

La excepción al principio de legalidad del número 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1)

ALICIA GIL GIL

Profesora titular de Derecho penal. UNED (Madrid)

En este momento el Rey, que había estado muy ocupado escribiendo algo en su libreta de notas, gritó: «¡Silencio!», y leyó en su libreta:

– Artículo Cuarenta y Dos. Toda persona que mida más de un kilómetro tendrá que abandonar la sala.

Todos miraron a Alicia.

– Yo no mido un kilómetro –protestó Alicia.

– Sí lo mides –dijo el Rey.

– Mides casi dos kilómetros –añadió la Reina.

– Bueno, pues no pienso moverme de aquí, de todos modos –aseguró Alicia–. Y además este artículo no vale: usted lo acaba de inventar.

– Es el artículo más viejo de todo el libro –dijo el Rey.

– En tal caso, debería llevar el Número Uno –dijo Alicia.

El Rey palideció, y cerró a toda prisa su libro de notas.

Lewis Carroll - 1865

(1) Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto DER2009-07236 financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España

RESUMEN

En el presente artículo se estudia la excepción al principio de legalidad que para crímenes internacionales prevé el n.º 2 del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para ello se investiga en la génesis del precepto, lo que nos mostrará la problemática que llevó a su inclusión y la finalidad a la que responde. Seguidamente se analiza el significado de la excepción dentro de las peculiaridades del principio de legalidad europeo y a continuación el uso que de la misma ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, revisando las sentencias en las que la ha aplicado, pero también aquellas en que pudiendo haberlo hecho el Tribunal prefirió otras soluciones, no siempre correctas. Por último se analiza cuál es la consecuencia de esta regulación para los ordenamientos nacionales que suelen proteger en mayor medida el principio de legalidad.

Palabras clave: *Principio de legalidad, crímenes internacionales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Convención Europea de Derechos Humanos*

ABSTRACT

In this paper we analyze the exception to the rule nullum crimen nulla poena sine praevia lege provided for international crimes in the n.º 2 of art. 7 of the European Convention on Human Rights. For this purpose we investigate the genesis of the provision, which will show the problems that led to their inclusion and the purpose to which it responds. Then we examine the meaning of the exception within the peculiarities of the principle in the European Convention and the use that the European Court of Human Rights has made of it. We review not only the decisions in which it has been applied, but also those in which it could have been applied but the Court has preferred other solutions which are not always correct. Finally we analyze the consequences of this regulation to the national legal systems, in which usually the principle of legality is stronger protected.

Keywords: *«No punishment without law» principle, international crimes, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights.*

1. ORIGEN Y FINALIDAD DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 7

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales fue adoptado por el Consejo de Europa en 1950 y entró en vigor en 1953. España lo ratificó el 26 de septiembre de 1979 y se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 10 de octubre de ese año (2).

(2) BOE de 10 de octubre de 1979, n.º 243, accesible en <http://www.boe.es/boe/dias/1979/10/10/pdfs/A23564-23570.pdf>

El Artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone:

«No hay pena sin ley.

1. 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. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.»

A diferencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos(3), de 1948, que en su artículo 11.2 establece: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito», el artículo 7 no solo hace referencia a la posible fuente internacional de la norma definitoria de la conducta típica en el n.º 1, sino que añade un n.º 2 que se redacta a modo de excepción al derecho fundamental y que contiene una referencia a los «principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas».

El n.º 2 del artículo 7 viene a decir que no se admitirá como infracción del número anterior (que ya incluye la posibilidad de ser castigados con base en normas internacionales) el castigo de una persona por hechos considerados delictivos según los «principios generales del derecho». La cláusula es difícil de interpretar literalmente ya que los principios generales del derecho por su propia naturaleza no tienen virtualidad para tipificar delitos.

En opinión de la doctrina mayoritaria(4), que comparto, el n.º 2 del artículo 7 recoge en realidad una excepción al principio de irre-

(3) Sobre la regulación del principio en otros textos internacionales véase Javier DONDÉ MATUTE, *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, 2007, pp. 328 ss.

(4) Susana HUERTA TOCILDO, «El contenido debilitado del principio de legalidad penal (art. 7 CEDH y art. 4 P1)», en Javier GARCÍA ROCA y Pablo SANTOLAYA MACHETTI (Coords.) *La Europa de los derechos. El Convenio europeo de derechos humanos*, CEPC, Madrid, 2005, p. 464, Cian C. Murphy, «The Principle of Legality in Criminal Law Under the ECHR» en *European Human Rights Law Review*, Vol. 2, 2010, pp. 217 ss., Accesible en <http://ssrn.com/abstract=1513623>, Francis Geoffrey Jacobs y Robin White, *The European Convention on Human Rights*, 2.ª ed. Oxford, 1996, p. 162, Javier Dondé Matute, 2007, ob. cit. pp. 360 ss., Kai Ambos, «Art 7

troactividad de la ley penal desfavorable. Acudiendo a los trabajos preparatorios (5) queda claro cual es el motivo y la finalidad de la introducción de esta excepción al principio de legalidad: la preocupación por las numerosas críticas que habían recibidos los procesos de Nuremberg por su infracción del principio de legalidad (6). El n.º 2

EMRK, Common Law und die Mauerschutz«, en *Kritische vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, n.º 86, 2003, p. 41, Alessadro Bernardi, «Commento all'articolo 7 CEDU» en S. Bartole, B. Conforti y G. Raimondi, (Coords.) «Commentario alla Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali», 2001, apart. 6, Jon Landa y Enara Garro, «Art. 7. No hay pena sin ley» en Iñaki Lasagabaster Herrarte (dir.) *Convenio Europeo de Derechos Humanos Comentario sistemático*, 2.ª Edición, Civitas, 2009, pp. 260 y 276-277.

(5) Los trabajos preparatorios del artículo 7 se pueden ver resumidos en los documentos de trabajo interno del Registro DH (57) 6 y CDH (70) 10, del Consejo de Europa, accesibles en [http://www.echr.coe.int/Library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART7-DH\(57\)6-BIL1674978.pdf](http://www.echr.coe.int/Library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART7-DH(57)6-BIL1674978.pdf) y [http://www.echr.coe.int/Library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART7-DH\(57\)6-BIL1674978.pdf](http://www.echr.coe.int/Library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART7-DH(57)6-BIL1674978.pdf). La colección completa de los trabajos preparatorios está editada en 8 volúmenes: *Collected edition of the «Travaux préparatoires» of the European Convention on Human Rights/Council of Europe*, Martinus Nijhoff, 1975-1985.

(6) Una de las mayores críticas que se han formulado a los juicios de Nuremberg y Tokio es la de haber vulnerado el principio de legalidad de los delitos y de las penas. Suscitada la polémica, la doctrina favorable a aquellos procesos se divide entre quienes niegan la violación de tal principio y aquellos que, admitiéndola, la justifican. En el primer grupo se encuentran quienes defienden que el Derecho aplicado por los tribunales existía con anterioridad y quienes propugnan una reinterpretación y adaptación del principio de legalidad a las características del Derecho internacional. En el segundo grupo, las posturas van desde la defensa de la prevalencia de otros intereses hasta la simple negación del mencionado principio en el ámbito internacional. Por su parte, el Tribunal de Nuremberg manejó todo tipo de argumentos. Aludió, en primer lugar, a su incompetencia para conocer de su propia jurisdicción, declarándose vinculado por su Estatuto. Esgrimió, también, que el tribunal no creaba Derecho, sino que aplicaba un Derecho ya existente, y declaró no aplicable el principio de legalidad, argumentando que la máxima *nullum crimen sine lege* expresa un principio de justicia y sería más injusto que estas infracciones intencionadas contra los convenios y estipulaciones internacionales quedaran sin castigo. El Tribunal militar internacional para el Extremo Oriente se adhirió a todos estos argumentos. Sobre las distintas posiciones en la discusión acerca de la infracción del principio de legalidad en los juicios por los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial véase con detalle y abundante bibliografía mi libro *Derecho penal internacional*, Tecnos, 1999, pp. 66 ss. En el extremo opuesto a las posiciones anteriores mantienen que los juicios de Nuremberg infringieron el principio de legalidad entre otros José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, I, Introducción*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 210; Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Losada, Buenos Aires, 1964 pp. 1271 ss.; Hans HEINRICH JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen*, L. Röhrscheid, Bonn, 1952 pp. 236 ss., el mismo, «Nuremberg Trials», en Rudolf Bernhard (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Inst. 4, 1982, p. 52; Carlos Miglioli, *Lineamenti di giustizia internazionale penale*, Società Editrice Tirrena,

fue introducido a propuesta de Reino Unido, que argumentó que el texto del artículo 7 podría ser utilizado para impugnar los juicios de Nuremberg, por lo que se sugería añadir el segundo párrafo (7). Esto ha llevado a algunos autores a afirmar que la llamada «cláusula Nuremberg», es decir, el artículo 7.2, se aplica exclusivamente a los crímenes de guerra y asimilados (colaboracionismo) y a los crímenes contra la humanidad (8) cometidos durante la Segunda Guerra Mundial (9). Lo que sin embargo ha sido desmentido por la Comisión al aplicarla a hechos (si bien ligeramente) posteriores a la Segunda Guerra Mundial en el caso Kolk y Kislyiy v. Estonia (10).

En la introducción del n.º 2 del artículo 7 pesaron todas las argumentaciones que en aquella época se manejaban dentro de la discusión sobre los juicios de Nuremberg. Así por ej. el representante de Luxemburgo añadió que algunas opiniones mantenían tras la 2.ª Guerra Mundial, que el principio de irretroactividad de las penas, pero incluso el de los delitos, no se aplicaba en Derecho internacional (11),

Livorno, 1957, pp. 73 ss. y 93 ss.; Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, ob. cit., p. 157; Patrick C. CAMPBELL, § 220a StGB. *Der richtige Weg zur Verhütung und Bestrafung von Genozid?*, Lang, Frankfurt am Main, 1986, p. 55; Gerhard HOFFMANN, *Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main-Berlin, 1962, pp. 139 ss.; H., EHARD, «Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher und das Völkerrecht», en *Suddeutsche Juristenzeitung*, 1948, pp. 353 ss., en especial pp. 362 ss.; Pieter n.º Drost, *The crime of Estate. Penal protection for fundamental freedoms of persons and peoples, II Genocide*, Leyden, 1959, pp. 146-147; Vicente GIMENO SENDRA, «La experiencia de los “juicios de Nuremberg” y la necesidad de crear el Tribunal penal internacional», en *La Ley*, año XIX, n.º 4457, 14 de enero de 1998, pp. 1 ss., quien añade otras críticas referentes al aspecto procesal de los juicios.

(7) DH (57) 6, p. 4, 5 y 6, CDH (70) 10, pp. 7 y 8.

(8) Así lo afirmó la Comisión en el caso Touvier c. Francia, 29420/95, Commission (Plenary), decisión de 13 enero 1997

(9) Véanse la discusión doctrinal recogida por Alessandro Bernardi, ob. cit. apartado 6.2.

