

ENSAYO GANADOR DEL VIII PREMIO ENRIQUE RUANO CASANOVA

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y SU CONFIGURACIÓN COMO DERECHO SUBJETIVO EN EL SISTEMA REGIONAL EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS¹

Alejandro AYALA GONZÁLEZ
Universidad Carlos III de Madrid
alejandro.aya.gonza@gmail.com

RESUMEN

*Este artículo analiza el desarrollo jurisprudencial que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha realizado del art. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en el que se consagra el principio de legalidad penal. Tras hacer referencia al origen histórico del principio, se examina su contenido y alcance desde la perspectiva del Derecho comparado. A continuación se estudia la configuración que el principio ha recibido en el Sistema Regional Europeo de Protección de los Derechos Humanos. En primer lugar, se analizan los mandatos de *lex scripta* y *lex certa* en relación con el concepto «ley» consagrado en el Convenio y, posteriormente, se examina el subprincipio de prohibición de retroactividad, así como los límites a los que éste se ve sometido.*

Palabras clave: principio de legalidad penal, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, derechos humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT

*This article looks into the case law development of article 7 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Basic Freedoms made by the European Court of Human Rights, where the principle of legality in Criminal Law appears. Once referred to the historic origins of the principle, we study its content and scope from the point of view of contrasted law. Next we look into the shaping given to the principle in the European regional system for the Protection of Human Rights. First, we study the rules of statute law and *lex certa* regarding the concept*

¹ Este artículo tiene su origen en el trabajo de fin de grado que el autor presentó, bajo la dirección académica de la profesora Florabel Quispe Remón, para la finalización de sus estudios en la Universidad Carlos III de Madrid.

of law as seen in the convention. After that, we analyze the subprinciple of the prohibition of retroactivity, as well as the boundaries the latter has.

Keywords: The principle of Legality in Criminal Law, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, European Agreement for Human Rights, European Court of Human Rights.

ZUSAMENFASSUNG

*Dieser Artikel untersucht die Entwicklung der Rechtsprechung, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bezüglich des Artikels 7 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten verfolgt hat. In diesem Artikel wird der Grundsatz der Strafgesetzmäßigkeit festgeschrieben. Nach einem Bezug auf die historischen Ursprünge dieses Grundsatzes werden sein Inhalt und seine Reichweite aus der Perspektive der vergleichenden Rechtswissenschaft untersucht. Im Anschluss wird die Ausgestaltung untersucht, die der Grundsatz im europäischen regionalen System des Schutzes der Menschenrechte erfahren hat. Zunächst werden die Verfügungen des *lex scripta* und des *lex certa* in Bezug auf das Konzept des in der Konvention festgeschriebenen Gesetzes analysiert; anschliessend wird das Unterprinzip des Rückwirkungsverbot untersucht, wie auch die Begrenzungen, denen es unterworfen ist.*

Schlüsselwörter: Prinzip der Strafgesetzmäßigkeit, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, Menschenrechte, Europäische Menschenrechtskonvention, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL COMO CONCEPTO DE DERECHO INTERNO Y SU CONSAGRACIÓN EN LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.—1. Garantías del principio de legalidad penal. 2. *Lex scripta*: subprincipio de reserva de ley.—3. *Lex certa*: subprincipio de taxatividad, especificidad o determinación.—4. *Lex stricta*: subprincipio de prohibición de analogía.—5. *Lex praevia*: subprincipio de prohibición de retroactividad.—6. La consagración del principio de legalidad penal como derecho subjetivo y su inclusión en el ámbito de los Derechos Humanos.—III. LA PRESENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL SISTEMA REGIONAL EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.—1. *Lex scripta* y *lex certa*: concepto «ley» y los requisitos de accesibilidad y previsibilidad. La accesibilidad como requisito del concepto ley. La previsibilidad como requisito del concepto ley.—2. La irretroactividad según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La prohibición de retroactividad de los ilícitos penales. La prohibición de retroactividad de las penas. Las cuestiones de la retroactividad favorable y la retrospectividad.—3. La excepción recogida en el artículo 7.2: la cláusula Núremberg europea.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) surgió como un clamor de las revoluciones liberales contra el abuso de poder y la arbitrariedad judicial que imperaban en el Antiguo Régimen. Concretamente, nació como respuesta a la necesidad de limitar el ejercicio soberano del *ius puniendi*, para así entronizarlo como derecho fundamental y conferir seguridad jurídica en la jurisdicción penal, permitiendo que los individuos pudieran conocer el alcance de la amenaza penal, esto es, el ámbito de las conductas prohibidas y sus correlativas consecuencias jurídicas.

