en los derechos fundamentales plantea la necesidad de encontrar otros mecanismos alternativos de garantía.

Se realiza un análisis histórico que sostiene que, en la conformación del Estado liberal-legalista, la legalidad penal perdió los elementos materiales de limitación material de la potestad punitiva con los que había sido dotado por la Ilustración; y que el proceso de reconstrucción jurídica posterior a la Segunda Guerra Mundial y el neo-constitucionalismo no repusieron. Atendido su carácter procedimental, la legalidad penal no puede ser juzgada como responsable de la orientación de la política criminal que, de acuerdo con una parte de la doctrina, es cada vez menos liberal.

De todos modos, a pesar de su escaso poder limitador, se sostiene que sería un error prescindir de la legalidad penal. La solución requiere en el plano conceptual, de una nueva comprensión de la potestad punitiva con relación a la vigencia efectiva de la libertad y de los demás derechos fundamentales y la asunción de su naturaleza esencialmente política. Asimismo, la solución necesita integrar el Derecho supranacional que es, hoy por hoy, una realidad tan tangible como lo es propio texto constitucional.

Roberto Navarro-Dolmestch es Doctor en Derecho *cum laude* por la Universidad da Coruña, Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Talca (Chile) y Máster en Derecho Penal por la Universitat Pompeu Fabra. Actualmente es Profesor Asistente de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Chile a jornada completa. Su formación académica y su trayectoria en la docencia universitaria se complementan con una vasta experiencia profesional como abogado asesor del Ministerio Público de Chile, órgano encargado de dirigir la investigación de delitos y de decidir el ejercicio de la acción penal. Ha publicado varias monografías en el ámbito del Derecho Penal y Procesal Penal, así como artículos en revistas jurídicas.