(10) Decisión de 17 de enero de 2006, y traducida al español en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html> Los demandantes habían sido condenados por la comisión en 1949 de crímenes contra la humanidad en aplicación de preceptos introducidos en la legislación estonia en 1994 y 2002.

(11) Así, por ejemplo, Hans Kelsen reconocía en 1947 que el Acuerdo de Londres vulneró el principio de no retroactividad porque establece responsabilidad penal individual para actos que constituyen una violación del Derecho internacional para los que la ley establecía únicamente sanciones colectivas. Sin embargo, en opinión de este autor, dicho principio no era válido en Derecho internacional, y en el Derecho interno lo era sólo con importantes excepciones. Véase Hans KELSEN, «Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?», en *International Law Quarterly*, vol. 1, n.º 2, Summer 1947, pp. 153 ss.; el mismo, «Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals», en *California Law Review*, vol. XXXI, 1942-43,

e incluso admitía excepciones en derecho interno, y que la transposición literal del texto que proclama del principio de legalidad en la Declaración Universal de Derechos Humanos, podría ser interpretado por algunos como una condena a las leyes penales retroactivas como las que se habían aplicado en algunos países europeos durante y tras la guerra (12).

En contra, el Subcomité de Expertos propuso sin éxito rechazar la inclusión del n.º 2 propuesto por Reino Unido argumentando que los problemas esgrimidos para su inclusión se solucionaban manifestando simplemente de forma clara en la exposición de motivos que la Convención solo tendría efectos a futuro (13).

Así mismo es interesante recordar que el representante de Suecia pidió que quedara constancia en acta de que la Convención y en especial el nuevo párrafo, no obligaba a los Estados a aplicar una norma internacional no incorporada a su legislación interna (14).

Por su parte, el Comentario al Proyecto de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, redactado en 1955, afirmaba en relación con su artículo 15, muy similar al artículo 7 del CEDH (15), en primer

pp. 543 ss. También August WIMMER, «Die Bestrafung von Humanitätsverbrechen und der Grundsatz "nullum crimen sine lege"», en *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1947, pp. 123 ss., admite, «de forma excepcional» la retroactividad de la ley penal por «necesidades éticas», o cuando el hecho, al tiempo de su comisión, estuviese prohibido por una norma «legal o ética». Otros autores de la época, tan importantes como Gustav RADBRUCH, «Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit», en *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1947, p. 134, Georg DAHM, *Zur Problematik des Völkerstrafrecht*, Göttingen, Vandenhoeck-Ruprecht, 1956, pp. 63 ss., o Stefan GLASER, *Infraction internationale, ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, Bruselas-Paris, 1957, pp. 41 ss.; el mismo, *Introduction a L'étude du Droit International Pénal*, Sirey, Paris, 1954, pp. 77 ss.; el mismo, «Le principe de la légalité des délits et des peines et le procès des criminels de guerre», *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n.º 3, 1947-1948, pp. 230 ss., el mismo, «Les Lois de Nüremberg et le Droit International», en *Revue Pénal Suisse*, 53, pp. 323 ss.; el mismo, «Die Gesetzlichkeit im Völkerstrafrecht», en *Zeitschrift für Strafrecht Wissenschaft*, 1964, pp. 173 ss., mantuvieron ideas similares.

(12) La propuesta de Luxemburgo pretendía introducir los principios generales del derecho como una especie de tercera fuente en el párrafo primero, añadiéndolos tras la mención al derecho internacional.

(13) DH (57) 6, pp. 6, 7 CDH (70) 10, pp. 8, 9.

(14) DH (57) 6, p. 7 CDH (70) 10, p. 9.

(15) Años después, en 1966, el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos se aprobaría finalmente con una redacción que seguía el modelo del Convenio europeo, añadiendo, por tanto a la posibilidad de fuente nacional e internacional de la tipificación, una excepción al principio, o cláusula de salvaguarda, en el n.º 2 de su artículo 15:

«1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se

lugar, que la referencia al derecho internacional en el párrafo 1 quería dejar claro que nadie podía escapar del castigo de un crimen de derecho internacional argumentando que el acto era legal bajo su propia ley nacional, y aseguraba además que la inclusión beneficiaba al individuo frente a posibles abusos de una organización internacional (16). Respecto del n.º 2 el comentario recoge las voces de algunos representantes que afirmaban que el mismo era superfluo si su intención era confirmar los principios aplicados por los tribunales que juzgaron los crímenes de guerra tras la Segunda Guerra Mundial, y que el efecto podría ser el contrario, el de poner en cuestión aquellos juicios, mientras que si la intención era que ningún criminal de guerra en el futuro pudiese cuestionar la existencia de aquellos principios, la cláusula seguía siendo superflua, pues el término principios del derecho generalmente reconocidos ya estaba incluido en la expresión «derecho internacional». Pero por otro lado el Comentario señala cómo también se mantenía por otros representantes la opinión de que la cláusula de salvaguarda del n.º 2 no se aplicaba a las condenas anteriores por crímenes de guerra, y que tampoco estaba absolutamente cubierta por la expresión «derecho internacional» contenida en el número anterior (17).

Parece que si finalmente el párrafo se conservó es porque no se logró convencer de que era superfluo sino que por el contrario se mantuvo en muchas delegaciones la segunda opinión.

Estimo que el mantenimiento de este párrafo tenía razón de ser si lo que se quería era evitar demandas por infracción del principio de legalidad en los juicios de los criminales de guerra celebrados tras la Segunda Guerra Mundial, pues si bien es cierto que los principios generales del derecho (18) forman parte de las fuentes del Derecho

impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.»

(16) DH (57) 6, p. 15.

(17) DH (57) 6, p. 16.

(18) El término «principios generales del Derecho» tal y como fue utilizado tras la Primera y tras la Segunda Guerra Mundial tiene poco que ver con los principios generales del Derecho reconocidos en el artículo 38 del Estatuto del TPJI como fuente del Derecho Internacional. No es éste el lugar adecuado para entrar en la polémica doctrinal acerca de cuál deba ser el contenido de los «principios generales del Derecho»: si se trata de los principios aceptados por todas las naciones en foro doméstico o si incluyen también principios que tienen su origen en las relaciones jurídicas internacionales y si son principios de carácter formal o pueden también

internacional, lo que resulta más que discutible es que dicha fuente sea apta para la tipificación de delitos y la determinación de las penas (19), al menos con las exigencias de taxatividad que al principio de legalidad ha atribuido la jurisprudencia del TEDH (20), además de que como la jurisprudencia posterior ha demostrado, el tribunal se iba a encontrar con diversos problemas como la indeterminación de la pena, la prescripción/ imprescriptibilidad, etc.

Queda la duda de si, según la literalidad del precepto, la excepción no es absoluta, pues el texto exige que las conductas constituyan delito *en el momento de su comisión* según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Es decir, el texto del artículo 7.2 exige que en el momento de comisión exista una fuente que declare las conductas como delictivas, aunque dicha fuente del derecho no cumpla con las exigencias que el propio TEDH atribuye al principio de legalidad. Pero que los principios generales del derecho sean capaces incluso de realizar tal tarea de tipificar delitos aun de manera imperfecta es como he dicho muy

tener un carácter sustantivo. Lo que aquí nos interesa es constatar que la doctrina internacionalista está de acuerdo en el carácter abstracto de dichos principios. Lo cierto es que los internacionalistas reconocen, como mucho, que determinados valores básicos, como el respeto a ciertos derechos humanos fundamentales, constituyen principios generales del Derecho internacional contemporáneo. De tal reconocimiento a la creación de una figura delictiva en la que se tipifica una determinada conducta —y no otra— atentatoria contra dichos derechos y se le asigna una responsabilidad penal, hay toda una tarea que los principios generales del Derecho, por su vaguedad y alto nivel de abstracción, no pueden cumplir por sí solos. Véase sobre este tema con mayor detalle Alicia Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 75 ss.

(19) Así lo defendieron algunos representantes en la elaboración del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase Marc J. BOSSUYT, *Guide to the «Travaux Préparatoires» of the International Covenant on civil and political Rights*, Nijhoff, Dordrecht, 1987, pp. 330-331.

(20) En el mismo sentido Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, 2009, pp. 97 ss. Sobre las limitaciones de los principios generales del derecho como fuente del derecho penal internacional, cuyo papel, precisamente por su carácter abstracto, se limitaría a servir para interpretar, para colmar las lagunas o para confirmar otras fuentes, véase Fabián Raimondo, «Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence des tribunaux ad hoc. Une approche fonctionnelle» en Delmas-Marty, Fronza, Lambert-Abdelgawad (dirs.) *Les sources du Droit international pénal* pp. 76 ss. y p. 92. Crítico también con el uso del término «principios generales del derecho» Javier Donde Matute, ob. cit. pp. 360 ss. En su opinión el artículo 7.2 en su interpretación literal permitiría excepcionalmente la infracción del principio de legalidad respecto de los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio, al no exigir ni la accesibilidad ni la previsibilidad que los principios generales del derecho son incapaces de proporcionar.

discutible (21), y en todo caso no existen estudios en la jurisprudencia que hayan indagado sobre la existencia de principios que tipifiquen crímenes internacionales antes de la aprobación de los principios de Nuremberg (22). Con todo ello más parece que la cláusula se limita a afirmar la posibilidad de aplicación retroactiva del derecho allí creado y de aquello que con posterioridad se ha reconocido por la comunidad internacional como crímenes internacionales, y solo en este sentido y no en el de la preexistencia de tales crímenes (mención que habrá que entender como una ficción acordada) la cláusula contiene un límite a la retroactividad (23).

(21) Niega que los principios generales del derecho puedan tipificar delitos por ej Otto Triffterer, «Der ständige internationale Strafgerichtshof- Anspruch und Wirklichkeit, Anmerkungen zum «Rome Statute of the ICC» vom 17. Juli 1998». En: Karl-Heinz Gössel /Otto Triffterer (eds.), *GS für Heinz Zipf*, Heidelberg, 1999, p. 505.

(22) Denuncian Jon Landa y Enara Garro, ob. cit. p. 283 que precisamente la Comisión se negara sistemáticamente a hacer tal análisis en el aluvión de demandas recibidas contra las leyes ex post facto dirigidas a castigar el colaboracionismo con los nazis.