Con el tiempo, el principio de legalidad penal se configuró como un pilar básico del Estado de Derecho y del sistema interno de los derechos fundamentales. Tras consagrarse como un concepto vital de los ordenamientos jurídicos nacionales, tuvo lugar su acogida en el panorama internacional, especialmente por el Derecho internacional de los derechos humanos, el cual lo consagró como derecho subjetivo inalienable de todo individuo tanto a nivel universal como regional. Concretamente, en el viejo continente esa acogida se produjo por medio del art. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Este trabajo presenta en un primer lugar un breve repaso histórico y doctrinal del principio para, posteriormente, valiéndose del mismo, analizar el desarrollo jurisprudencial que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha realizado sobre el mentado art. 7 con el ánimo de resaltar sus virtudes y defectos, aportando, en su caso, posibles soluciones jurídicas.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL COMO CONCEPTO DE DERECHO INTERNO Y SU CONSAGRACIÓN EN LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), conforme al cual no se puede imponer ningún tipo de pena o sanción por la realización de una conducta activa u omisiva que no se encuentre previamente recogida en la Ley, se erige como uno de los principales pilares del sistema jurídico moderno. Se constituye como el primordial límite de la potestad punitiva del Estado al estipular un contenido mínimo y una serie

de garantías que conjuntamente defienden a los individuos de los usos arbitrarios que el aparato estatal pueda hacer del *ius puniendi*².

Desde la perspectiva histórico-jurídica, el principio surgió como respuesta a la arbitrariedad del soberano que se había vivido durante el Antiguo Régimen. Durante el mismo se habían producido situaciones de abuso de poder por parte de los monarcas y los estamentos dirigentes. El Derecho vigente emanaba de la total voluntad de los primeros sin que su autoridad se encontrase sujeta a aquél, mientras que los segundos continuaban manteniendo los privilegios heredados de la Edad Media. La inseguridad jurídica era una constante en la medida en que existía una diversidad de fuentes del Derecho y, por necesidades metodológicas, se daba un fuerte arbitrio judicial³, especialmente en el ámbito penal. Ni los delitos ni las penas se encontraban recogidos en textos jurídicos precisos, sino más bien en cuerpos legales casuísticos. De este modo, se fomentaba la interpretación amplia de los jueces y el uso de la analogía para los supuestos no previstos⁴.

Como reacción ante esta situación de inseguridad jurídica y arbitrariedad —por supuesto mucho más compleja y profunda que la explicada en estas breves líneas— surgieron las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII y siglo XIX con la intención de limitar al poder y garantizar los derechos fundamentales de los individuos, acotando la inseguridad jurídica producida por el ejercicio del poder jurisdiccional y defendiendo un Derecho emanado de la soberanía nacional⁵. En este contexto, el principio de legalidad se convirtió en uno de los pilares básicos de la nueva configuración político-jurídica estatal que surgió tras las revoluciones liberales, el Estado de Derecho, y, más concretamente, del por aquel entonces nuevo y aún presente Derecho penal moderno. A raíz de la caída del Antiguo Régimen, el principio se alzó como estandarte de los nuevos sistemas jurídicos internos y, con el tiempo, se configuró como un derecho auténticamente subjetivo en los mismos, predicable e inalienable de cualquier individuo.

² F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 8.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 99.

³ T. VALIENTE, *Manual de historia del Derecho español*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1983, pp. 420-427.

⁴ C. BECCARIA, *De los delitos y las penas*, 1.ª ed. española, Madrid, Aguilar, 1982, p. 62.

⁵ A. DE BLAS, *Teoría del Estado*, Madrid, UNED, 2003, pp. 64-65. Por encima de todos los movimientos liberales de corte revolucionario debe destacarse la Revolución Francesa, dado que el principio de legalidad penal tuvo su primer reconocimiento normativo en el art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789 y en la Constitución francesa de 1791. Posteriormente, fue acogido paulatinamente en el resto de ordenamientos a medida que el Antiguo Régimen fue cediendo ante el éxito de las revoluciones.