(23) Ni siquiera hay un acuerdo doctrinal sobre a que se refiere esta expresión. Cheriff BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Nijhoff, Dordrecht, 1992, pp. 263-287, a pesar de afirmar que los principios generales del Derecho no son capaces, por ellos mismos, de crear delitos internacionales, defiende que los crímenes contra la humanidad existían como principios generales del Derecho con anterioridad a la promulgación del Estatuto de Londres, incurriendo, en mi opinión, en una contradicción. Parte además este autor de un estudio comparado de los Derechos penales de diversos países para poder llegar a la afirmación de que determinadas conductas, al ser castigadas en todos ellos, constituyen principios generales del Derecho. Procede por tanto, a la creación por inducción de una especie de Derecho penal común. Pero además, llegado a este punto, rechaza el autor citado que tal constatación baste para afirmar la existencia de un delito internacional y exige la presencia de un «elemento internacional» que convierta en internacionales a esos delitos comunes a todos los Derechos penales nacionales. No queda explicado si ese elemento internacional existía también en los principios generales del Derecho antes de los juicios de Nuremberg. Esta identificación de una especie de derecho penal común con los principios generales del derecho permitiría sin embargo la aplicación retroactiva de una pena más grave, asignada con base en una calificación jurídica distinta –la del crimen internacional–, en aplicación del artículo 7.2 –siempre claro está que la misma esté también permitida en el sistema penal interno (Alessandro Bernardi, ob. cit. apartado 6.2, último párrafo)–, pero no solucionaría en mi opinión la aplicación retroactiva de otras supuestas consecuencias de esa nueva calificación no existente en el momento de comisión, como la imprescriptibilidad, al menos, sin duda, en aquellos casos en que la prescripción ya se hubiera alcanzado según el derecho penal interno para la calificación jurídica sí existente al tiempo de los hechos. Kai Ambos, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur «impunidad» in südamerikanischen Länder aus völkerstrafrechtlicher Sicht*, Edition Iuscrim, Freiburg i. Br., 1997, pp. 181 ss., acude también a los principios generales del Derecho como fuente del Derecho penal internacional, pero reduciéndolos a una *opinio iuris* sin la correspondiente práctica estatal, o al llamado *soft law*. Si siguiéramos esta concepción, que personalmente

Este párrafo 2.º del artículo 7 CEDH, que en su día fue objeto de reserva por algunos países (24), fue introducido pues para permitir la persecución de los crímenes nazis tras la Segunda Guerra Mundial mediante la aplicación retroactiva de las normas, pero es aplicable, en opinión de muchos autores, a todas las situaciones históricas en las que se hayan producido crímenes de guerra (25). Y así lo ha sido, pues aunque con frecuencia el propio TEDH parecía limitar su aplicación a los casos relativos a la criminalidad nazi de la Segunda Guerra Mun-

tampoco creo que se corresponda con los principios generales del Derecho, tampoco encontraríamos ese *soft law* que reconoce determinados ilícitos como hechos punibles directamente en el Derecho internacional, antes de la Segunda Guerra Mundial. Es más, Kai Ambos, afirma en *La parte general del Derecho penal internacional, Bases para una elaboración dogmática*, 2005, p. 36 ss., que «en relación con lo dispuesto en los arts. 15(2) PIDCP, 11(2) DUDH y 7(2), CEDH el concepto «principios de derecho» no tiene que entender en el sentido del artículo 38 (1)(c) ECIJ, sino en el de las reglas de derecho consuetudinario internacional desarrolladas sobre la base del derecho de Nuremberg, por lo cual la regla aplicada debe tener «sin duda» el carácter de costumbre internacional». Sin embargo esto significaría que dichas reglas establecidas tras la Segunda Guerra Mundial y consagradas en los Principios de Nuremberg se podrían aplicar según el artículo 7.2 retroactivamente (en contra de la literalidad del precepto que se refiere a su consideración en el momento de comisión de los hechos) y con infracción absoluta del principio de legalidad. Con esta interpretación se admitiría que el 7.2 al exigir que los hechos constituyan delito según los principios generales del derecho en el momento de su comisión, no estaría exigiendo una mínima regulación previa del crimen en cuestión sino solo apoyando la ficción manejada en Nuremberg de que los crímenes aplicados ya existían con anterioridad y permitiendo por tanto una retroactividad absoluta, pero solo de las normas que tiene su origen en aquellos juicios. En sentido similar entiende que la cláusula contiene como límite la referencia a un standar de gravedad y de reconocimiento general Jon Landa y Enara Garro, ob. cit. p. 285.

(24) Alemania hizo una reserva en relación con este segundo párrafo en el sentido de que sólo sería aplicable dentro de los límites del párrafo 2 del artículo 103 de la Ley Fundamental, que disponía que sólo pueden ser castigados los hechos declarados por ley como delitos antes de su comisión, aunque posteriormente la ha retirado en octubre de 2001 –véase Christoph J. M. SAFFERLING «60 Years after the Nuremberg Trials, German Perspective on Nuremberg and its Legacy», accesible en <http://www.roberthjackson.org/contact/our-people/60-years-after-the-nuremberg-trials/>, Frede Castberg, *The European Convention on Human Rights*, Sijthoff, Leiden, 1974, pp. 132-133; Francis GEOFFREY JACOBS, *The European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1975, p. 125; Francis GEOFFREY JACOBS y Robin WHITE, ob. cit., pp. 168-169-. En opinión de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (coord.), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Cívitas, Madrid, 1979, p. 83 es dudoso que el segundo apartado cumpla con las exigencias de la Constitución española, por lo que quizá hubiese sido preferible que el Estado español hiciese reserva de la aplicación del mismo en el instrumento de ratificación. En mi opinión tal reserva no es necesaria como se explica en el último apartado de este artículo.

(25) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (coord.), ob. cit., p. 83, Cian C. Murphy, ob. cit. pp. 217 ss.

dial, recordando en varias decisiones el origen y fin de esta excepción (26), lo cierto es que, como hemos anunciado también se ha aplicado a un caso ajeno a la Segunda Guerra Mundial (27). Aún así, como veremos infra, se puede ver en la jurisprudencia del TEDH una resistencia en los últimos años a citar expresamente en las resoluciones la excepción del artículo 7.2. Y es que dejar la puerta abierta a una permanente excepción al principio de legalidad, además de acercar al Derecho penal internacional peligrosamente a un derecho penal del enemigo (28) no parece compatible con los esfuerzos codificadores

(26) Véase *Kononov v. Letonia*, sentencia de 17 May 2010, parag. 186. «Finally, the two paragraphs of Article 7 are interlinked and are to be interpreted in a concordant manner [*Tess v. Latvia* (dec.), n.º 34854/02, 12 December 2002]. Having regard to the subject matter of the case and the reliance on the laws and customs of war as applied before and during the Second World War, the Court considers it relevant to recall that the travaux préparatoires to the Convention indicate that the purpose of the second paragraph of Article 7 was to specify that Article 7 did not affect laws which, in the wholly exceptional circumstances at the end of the Second World War, were passed in order to punish, inter alia, war crimes so that Article 7 does not in any way aim to pass legal or moral judgment on those laws (*X. v. Belgium*, no 268/57, Commission decision of 20 July 1957, Yearbook 1, p. 241). In any event, the Court further notes that the definition of war crimes included in Article 6(b) of the IMT Nuremberg Charter was found to be declaratory of international laws and customs of war as understood in 1939 (paragraph 118 above, paragraph 207 below)», y *Touvier v. Francia*, decisión de 13 de enero de 1997: «La Comisión recuerda que, de los trabajos preparatorios de la Convención resulta que el párrafo 2 del artículo 7 (art. 7.2) tiene como fin precisar que este artículo no afectará a las leyes que en las circunstancias muy excepcionales en que se que se produjeron, a raíz de la Segunda Guerra Mundial, se han aprobado para reprimir crímenes de guerra y actos de traición y colaboración con el enemigo y no contiene ninguna condena legal o moral de estas leyes (cf. n.º 268/57, diciembre de 20/07/1957, Ann. Conv., vol. 1, p. 241)».

(27) Decisión de inadmisión del caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia* de 17 de enero de 2006, traducida al español en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>

(28) Sobre las manifestaciones del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional véase Daniel PASTOR, *El poder penal internacional*, pp. 173 ss., el mismo «El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional» en Manuel Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, *Derecho Penal del Enemigo - El discurso penal de la exclusión*, 2006, vol. 2, pp. 761 ss., Emanuela FRONZA, «Diritto penale del nemico e giustizia penale internazionale» en A. Gamberini y R. Orlandi, (dir.) *Delitto politico e diritto penale del nemico. In memoria di Mario Sbriccoli*, 2007, pp. 373 ss. Javier ÁLVAREZ GARCÍA, ob. cit., p. 101, habla de Derecho penal de dos velocidades para referirse a la derogación de debilitamiento de ciertas garantías en el Derecho penal internacional. Y como «derecho de excepción», «en el cual no solo no hay ne bis in ídem, ni irretroactividad de la ley penal, ni plazo razonable de duración del proceso, sino tampoco plazo de prescripción, ni amnistía Posible» y el «viejo y conocido principio del derecho medieval en atrocísima licet iudici iura transgredi aparece nuevamente para justificar lesiones de los derechos humanos en nombre de los derechos humanos» lo califica Ezequiel MALARINO, «Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemo-

que ha realizado esta rama del ordenamiento internacional desde Núremberg hasta nuestros días y que se plasman como mejor ejemplo, y aún con todas las deficiencias que al respeto todavía presenta (29), en el Estatuto de la Corte penal internacional (30).

críticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Gisela Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 2010, p. 48. Sobre las doctrinas contra la impunidad que han nacido en torno al Derecho penal internacional transformando el principio garantista del *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, en otro bien distinto, de *nullum crimen sine poena*, que pretende con frecuencia llevarse por delante las garantías penales que se consideran un escollo para conseguir el castigo véase también la crítica de Jesús M.^a SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la «lucha contra la impunidad» y del «derecho de la víctima al castigo del autor», en Martínez, García-Pablos, Miranda de Avena (Coords.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, 2009, pp. 149 ss. En contra de que el derecho penal internacional sea un derecho penal del enemigo se pronuncia en cambio FRANCISCO MUÑOZ CONDE, ¿Es el Derecho penal internacional un «Derecho penal del enemigo»? en *Revista penal*, N.º 21, 2008, pp. 93-102.

(29) Sobre los defectos que respecto de la realización del principio de legalidad presenta el Estatuto de la Corte penal internacional véase Javier DONDÉ MATUTE, ob. cit. pp. 406 ss. Muy crítico, en especial con la falta de determinación de las penas, que define como «violación grosera del principio de legalidad» y la falta de taxatividad de los tipos se pronuncia Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, 2009, pp. 41-42 y pp. 92 ss. En efecto la falta de taxatividad de algunos preceptos –paradigmática la modalidad de crímenes de lesa humanidad consistente en «otros actos inhumanos»– y los amplísimos marcos penales previstos no superarían el examen de legalidad en los países de *civil law*. El primer problema se ha intentado paliar, o al menos reducir, a través de la definición en *Los elementos de los crímenes*. El segundo responde a la amplísima variedad de conductas y formas de participación que son subsumibles en cada figura delictiva, y que van desde un acto único de complicidad cometido en el contexto requerido hasta la dirección y dominio del plan completo, y que lógicamente van a exigir de diferentes respuestas penológicas ajustadas a la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor. Sin embargo la infracción del principio de legalidad en este punto podrían haberse aminorado en mi opinión con un mecanismo tan sencillo como introducir unas reglas algo más estrictas y detalladas de medición de la pena que permitieran prever la concreción de la pena dentro del amplísimo marco abstracto por ej para los casos de concursos de delitos, complicidad, eximentes incompletas y atenuantes, etc.

(30) Como ejemplo podemos citar el rechazo a la referencia a los principios generales del derecho por parte de la mayoría de la Comisión de Derecho Internacional en la elaboración del Proyecto de crímenes contra la paz y seguridad de la mandad de 1996, por considerarlos excesivamente vagos. Véase Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, 1996, accessible en http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf, p. 39, columna 1, n.º 5. Sobre el esfuerzo codificador véase también KAI AMBOS, «Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en *Actualidad penal*, N.º 44, 2000, pp. 925 ss. Sobre la evolución del principio de legalidad desde Nuremberg hasta nuestros días en el derecho penal internacional Javier Dondé Matute, ob. cit. pp. 373 ss.

2. LA EXCEPCIÓN EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EUROPEO. EL ARTÍCULO 7 DEL CEDH

El n.º 1 del artículo 7 CEDH establece que 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, ni podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida

Ya esta redacción del n.º 1 muestra una notable diferencia con la regulación de este principio en las constituciones y códigos penales internos de los sistemas de *civil law* (31), y en particular con la española (32), al incluir como posible fuente del Derecho penal en princi-

(31) Para un estudio comparado del principio de legalidad véase Javier Donde Matute, ob. cit. pp. 313 ss.

(32) Así en España el artículo 25.1 de la Constitución dispone: 1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

Y el Código penal español establece:

Artículo 1.1 No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración.

2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley.

Artículo 2.1 No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad.

2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.

Artículo 3.1 No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.

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

Artículo 4.

1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime

pio todas las fuentes del derecho (33) y no limitarlo, como suele ser habitual en las legislaciones internas, a la ley en sentido formal (34), lo que por otra parte es comprensible en un texto que aúna tradiciones jurídicas distintas, en algunas de las cuales pervive como fuente por ej. un derecho de creación jurisprudencial (35). El principio de legalidad en el CEDH y en la jurisprudencia del TEDH (36) dista por lo tanto bastante del contenido que al mismo atribuyen los ordenamientos jurídicos de los países de *civil law*, pues al prescindir de la exigencia de ley formal se renuncia también por tanto al contenido de garantía democrática (37) que en países como España se atribuyen al principio a través de aquella exigencia (38). Por ello el Convenio ha

digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

(33) Susana HUERTA TOCILDO, ob. cit., 2005, p. 456. MARCO SCOLETTA, «El principio de legalidad penal europeo» en Luis María Díez Picazo y Adán Nieto Martín (Dirs.) *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Pamplona, 2010, p. 254.

(34) La doble garantía formal y material del principio de legalidad es una constante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que ha interpretado que el principio de legalidad contenido en el artículo 25. 1 CE exige la existencia de una ley en sentido formal, anterior al hecho sancionado y que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado. Véase, entre otras, las sentencias 25/1984, de 23 de febrero; 3/1988, 21 de enero; 101/1988, de ocho de junio; 29/1989, de seis de febrero; 69/1989, de 20 de abril puente, 150/1989, de 25 de septiembre; 219/1989, de 21 de diciembre, etc.

(35) Sobre ello Kai AMBOS, «Art 7 EMRK...» ob. cit., 2003, pp. 31 ss., Ciro GRANDE, «Nullum crimen sine lege» parlamentaria y Derecho penal europeo, en Luis María Díez Picazo y Adán Nieto Martín (Dirs.) *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Pamplona, 2010, p. 218, Jon LANDA y Enara GARRO, ob. cit. pp. 260-261.

(36) Con detalle Cian C. MURPHY, ob. cit., pp. 192 ss.

(37) Marco SCOLETTA, ob. cit. p. 253. Susana Huerta Tocildo, ob. cit. p. 458 ss., muy crítica con esta definición del principio que deja fuera su contenido de garantía democrática pp. 460 ss.

(38) El principio de legalidad tiene su origen en la Ilustración, y su substrato ideológico se encuentra en la separación de poderes de Montesquieu y contrato social de Rousseau. Clara expresión de la conjunción de dichas ideas la encontramos en las palabras de Cessare BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas, Alianza, Madrid, 1968, Capítulo 3, pp. 29-30: «La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra pena adicional, se sigue que ningún magistrado, bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente». El que la determinación de la conducta prohibida haya de efectuarse precisamente por vía de la ley es consecuencia del principio de división de poderes a que responde el Estado de

concluido por consagrar un «principio de juridicidad» en el que la reserva absoluta de ley formal se sustituye por una exigencia de previsibilidad (39), en la que se renuncia incluso al carácter escrito del texto, que para algunas concepciones del principio de legalidad, como la española, resultan esenciales (40). Así, a partir de aquella sustancial diferencia, el TEDH se ha centrado en garantizar los aspectos materiales del principio, en particular, su contribución a la seguridad jurídica [accesibilidad, irretroactividad, previsibilidad en sus subprincipios de precisión y taxatividad –prohibición de la analogía– (41)], exigiendo la previsibilidad y concreción del derecho aplicable, para lo cual no duda en incluir la interpretación jurisprudencial (42) que se hace de un determinado precepto, y que puede, incluso, completar una ley insuficientemente concreta de manera que en conjunto finalmente no quepa hablar de falta de taxatividad o de previsibilidad (43).

En palabras del TEDH (44): «El artículo 7, no se limita, por lo tanto, a prohibir la aplicación retroactiva del derecho penal en detri-

Derecho y se asienta en el fundamento político-democrático del principio de legalidad Véase Luis ARROYO ZAPATERO, «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 8, mayo-agosto, 1983, p. 17.

(39) Susana HUERTA TOCILDO, ob. cit. p. 458 ss., muy crítica con esta definición del principio que deja fuera su contenido de garantía democrática –pp. 460 ss.–

(40) Para nuestra doctrina y nuestro TC los contenidos esenciales del principio de legalidad se resumen en la máxima: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta, stricta et certa.*, Susana HUERTA TOCILDO, ob. cit. p. 485 ss.

(41) Con detalle Alessandro BERNARDI, ob. cit. apartado 2.2, Marco SCOLETTA, ob. cit. p. 253; Francis GEOFFREY JACOBS y Robin WHITE, ob. cit., pp. 164 ss., Javier DONDE MATUTE, ob. cit. pp. 332 ss., Jon Landa y Enara Garro, ob. cit., pp. 263 ss.

(42) Sobre el papel de la jurisprudencia como fuente en el sentido del artículo 7 CEDH, Marco SCOLETTA, ob. cit., p. 255 ss.

(43) Marco SCOLETTA, ob. cit., p. 256. Véase por ej. La STEDH de 10 de febrero de 2004, Caso Puhk v. Estonia, parag. 25: «According to the Court's case-law, Article 7 of the Convention is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage: it also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crime nulla poena sine lege*) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment. From these principles it follows that an offence must be clearly defined in the law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable (*ibidem*, see also *Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A n.º 260-A, p. 22, § 52)».

(44) *Korbely v. Hungría*, STEDH 19 September 2008, parág. 37 y 38, y en el mismo sentido las SSTEDH *Cantoni v. France* de 15 noviembre 1996, § 2, S.W. y C.R. v. Reino Unido, de 22 noviembre 1995, § 35, y § 33, respectivamente, y *Coëme y otros contra Bélgica*, de 22 de junio de 2000, § 145, *Jorgic c Alemania*, §§ 100-101, *Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania*, de 22 de marzo de 2001 § 50.

mento del acusado: consagra también, de modo más general, el principio de legalidad de los delitos y las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y el que prescribe la no aplicación de la ley penal de manera extensiva, en detrimento del acusado, especialmente, por analogía. De él se desprende, que una infracción debe estar claramente definida por la ley. Esta condición se cumple, cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y si es necesario, con ayuda de su interpretación por los tribunales y de una opinión jurídica esclarecida, qué actos y omisiones, comprometen su responsabilidad penal. A este respecto, el Tribunal ha indicado que la noción de “derecho” (“law”) utilizada en el artículo 7, corresponde a la de “ley” que figura en otros artículos de la Convención; engloba el derecho de origen tanto legislativo, como jurisprudencial e implica unas condiciones cualitativas, entre otras, las de la accesibilidad y previsibilidad.

Por más clara que pueda ser la redacción de una disposición legal, en cualquier sistema jurídico, incluido el derecho penal, existe invariablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre habrá que elucidar los puntos dudosos y adaptarse a los cambios de situación. En efecto, está solidamente establecido en la tradición jurídica de los Estados partes de la Convención, que la jurisprudencia, como fuente del derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del derecho penal. No se puede interpretar que el artículo 7 de la Convención proscriba la clarificación de las reglas de responsabilidad penal, por la interpretación judicial de un asunto a otro, sino a condición de que, el resultado, sea coherente con la sustancia de la infracción y razonablemente previsible (*Jorgic c Alemania*, no 74613/01, §§ 100-101, 12 de julio de 2007; *Streletz, Kessler y Krenz*, antes citada, § 50, y *S.W. c. Reino Unido y C.R. c. Reino Unido*, sentencias de 22 de noviembre de 1995, serie A no 335-B, pp. 41-42, §§ 34-36, y serie A no 335-C, pp. 68-69, §§ 32-34, respectivamente)».

3. LA RESISTENCIA A LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL 7.2 CEDH FUERA DE LOS CASOS RELATIVOS A LOS CRÍMENES NAZIS DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Los casos más relevantes que suelen citarse por la doctrina, como veremos no siempre con acierto, cuando se habla de la excepción del

artículo 7.2 (45) han sido K.-H. W. v. Alemania y Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania, ambas sentencias de 22 de marzo de 2001.

La primera de ellas, el caso K.-H. W. (46) trata de las condenas por los disparos realizados causando la muerte de un fugitivo que intentaba cruzar a la RDA. Los acusados alegaban en su defensa que había cumplido órdenes legales en la RDA de disparar para evitar la fuga, por lo que el desconocimiento que del derecho de la RDA habían hecho los tribunales de la RFA al condenarles suponía una infracción del principio de legalidad consagrado en el artículo 7 CEDH. Efectivamente en Alemania el caso había sido tratado de tal manera que presentaba un problema de posible infracción del principio de irretroactividad (47), ya que lo que se discutía no era la tipicidad de los hechos (constitutivos de asesinato) en el momento de su realización, sino si los mismos podían considerarse o no justificados en aplicación de la obediencia debida a una orden secreta junto con la interpretación judicial que se había hecho hasta entonces del § 27 de la Ley de Frontera (48). Los Tribunales alemanes partieron de la existencia formal de

(45) Así Susana HUERTA ob. cit. p. 466.

(46) K.-H. W. v. Germany, 37201/97, Court (Grand Chamber) Judgment (Merits) 22/03/2001.

(47) En contra de las decisiones del Bundesgerichtshof en los casos de los vigilantes del muro, véase Walter GROPP, «Naturrecht oder Rückwirkungsverbot?», *Zur Strafbarkeit der Berliner «Mauerschützen»*, en *Festschrift für Otto Triffler zum 65. Geburtstag*, Springer, Wien, 1996, pp. 103 ss.; Gunter JAKOBS, «Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch», en Battis, Jakobs y Jesse, *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 48 ss. En general la mayoría de la doctrina penal alemana entendía que las decisiones de los tribunales alemanes en estos casos suponían una vulneración del principio de legalidad –véanse las citas a favor y en contra recogidas por Kai AMBOS, ob. cit., 1999, p. 28 y nota 71.

(48) El § 27 párr. 2 oración 1 GrenzG-DDR establecía que el empleo de las armas de fuego era lícito para evitar la inminente ejecución o la continuación de un hecho punible que de acuerdo con las circunstancias pueda considerarse como un delito grave. También es lícita para detener a las personas altamente sospechosas de haber cometido un delito grave. Pero el mismo precepto obligaba a advertir al fugitivo antes de dispararle y a ser cuidadoso con la vida, lo que indicaba que en caso de poder evitar la huida de otro modo debía evitarse disparar al matar. Este precepto se ponía en relación con el § 213 del Código penal de la RDA (DDRStGB), en el que se recogía como delito la «huida de la república», y señalaba, además, en que casos concretos y con que circunstancias tal delito pasaba a considerarse como grave. Pero a la regulación legal se añadió además una interpretación judicial que extendía los supuestos de delito grave mucho más allá de la dicción literal del § 213. Con mayor detalle Hans Joachim HIRSCH, «Derecho penal del Estado de Derecho e injusto dirigido estatalmente» en *Derecho penal, Obras completas*, Buenos Aires 1999, t. II, pp. 220 ss., Kai AMBOS y Nils MEYER-ABICH, «Alemania. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas», en Ambos, Malarino y

una causa de justificación en la interpretación judicial del § 27 de la Ley de Frontera, a la que sin embargo, aplicando la doctrina de Radbruch (49) negaron validez jurídica desde el inicio, por «infracción grave y manifiesta de los principios fundamentales de justicia y humanidad derivados de un derecho suprapositivo e internacional», y ese reconocimiento de una nulidad jurídica desde el inicio permitió a los tribunales además negar que se estuviera infringiendo el principio de legalidad pues desde esta perspectiva no se estaba desconociendo un derecho *vigente* en la época (50). En realidad esta argumentación tiene su precedente en la jurisprudencia de los tribunales alemanes que juzgaron los crímenes nazis aplicando el Derecho alemán y la de los tribunales alemanes y aliados que aplicaron la Ley n.º 10 del Consejo de Control Aliado acudiendo a argumentos de fundamentación ético-ius-naturalista para justificar la aplicación retroactiva de la misma (51).

El TEDH decidió así mismo que no existía vulneración del artículo 7 CEDH (52), pero siguió para ello un camino más sencillo del tomado por los tribunales alemanes, pues ni tuvo que declarar inválidas supuestas disposiciones legales, ni apelar a limitaciones o excepciones a los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal desfavorable. Le bastó con argumentar que el hecho no estaba justificado ni tan siquiera aplicando la ley vigente en la RDA en aquel

Elsner (Editores), *Justicia de transición*, Montevideo, 2009, pp. 457 ss., Kai AMBOS, «Acercas de la antijuridicidad de los disparos en el muro» Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 11 ss.

(49) «El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debe solucionarse en vistas a que el derecho positivo asegurado por su promulgación y por poder tenga prioridad aun cuando su contenido sea injusto e inadecuado, salvo que la forma en que la ley positiva contradice a la justicia haya alcanzado un grado tan intolerable que la ley, por ser “derecho injusto”, deba ceder ante la justicia» (Gustav RADBRUCH, «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», en *Süddeutsche Juristenzeitung* (SJZ) 1 (1946), n.º 5, 1946, p. 107, existe traducción al español: «Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes», en *Derecho injusto y Derecho nulo*, Aguilar, Madrid, 1971).

(50) BGH, Sentencia del 3.11.1992 (5 StR 370/92), NJW 1993, pp. 147-148. También el Tribunal Constitucional negó virtualidad a causas de justificación dictadas por un gobierno no democrático en contradicción con sus propias leyes y con los derechos humanos –BVerfG decisión de 24.10.1996– 2 BvR 1851/94, NJW 1997, 929 ss.

(51) Véase Frede CASTBERG, ob. cit., pp. 132-133. Stefan ZIMMERMANN, «Die strafrechtliche «Bewältigung» der deutschen Diktaturen», en *Juristische Schulung*, 1996, p. 867; también, críticamente, Richard LANGE, «Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone zum Verbrechen gegen die Menschlichkeit», en *Süddeutsche Juristenzeitung*, 3, 1948, columnas 655 ss.

(52) En opinión de Marco SCOLETTA, ob. cit., p. 258, en cambio, la solución que se dio a estos casos no cambia el hecho de que «la norma penal aplicada al caso concreto es distinta (y mas desfavorable) que la concretamente previsible (en cuanto que «empleada» en la praxis jurisprudencial) en el momento de la comisión del hecho».

momento, pues la práctica estatal que permitía los disparos a muerte para evitar una fuga era contraria al derecho escrito de la propia RDA vigente en la época, además de ser contraria al Derecho internacional (53). Dicha práctica, que «vacía de su sustancia» a la legislación en la que supuestamente se basaba, no podría ser considerada

(53) Parág. 67 ss.:

67. The Court considers that recourse to anti-personnel mines and automatic-fire systems, in view of their automatic and indiscriminate effect, and the categorical nature of the border guards' orders to «annihilate border violators and protect the border at all costs» flagrantly infringed the fundamental rights enshrined in Articles 19 and 30 of the GDR's Constitution, which were essentially confirmed by the GDR's Criminal Code (Article 213) and successive statutes on the GDR's borders (section 17(2) of the People's Police Act 1968 and section 27(2) of the State Borders Act 1982). This State practice was also in breach of the obligation to respect human life and the other international obligations of the GDR, which, on 8 November 1974, ratified the International Covenant on Civil and Political Rights, expressly recognising the right to life and to the freedom of movement (see paragraph 34 above), regard being had to the fact that it was almost impossible for ordinary citizens to leave the GDR legally. Even though the use of anti-personnel mines and automatic-fire systems ceased in about 1984, the border guards' orders remained unchanged until the fall of the Berlin Wall in November 1989.

75. Furthermore, the Court takes the view that even a private soldier could not show total, blind obedience to orders which flagrantly infringed not only the GDR's own legal principles but also internationally recognised human rights, in particular the right to life, which is the supreme value in the hierarchy of human rights.

77. Already at that time Article 95 of the 1968 version of the GDR's Criminal Code provided: «Any person whose conduct violates human or fundamental rights ... may not plead statute law, an order or written instructions in justification; he shall be held criminally responsible» (see paragraph 24 above).

78. Similarly, Article 258 of the GDR's Criminal Code provided: «Members of the armed forces shall not be criminally responsible for acts committed in execution of an order issued by a superior save where execution of the order manifestly violates the recognised rules of public international law or the written criminal law» (see paragraph 30 above).

82. Furthermore, the fact that the applicant had not been prosecuted in the GDR, and was not prosecuted and convicted by the German courts until after the reunification, on the basis of the legal provisions applicable in the GDR at the material time, does not in any way mean that his act was not an offence according to the law of the GDR.

90. The Court considers that a State practice such as the GDR's border-policing policy, which flagrantly infringes human rights and above all the right to life, the supreme value in the international hierarchy of human rights, cannot be covered by the protection of Article 7 § 1 of the Convention. That practice, which emptied of its substance the legislation on which it was supposed to be based, and which was imposed on all organs of the GDR, including its judicial bodies, cannot be described as «law» within the meaning of Article 7 of the Convention.

91. Having regard to all of the above considerations, the Court holds that at the time when it was committed the applicant's act constituted an offence defined with sufficient accessibility and foreseeability in GDR law.

«derecho» a los efectos del artículo 7 de la Convención (54). El caso se solucionó por tanto afirmando la no vulneración del artículo 7.1 y sin necesidad de apelar a la excepción del artículo 7.2 (55).

En el caso *Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania*, sentencia de 22 de marzo de 2001 (56), se trataba no de un ejecutor de los disparos que alegara haber actuado en obediencia a una orden legal, sino precisamente de quienes habían ideado aquella práctica estatal que el TEDH consideró ilegal, los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la RDA. Los acusados argumentaban de nuevo que la reinterpretación de las leyes de la RDA que hacían los tribunales federales para condenarles suponía una infracción del principio de legalidad. La respuesta del TEDH fue la misma que en el caso anterior: la práctica instaurada por los acusados era contraria al derecho interno y al derecho internacional de los derechos humanos aplicable en la RDA y no podía encontrar protección en el artículo 7.1 (57). Por ello el Tribunal declara expresamente que no es necesario siquiera considerar la posible aplicación del artículo 7.2 (58).

Los dos casos expuestos no constituyen por tanto, según las argumentaciones del TEDH, supuestos de excepción al principio de legali-

En el mismo sentido se había pronunciado Hans Joachim HIRSCH, ob. cit. pp. 220 ss. En contra de esta fundamentación en cambio Kai AMBOS, «Art 7 EMRK...» ob. cit. 2003, pp. 42 ss., quien la considera incompatible con la exigencia de previsibilidad que el TEDH atribuye al principio de legalidad.

(54) Parág. 87.

(55) Es preciso recordar que, como se dijo *supra* nota 23, Alemania hizo una reserva al artículo 7.2, y la retiró justo en octubre de 2001, es decir, tras pronunciarse el TEDH.

(56) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Streletz%2C&sessionid=60745409&skin=hudoc-en>

(57) Parags. 87: «The Court considers that a State practice such as the GDR's border-policing policy, which flagrantly infringes human rights and above all the right to life, the supreme value in the international hierarchy of human rights, cannot be covered by the protection of Article 7 § 1 of the Convention. That practice, which emptied of its substance the legislation on which it was supposed to be based, and which was imposed on all organs of the GDR, including its judicial bodies, cannot be described as "law" within the meaning of Article 7 of the Convention

88. The Court, accordingly, takes the view that the applicants, who, as leaders of the GDR, had created the appearance of legality emanating from the GDR's legal system but then implemented or continued a practice which flagrantly disregarded the very principles of that system, cannot plead the protection of Article 7 § 1 of the Convention. To reason otherwise would run counter to the object and purpose of that provision, which is to ensure that no one is subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment.

89. Having regard to all of the above considerations, the Court holds that at the time when they were committed the applicants' acts constituted offences defined with sufficient accessibility and foreseeability in GDR law.»

(58) Parágrafo 108.

dad (59), sino que se solucionaron en mi opinión sobre la base de un problema central distinto. No se trataba tampoco de negar validez a un derecho que al menos formalmente lo era, sino precisamente de dilucidar si una práctica estatal y judicial podía considerarse derecho. Y el Tribunal llega a la conclusión de que no. Una práctica que contradice abiertamente la regulación escrita, tanto interna como internacional aplicable, no puede considerarse derecho sino solo violación del derecho. Y por ello las expectativas que los acusados se hubieran creado al seguir aquella práctica no son expectativas protegidas por el artículo 7 del CEDH, que solo protege las expectativas generadas por auténtico derecho. El problema, en definitiva, estimo que no se solucionó en el TEDH negando validez material a un derecho formal sino negando ya que existiera ese derecho ni siquiera en sentido formal.

En mi opinión estas diferencias sutiles de argumentación, que muchos autores pasan por alto, reproducen las dos vías de solución que la propia doctrina alemana esgrimió tras la Segunda Guerra Mundial para negar validez a las aparentes causas de justificación que hubieran podido amparar los crímenes nazis. Y es que entonces, como ahora, los principales problemas no estaban en el plano de la tipicidad, sino en el de la justificación. Y también entonces una parte de la doctrina negó la validez formal del Derecho que justificaría aquellos actos atendiendo al propio sistema de fuentes del Derecho del Tercer Reich (60). Mientras que otros autores realizaban una crítica material

(59) Como tales los trata en cambio Susana HUERTA TOCILDO, ob. cit, p. 467. No se trata por tanto de que el principio de legalidad se pueda obviar en los casos «más graves» de normativa penal injusta, como defiende Huerta, sino de que aquí no se admitió la existencia de normativa penal en una práctica que en realidad era violatoria del derecho vigente. También Cian C. MURPHY, ob. cit, pp. 195 y ss, insiste en que en estas decisiones se contradice la tradicional posición de la Corte de que la ley se completa y concreta con la aplicación jurisprudencial de la misma y señala que aquí el tribunal parece querer definir la ley basándose en el contenido moral de la misma. Sin embargo en mi opinión el Tribunal no abandona el aspecto formal en su argumentación, pues lo que priva a esta jurisprudencia de su capacidad para integrar la ley es su carácter de abiertamente contraria a dicha ley.

(60) Así se niega el carácter de ley de la orden secreta del Führer en cumplimiento de la cual se dio muerte a cerca de 100.000 enfermos mentales, o de la que presuntamente habría ordenado el asesinato de los judíos. Véase Hans Joachim HIRSCH, *Rechtsstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht*, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge/Geisteswissenschaften, G 342, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1996, p. 7; Hans WELZEL, «Gesetzmäßige Judentötungen?», en NJW, 1964, Heft 12, pp. 521 ss.; en contra de la negación de su carácter de Derecho véase la argumentación de Gunter JAKOBS, «Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch», en Battis/ Jakobs/ Jesse, *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 44 ss. Concluye este autor que

de base iusnaturalista basada en la doctrina de Radbruch del injusto legal (gesetzliches Unrecht) y el Derecho supralegal (übergesetzliches Recht) (61).

Ninguna de las dos vías está exenta de problemas, pero estimo que la primera es más acorde con la idea de garantizar la seguridad jurídica (62), al menos en casos claros de prácticas o disposiciones presuntamente legales abiertamente contrarias a normas de rango superior, en especial la Constitución y los tratados internacionales vigentes para un determinado Estado. Puesto que tal derecho de rango superior es previsible para el sujeto, éste no puede ampararse en la previsibilidad de otro supuesto derecho abiertamente contrario al anterior, y es por aquí por donde camina la argumentación del TEDH en los casos comentados. En contra Scoletta (63) rechaza esta argumentación por considerar que corre el peligro de colisionar con la ratio liberal del principio de legalidad y propone en cambio seguir el criterio de que «una norma nacional carece de suficiente base legal –y no sería relevante como *law* en relación al juicio de responsabilidad penal– sólo en la medida en que suponga una violación objetiva y absolutamente evidente de los derechos humanos reconocidos en el Ordenamiento jurídico europeo (64); en todos los demás casos, el reconocimiento (posterior) de la ilegitimidad de la norma, por violación de una fuente de rango jerárquicamente superior, no podría justificar su inaplicación». Para mí esta argumentación plantea dos problemas: el primero es que en los casos de supuesta justificación la violación de derechos humanos pocas veces es objetiva y absolutamente evidente, sino que por el contrario, como demuestra la experiencia, suele dar lugar a una larga discusión sobre el contenido y los límites de la justificación, por lo que es precisamente esta solución la que compromete seriamente la seguridad

para juzgar conforme al Derecho alemán la violencia del nacionalsocialismo habría que suspender la prohibición constitucional de irretroactividad de la ley penal –p. 48–.

(61) Sin embargo, el propio Gustav RADBRUCH reconocía las limitaciones de su teoría para solucionar el problema véase Gustav RADBRUCH, «Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit», en *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1947, p. 133. Sobre la discusión tras la Segunda Guerra Mundial y las dos vías de solución Stefan ZIMMERMANN, «Die Strafrechtliche «Bewältigung» der deutschen Diktaturen», en *JuS*, 1996, Heft 10, p. 866.

(62) Kai AMBOS, ob. cit., 1999, p. 17, opina también que la fórmula de Radbruch, al implicar un renacimiento del Derecho natural entra en conflicto con el mandato de certeza del principio de legalidad.

(63) Ob. cit., p. 259 ss.

(64) En sentido similar Susana HUERTA TOCILDO, ob. cit, p. 467.

jurídica (65). La segunda es que un derecho formalmente nulo ya desde las reglas del propio ordenamiento jurídico del que pretende formar parte no puede en mi opinión generar expectativas legítimas o atendibles (66).

La segunda vía, la de declarar como no derecho por su ilegitimidad material una norma nacional «formalmente válida» que pretende justificar un hecho delictivo, debe quedar en mi opinión como un último recurso ante violaciones flagrantes de los derechos humanos en las que según el sistema de fuentes interno no quepa argumentar ya una invalidez formal, lo que hoy por hoy sucederá en poquísimos casos, al contar las principales normas del derecho penal internacional y de los derechos humanos con la condición de normas generales de *ius cogens*.

En el caso *Korbely v. Hungría* (67) los tribunales húngaros condenaron a un oficial por los homicidios de civiles cometidos durante la Revolución húngara de 1956 como crímenes contra la humanidad en aplicación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949. En este caso el TEDH analizó la previsibilidad del castigo en el derecho internacional vigente en la época en que se cometieron los hechos. El Tribunal concluye en su sentencia de 19 septiembre 2008, «que no ha sido demostrado que fuera previsible que los actos cometidos por el demandante, constituyeran crímenes contra la humanidad según el derecho internacional. Por lo tanto, se ha producido una violación del artículo 7 de la Convención» (68). En realidad, como se explicará infra, el caso aquí se solucionó mas bien por la vía de negar una correcta interpretación por parte de los tribunales húngaros de las normas que en el derecho internacional de 1956 regulaban los crímenes contra la humanidad. El tribunal reprocha a Hungría que no se molestó en analizar los elementos del crimen contra la humanidad en el derecho aplicable en la época ni tampoco comprobó adecuadamente si la conducta del acusado encajaba en dichos elementos. Tampoco en este

(65) Sobre los límites de la fórmula de Radbruch y las objeciones que suscita la aplicación de la misma por el BGH en los casos de los disparos en el muro véase Kai AMBOS, «Acerca de la antijuridicidad de los disparos en el muro» Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 16 ss.

(66) Como el propio Scoletta reconoce «en un sistema jurídico basado sobre la «legalidad formal» (como el ordenamiento europeo), una norma –de derecho interno o internacional– es previsible y eficaz precisamente en la medida de su legitimidad «formal» puesto que sobre el derecho formalmente válido se proyecta la confianza de los ciudadanos.

(67) *Korbely v. Hungary* 9174/02 Court (Grand Chamber) Judgment (Merits and Just Satisfaction) 19 september 2008

(68) Parág. 62.

caso acudió el TEDH a la excepción del artículo 7.2, pues en su opinión los actos cometidos por el demandante no eran constitutivos de crimen contra la humanidad (69).

En el caso *Kononov v. Letonia* (70) el TEDH examinó la condena por crímenes de guerra impuesta por los tribunales de Letonia a un partisano que había luchado contra los nazis en la Segunda Guerra Mundial, por asesinar a civiles acusados de colaboracionismo y traición. Se trató aquí de un auténtico caso de aplicación retroactiva de una ley penal letona de 1993 a hechos cometidos en 1944. Sin embargo al TEDH afirma que la condena se basó en el derecho internacional y no en el interno (71). Para ello esgrimió las normas sobre el derecho de la guerra existentes al tiempo de comisión de los hechos, y pretendió obviar la falta de previsión de una sanción en los textos mencionados argumentado sin más que el tribunal interno podía suplir esa carencia fijando la pena con base en el derecho interno (72). Esta forma de actuar deja sin resolver el hecho de que la pena impuesta lo es retroactivamente o se trata de la asignada a un delito distinto, y que como tal podía haber prescrito. Por ello considero que es un verdadero caso de aplicación del artículo 7.2. El Tribunal en cambio concluye que los Estados tienen permitido, en aplicación del derecho internacional, castigar los crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial (73). Y respecto de la cuestión de la prescripción de los hechos según el cp vigente en la época, el tribunal tras constatar que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra fue introducida en la legislación nacional en 1993, afirma que al no ser aplicable el cp

(69) En este caso el tribunal húngaro centraba la acusación en la muerte de una persona, que por ir armada no podía ser considerada en opinión del TEDH como población civil, ni siquiera como persona fuera de combate, sino como combatiente. Crítica con la interpretación del TEDH se muestra Sonja GROVER, *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes*, 2010, pp. 244 ss.

(70) *Kononov v. Latvia*, 36376/04, Judgment (Merits and Just Satisfaction) 17 May 2010

(71) Parag. 196

(72) 212. «Finally, where international law did not provide for a sanction for war crimes with sufficient clarity, a domestic tribunal could, having found an accused guilty, fix the punishment on the basis of domestic criminal law». Pero el problema no era que la pena no estuviera fijada con claridad, sino que el hecho ni tan siquiera se declaraba punible en Derecho internacional.

(73) 213. «Accordingly, the Court considers that by May 1944 war crimes were defined as acts contrary to the laws and customs of war and that international law had defined the basic principles underlying, and an extensive range of acts constituting, those crimes. States were at least permitted (if not required) to take steps to punish individuals for such crimes, including on the basis of command responsibility. Consequently, during and after the Second World War, international and national tribunals prosecuted soldiers for war crimes committed during the Second World War».

de 1926 por no contener crímenes de guerra, los plazos de prescripción establecidos en aquel código tampoco lo fueron. La condena, se basó en opinión del TEDH en el derecho internacional (74). (que no establecía penas, pero tampoco la mera indicación de la criminalidad de los hechos directamente en dicho ordenamiento). Reconoce el Tribunal que el derecho internacional de la época nada decía de la prescripción de los crímenes de guerra (lo cual resulta lógico por otra parte, dado que nada decía tampoco de su consideración como delitos, ni de sus penas) (75). Y concluye afirmando que como los plazos de prescripción internos no son aplicables al no serlo en conjunto el CP, y en derecho internacional no se establece ningún plazo de prescripción, los hechos son imprescriptibles. La argumentación es cuando menos sorprendente pues, lo primero que resulta cuestionable es que se haya aplicado el derecho internacional (los tribunales nacionales aplicaron en realidad la nueva ley letona), pero mas sorprendente todavía es la conclusión alcanzada, pues el mismo modo de razonar: «si el plazo de prescripción no estaba previsto en el derecho internacional los delitos son imprescriptibles», podría haber llevado al tribunal a resolver que «si las penas no están previstas en el derecho internacional de la época (o al menos, si las conductas no se declaraban criminales en dicho ordenamiento), los delitos no son punibles con base en el mismo». Señala Kai Ambos (76), que en cuanto al cumplimiento de la exigencia de legalidad de la pena en Derecho penal internacional, un enfoque minimalista prescindiría de la exigencia de pena considerando suficiente la mera indicación de la criminalidad de la conducta. En el caso comentado esta criminalización no se había establecido todavía en el Derecho internacional de la época, por lo que la conducta solo era punible en el derecho interno, como delito común y con la pena ahí señalada. El sustituir la pena previsible y su prescripción por una pena no prevista debió tratarse por tanto como una excepción al principio de legalidad.

Por ello toda la argumentación del TEDH en este caso es en mi opinión inasumible. Pues además, y aunque algunos autores, como he mencionado se conformen en relación con el Derecho penal internacional con la mera declaración de la criminalidad de la conducta (que

(74) Parags. 230 ss.

(75) El tribunal recoge como derecho aplicable en el que supuestamente quiere fundamentar la punibilidad de los hechos una serie de tratados sobre el derecho de la guerra que no declaraban las conductas punibles, junto con diversas leyes nacionales no aplicables al caso, propuestas e intentos fallidos anteriores a la segunda guerra mundial, las declaraciones de los aliados durante la guerra, etc.

(76) Kai AMBOS, ob. cit., 2009, p. 39, comentando también otras posturas con ulteriores citas.

tampoco concurría en el caso), en mi opinión el principio *nulla poena sine lege praevia*, significa hoy en derecho comparado y en derecho internacional mucho más que la declaración de la punibilidad de un conducta, significa, como con razón señala Shahram Dana (77), incluso más que la prohibición de la retroactividad de una pena más severa (78), ya que incluye la exigencia de determinación (79) y por tanto si se quieren obviar estos requisitos debe admitirse que se está exceptuando el principio. También un derecho penal internacional debe tender a cumplir este principio (80). Se puede admitir en mi opinión que basta para crímenes de tal gravedad, y que ofrecen tan diversas posibilidades de participación, con la previsibilidad de un marco penal muy amplio, como por ej. aquel que sólo establece la pena máxima de prisión perpetua, como sucede en el Estatuto de Roma o en Reglas de procedimiento y prueba del TPIY, pero aún con todo sería preferible que unas reglas de medición de la pena limitaran el amplísimo arbitrio judicial para cumplir mejor con el principio de legalidad de las penas. Es preciso recordar aquí que el TEDH ha afirmado una violación del artículo 7 en supuestos en los que el contorno de la pena no podía distinguirse claramente de la regulación de su forma de ejecución, con lo que no quedaba clara la duración de la pena en el derecho vigente en el momento de comisión del delito (81).

(77) Shahram DANA, «Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing», *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 99, n.º 4, p. 54., accesible en http://works.bepress.com/shahram_dana/1.

(78) De la misma opinión Alessandro BERNARDI, ob. cit. apartado 3, que apoya en el término «igualmente» utilizado por el precepto («Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave...») la idea de que el mismo principio de legalidad regulado en el primer párrafo para el delito se quiere extender en el segundo para las penas.

(79) En contra Kai AMBOS, «Nulla poena sine lege en Derecho penal internacional» en *Revista de Ciencias Penales* de Costa Rica, n.º 26, 2009, p. 36 ss.

(80) De la misma opinión, de lege ferenda, Kai AMBOS, ob. cit. 2009, p. 42.

(81) El Tribunal y la Comisión vienen distinguiendo entre la definición de la pena y su forma de ejecución, excluyendo este último ámbito de la protección del principio de legalidad, lo que parece censurable, (véase el caso *Hogben v. Reino Unido*, decisión de 03/03/1986. Sin embargo es muy interesante mencionar aquí la STEDH de 12/02/2008, *Kafkaris v. Chipre*. Se trataba de un caso en el que al tiempo de ejecución del delito la pena de cadena perpetua señalada para el mismo tenía una duración, según las reglas de ejecución de la misma de 20 años, y que posteriormente se modifica para convertirla en una auténtica prisión de por vida. El tribunal en este caso afirmó: par. 150: «The Court considers, therefore, that there is no element of retrospective imposition of a heavier penalty involved in the present case but rather a question of “quality of law”. In particular, the Court finds that at the time the applicant committed the offence, the relevant Cypriot law taken as a whole was not formulated with sufficient precision as to enable the applicant to discern, even with

La clase y duración de la pena debe al menos ser previsible para respetar el principio de legalidad europeo (82).

Por ello una alteración tan significativa de la tradicional comprensión del principio de legalidad de la pena como la que hace el tribunal en el caso Kononov debería haberle llevado a apelar a la excepción del artículo 7.2. En cambio el TEDH concluyó que no hubo violación del artículo 7.1 y no era necesario examinar la aplicación del artículo 7.2. La conclusión es que el TEDH está aplicando en los casos de crímenes internacionales un derecho excepcional (reglas diferentes de interpretación del principio de legalidad) sin reconocerlo y sin querer aludir expresamente a la excepción del artículo 7.2.

Sí pueden considerarse en cambio una aplicación directa del artículo 7.2 la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de inadmisión a trámite de la queja de infracción del principio de legalidad en los casos Becker v. Bélgica (83) y Touvier v. Francia (84). La Comisión argumentó en este último: que el demandante fue condenado a cadena perpetua por complicidad en crímenes contra la humanidad y que el delito de crímenes contra la humanidad y su imprescriptibilidad fueron incluidos en el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg anexo del acuerdo del 8 de agosto Interaliado de 1945. La Comisión considera en este caso además que no es necesario pronunciarse sobre si los hechos reprochados al demandante podían recibir tal calificación cuando se cometieron. Y recuerda que, «de los trabajos preparatorios de la Convención resulta que el párrafo 2 del artículo 7 (art. 7.2) tiene como fin precisar que este artículo no afectará a las leyes que en las circunstancias muy excepcionales en que se que se produjeron, a raíz de la Segunda Guerra Mundial, se han aprobado para reprimir crímenes de guerra y actos de traición y colaboración con el enemigo y no contiene ninguna condena legal o moral

appropriate advice, to a degree that was reasonable in the circumstances, the scope of the penalty of life imprisonment and the manner of its execution. Accordingly, there has been a violation of Article 7 of the Convention in this respect».

(82) Alessandro BERNARDI, ob. cit. apartado 3.3, Jon LANDA y Enara GARRO, ob. cit., p. 290-291.

(83) Becker v. Bélgica, 214/56, Commission (Plénière), Decisión de 9 de junio de 1958. En este caso se había condenado a un periodista por actos de colaboracionismo con los nazis cometidos en 1940, como por ej realizar propaganda contra la resistencia belga, incitar a luchar contra los belgas o sus aliados, etc. Críticos con la sentencia, argumentando que es dudoso que todos los delitos de colaboracionismo a los que se ha aplicado el artículo 7.2 estén realmente cubiertos por la dicción literal del mismo, JACOBS Y WHITE, *The European Convention on Human Rights*, 2.^a ed. Oxford, 1996, p. 169, y en el mismo sentido Jon LANDA y Enara GARRO, ob. cit. p. 283.

(84) Touvier v. Francia, 29420/95, Commission (Plenary), Decisión de 13 de enero de 1997

de estas leyes (cf. n.º 268/57, diciembre de 20/07/1957, Ann. Conv., vol. 1, p. 241). Considera además que este razonamiento se aplica también a los delitos contra la humanidad».

La misma argumentación fue seguida después en la decisión del Tribunal de inadmisión a trámite de la parte de la demanda de Papon v. Francia (85) que alegaba infracción del principio de legalidad: «El Tribunal recuerda que el párrafo 2 del citado artículo 7 establece expresamente que el artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona para «cualquier acto u omisión que en el momento de cometerse, fuese criminal de acuerdo con los Principios Generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas. Este es el caso de los crímenes contra la humanidad, respecto de los cuales la regla de la imprescriptibilidad fue establecida por el Estatuto del Tribunal Internacional Nuremberg anejo al Acuerdo interaliado, de 8 de agosto de 1945 y por una ley francesa del 26 de diciembre 1964, que se refiere expresamente a tal acuerdo cuando prevé que la persecución de de los crímenes contra la humanidad no prescribe».

Y la misma argumentación encontramos en la decisión de inadmisión del caso Kolk y Kislyiy v. Estonia (86), en el que los demandantes habían sido condenados por la comisión en 1949 de crímenes contra la humanidad en aplicación de preceptos introducidos en la legislación estonia en 1994 y 2002, que declaraban perseguibles los crímenes contra la humanidad con independencia del momento de su comisión. El Tribunal de apelación estonio había resuelto el caso mencionando el artículo 7.2 del CEDH y considerado que los hechos constituían crímenes contra la humanidad según el Estatuto del Tribunal de Nuremberg (87). El TEDH en su decisión: «reitera, que el artículo 7.2 del Convenio dispone expresamente que este artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es verdad respecto de los crímenes contra la humanidad, para los que la regla de que no estaban sujetos a limitación de tiempo fue establecida por el Estatuto del Tribunal Internacio-

(85) Decisión de 15 de noviembre de 2001, fundamento jurídico 5. La tan citada Resolución en el caso Papon v. Francia de 25 Julio 2002, no se refiere en ningún momento ni al principio de legalidad, ni a la retroactividad, ni a la imprescriptibilidad, ni al contenido del crimen contra la humanidad, sino solo y exclusivamente al derecho a la duración razonable del proceso y al derecho de apelación.

(86) Decisión de 17 de enero de 2006, y traducida al español en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>

(87) Todos los antecedentes y el derecho aplicado pueden leerse en la decisión del tribunal mencionada en la nota anterior

nal de Nuremberg». Esta decisión es importante por la mención que se hace al artículo 7.2 del Convenio por primera vez fuera del contexto de los crímenes nazis de la Segunda Guerra Mundial. En todos los casos que hemos visto anteriormente no referidos a la Segunda Guerra Mundial el tribunal había obviado aplicar al párrafo 2 del artículo 7 intentando argumentar la no vulneración del primer párrafo.

4. LA RELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEBILITADO DEL ARTÍCULO 7 CEDH Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FUERTE DE LAS LEGISLACIONES INTERNAS

La exigencia de garantías añadidas que suponen un reforzamiento de la protección de determinados Derechos humanos en las legislaciones internas, en relación con una regulación menos protectora en los textos internacionales no supone en ningún caso un incumplimiento del Derecho internacional por las normas internas (88), sino todo lo contrario, un reforzamiento y mejora de las mismas. Por ello, ante dos normas igualmente vinculantes, una de derecho interno y otra de derecho internacional, que diseñan la protección debida a un determinado derecho humano, debe prevalecer para el sujeto obligado por ambas aquella que ofrezca mayor protección al derecho fundamental.

Así lo ordena el propio convenio, en la cláusula de salvaguarda del artículo 53:

«Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.»

Además, como señala Susana Huerta Tocildo (89), la propia exigencia de previsibilidad y accesibilidad que el TEDH extrae del artículo 7 impone que en aquellos países en que el sistema legal interno prevé mayores exigencias y garantías en el principio de legalidad penal, como por ej. la reserva absoluta de Ley, las mismas sean cumplidas para poder afirmar que el sujeto pudo prever la condena (90).

(88) En el mismo sentido Susana HUERTA TOCILDO, ob. cit. p. 461

(89) Ob. cit., p. 462

(90) En opinión de la autora citada el artículo 25.1 CE desplaza al artículo 7 CDEDH que actuaría como norma de protección de naturaleza subsidiaria al ser sus exigencias menos rigurosas. Y añade, p. 463: «este principio de legalidad penal

En mi opinión esta conclusión es aplicable a ambos números del artículo 7 y resulta obvia si nos fijamos en que la misma relación puede establecerse entre las prescripciones que regulan otros derechos: así sería absurdo afirmar que la permisón de la pena de muerte contenida en el artículo 2 CEDH prevalece frente a su prohibición en el artículo 15 de la Constitución española. Igual de absurdo es afirmar que la permisón de la costumbre, la jurisprudencia o los principios generales del derecho en la tipificación de delitos y de penas prevalece frente a la reserva absoluta de ley recogida en el artículo 25 CE. Si la segunda frase del n.º 1 del artículo 2 del CEDH no obliga a los Estados parte a instaurar la pena de muerte, lo cual resulta evidente, el artículo 7.1 tampoco les obliga a castigar en aplicación de costumbres internacionales, ni el 7.2 en aplicación de «principios generales del derecho» –lo que debería resultar igual de evidente– (91).

Lo dicho significa que, como sostiene la opinión mayoritaria, aunque el artículo 7 CEDH autoriza a los jueces nacionales a castigar un hecho que constituye delito según el derecho internacional, a pesar de que no esté previsto en el derecho interno –lo que luego será posible o no según las condiciones que imponga el propio derecho interno–, en el sentido de que ello no se entenderá como una infracción de la Convención, dicho artículo no obliga, ni en su párrafo primero ni en el segundo, a los Estados miembros a castigar aplicando directamente una norma de derecho internacional o los principios generales del derecho (92). Los antecedentes del precepto apoyan además esta con-

européo, en cierto sentido «descafeinado» por la eliminación de la garantía que comporta la exigencia de reserva absoluta de ley en sentido formal solo puede entenderse como un standar mínimo de garantías destinado a dar cobertura a las regulaciones penales que son propias de países que han acogido el sistema del *common law*, pero no como una alternativa sustitutoria del contenido esencial tradicionalmente atribuido al indicado principio. De manera que ha de concluirse que dicho standard mínimo no se opone ni prevalece frente al más riguroso adoptado por aquellos ordenamientos que, como el nuestro, han dado reconocimiento legal y constitucional al indicado principio en toda su extensión, esto es, sin hurtarle ninguno de sus componentes esenciales».

(91) Estimo por ello que no es correcta la afirmación de Joan GARCÉS, «Los crímenes de lesa humanidad en España ante el tribunal Supremo», en Josep M.^a Tamarit (Coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, 2010, p. 176, de que en nuestro país determinadas actuaciones del Fiscal o de la AN asumen como premisa lógica la no aplicación en el caso de España del párrafo 2 del artículo 15 del PIDCP. Solo podríamos afirmar que se está inaplicando el pacto si éste *obligara* a los Estados a exceptuar el principio de legalidad, lo que no ocurre, como hemos dicho.

(92) Véase Alessandro BERNARDI, ob. cit. apartados 3.2, 4.2 y 6.3, con ulteriores citas doctrinales en el mismo sentido. En sentido similar se ha manifestado el TS peruano respecto de la excepción paralela establecida en el artículo 15.2 del PIDCP, al afirmar en la Sentencia del pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú

clusión si recordamos la constancia en acta a petición de Suecia, a la que hicimos referencia más arriba, de que la Convención no obligaba a los Estados a aplicar una norma internacional no incorporada a su legislación interna (93). Y no cabe argumentar en contra que la cos-

del 21 de marzo de 2011 (proceso de inconstitucionalidad): marg 51. «A tal efecto, el Tribunal recuerda la obligación de los jueces penales de observar las garantías que conforman el principio-derecho de legalidad penal y, en particular, el que se deriva del sub-principio de *lex stricta*, que exige una interpretación que respete el contenido riguroso de la ley penal y, por tanto, prohíbe la analogía *in malam partem*» y marg. 54. «... por ejemplo, el artículo 15.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece lo siguiente:

“1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional” (subrayado agregado).

Como se aprecia, el precepto alude claramente a la posibilidad de procesar y condenar penalmente por la comisión de un acto, a pesar de no encontrarse previamente prohibido y penado por el Derecho escrito, siempre que tal acto resulte delictivo “según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

Desde luego, podría considerarse que esta previsión sitúa la temática en el meollo de un conflicto límite entre un pretendido Derecho natural y el Derecho positivo, en cuyo análisis, afortunadamente, en este caso, este Tribunal no tiene por qué ingresar.

55. En todo caso, conviene enfatizar que el artículo 2.º, inciso 24, literal d), de la Constitución, establece que “[n]adie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. En similares términos, el artículo 9.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone que “[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. Nuestros jueces penales –a diferencia de lo ocurrido en otras latitudes (vg. Sentencia de la Corte Suprema Federal de Alemania del 26 de junio de 1994 - 5 StR 98/94, y Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán - BVerfGE 95, 96)– nunca han encontrado motivos para relativizar la aplicación de esta regla esencial del Estado Constitucional.»

[Sin embargo el tribunal paradójicamente, después de esta excelente defensa del principio de legalidad penal excluye del ámbito de dicho derecho la cuestión de la imprescriptibilidad (marg. 54).]

(93) DH (57) 6, p. 7 CDH (70) 10, p. 9. En el mismo sentido se pronuncia Marco SCOLETTA, ob. cit. p. 256, para quien «esta dilatación del concepto de “ley” (penal) no comporta, obviamente, un vaciamiento de la garantía de “reserva de ley” en las formas específicas previstas por los distintos Ordenamientos jurídicos naciona-

tumbre internacional con carácter de *ius cogens* forma parte del ordenamiento interno, pues el problema aquí sigue siendo, aparte de la falta de taxatividad de la costumbre en el momento de comisión de los hechos, la indeterminación de la pena, lo que convierte a dicha costumbre, al ser *non self executing*, en inaplicable por sí sola, sin transposición en una ley interna que la concrete y la complete (94).

La excepción al principio de legalidad del artículo 7.2 solo marca por tanto los límites al derecho fundamental en el ámbito de protección del CEDH, debilitando aún más un principio de legalidad que como vimos dista mucho del regulado en la mayoría de las Constituciones nacionales. Y ello significa que el sujeto condenado en el ámbito de esa excepción no podrá recurrir lógicamente a la protección del TEDH pues el Convenio no se la otorga, pero no significa de ninguna manera que no pueda tener una protección mayor en los ordenamientos internos y que no pueda solicitar el amparo de los tribunales nacionales que deben velar por la protección de su derecho (95).

5. CONCLUSIONES

1. La regulación prevista en el n.º 2 del artículo 7 del CEDH supone una autentica excepción al principio de legalidad para crímenes internacionales, y como tal es criticable pues:

a) la exceptuación de garantías fundamentales del Derecho penal para determinados tipos de delitos o de delincuentes conduce a un indeseable derecho penal del enemigo y

b) si bien tal excepción pudo tener su sentido en una época pasada en que el derecho penal internacional no estaba preparado para afrontar de otra manera una realidad tan atroz que no podía quedar sin respuesta, la perpetuación de tal excepción carece de sentido más de 60 años después cuando:

i) la pena por los hechos cometidos en aquella época carece ya de efecto preventivo especial y general y

les –cuya violación *siempre* podrá hacerse valer ante los tribunales estatales competentes–, sino que define únicamente los presupuestos del significado “europeo” del principio de legalidad de las normas penales».

(94) Alicia GIL GIL «The Flaws of the Scilingo Judgment» en *Journal of International Criminal Justice* 3,2005, pp. 4 ss.

(95) Se equivoca en mi opinión Joan GARCÉS, ob. cit. p. 178, cuando reclama que nuestros jueces y fiscales deben aplicar el principio de legalidad según éste se regula en el artículo 7.2 CEDH y no conforme su regulación en la Constitución española.

ii) el nuevo Derecho penal internacional camina en sentido contrario: hacia la consagración y respeto del principio de legalidad.

2. El TEDH muestra una notable reticencia a aplicar en sus decisiones la excepción del artículo 7.2 fuera de los casos relativos a la criminalidad nazi (con excepción del caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia*). Por lo contrario, por lo general prefiere la vía de negar directamente la infracción del artículo 7.1, sin recurrir a la excepción, aunque para ello tenga que variar su jurisprudencia sobre el principio de legalidad de las penas, obviar, en ocasiones, el examen de los contornos del crimen en concreto en el derecho internacional de la época, o afirmar la existencia de una regulación legal en realidad inexistente en el momento de comisión de los hechos. La consecuencia es una jurisprudencia deficiente, caracterizada por las contradicciones, la falta de base teórica y de claridad en los principios aplicados, la búsqueda de soluciones prácticas y la preferencia por «hacer justicia» antes que por afirmar la violación de derechos (96).

3. La regulación del artículo 7 CEDH, no obligaba a los Estados, ni en su punto 1 ni en el 2, a aplicar una norma internacional no incorporada a su legislación interna o a disminuir la protección interna al principio de legalidad. De manera que se puede concluir que la exigencia de garantías añadidas que suponen un reforzamiento de la protección del principio de legalidad en las legislaciones nacionales, en relación con una regulación menos protectora del CEDH no supone en ningún caso un incumplimiento del Derecho internacional por los Estados.

(96) Cian C. MURPHY, ob. cit, pp. 207 ss., quien denuncia incluso falta de objetividad contaminando con frecuencia el tribunal el juicio sobre la legalidad con aspectos morales relativos al delito cometido por el reclamante