Sin embargo, esta entronización no implica que su alcance y contenido sean uniformes e inequívocos en todos los ordenamientos jurídicos. Efectivamente, aunque es posible inferir una serie de notas características mínimas y coincidentes entre todos ellos, se pueden advertir diferencias estructurales respecto a su configuración entre los distintos sistemas jurídicos existentes y, concretamente, entre el Derecho de tradición continental y el *Common Law*. Este punto es relevante en la medida en que la manera en que el principio es entendido en el Derecho internacional —y, por ende, en el ámbito de los derechos humanos— estará influenciada por la experiencia y práctica de las jurisdicciones nacionales⁶.

Bajo el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tradicionalmente se han distinguido cuatro garantías subsistentes al amparo del principio de legalidad penal (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nulla poena sine legale iudicium* y la *garantía de ejecución*) y cuatro subprincipios (*lex scripta, lex stricta, lex certa* y *lex praevia*) que, conjuntamente, configuran su contenido.

1. Garantías del principio de legalidad penal

Desde la doctrina iuspenalista se ha acostumbrado a distinguir, dependiendo del momento en el que operen⁷, cuatro efectos primordiales subyacentes en el principio de legalidad penal que conforman las garantías inalienables e inviolables de los individuos frente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

La primera garantía es conocida como la *garantía criminal* (*nullum crimen sine lege*). En virtud de la misma, no se puede castigar como infracción penal ninguna conducta que no haya sido determinada previamente como tal por una ley. Un aspecto relevante de esta garantía es la imposibilidad de aplicar una norma penal retroactivamente, lo que consigue evitar la sorpresa del individuo mediante una aplicación «segura» del Derecho⁸. La segunda de las garantías inherentes al principio es la *garantía penal* (*nulla*

⁶ M. BASSIOUNIC, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 107 y ss.

⁷ F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 100. Se diferencian tres momentos distintos: a) definición legal de los delitos y las penas, es decir, concreción de la responsabilidad penal y la pena aplicable (garantía criminal y garantía penal); b) imposición de dicha pena (garantía jurisdiccional), y c) ejecución de la pena (garantía de ejecución).

⁸ J. C. CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 105 y ss.

poena sine lege). Conforme a ella, no es posible imponer una pena o una pena más grave que no haya sido establecida previamente por una ley para sancionar la conducta objeto de reproche. En un principio, esta garantía sólo alcanzaba al concepto de pena, pero posteriormente se amplió también a la medida de seguridad⁹. Por su parte, la *garantía jurisdiccional* (*nulla poena sine legale iudicium*) impone que la responsabilidad penal y su consecuente sanción sólo pueden determinarse por los órganos jurisdiccionales competentes de acuerdo con el procedimiento que haya sido legalmente establecido de manera previa a la comisión de los hechos¹⁰. Por último, se encuentra la *garantía de ejecución*, de acuerdo con la cual la ejecución de la sanción impuesta debe hacerse de conformidad con los procedimientos y requisitos previamente recogidos en una ley¹¹.

En definitiva, se trata de que el aparato estatal actúe «con total sometimiento al imperio de la ley y dentro de sus límites, pero también de que los ciudadanos conozcan en todo momento cuáles serán las consecuencias de su conducta y el modo en que dichas consecuencias les van a ser aplicadas, con la absoluta seguridad de que si la ley no las establece, nunca podrán afectarles»¹².

Para evitar que el principio de legalidad penal quede vacío de contenido y conseguir que se respeten sus subyacentes garantías, la ley debe cumplir una serie de requisitos: ha de ser escrita (*scripta*) y previa a la consumación de los hechos punibles (*praevia*), además de ser estricta (*stricta*) y clara (*certa*), es decir, que determine de manera concisa y precisa las características de los hechos objetos de sanción y sus correspondientes consecuencias punitivas¹³. Mientras que las condiciones de *lex scripta* y *lex certa* se encuentran relacionadas con características propias de la ley, las de *lex praevia* y *lex stricta* conforman dos prohibiciones con respecto a su aplicación¹⁴.

Entre todas configuran el contenido mínimo esencial del principio de legalidad penal, resultando una violación de este la inobservancia de alguna de ellas¹⁵. Sin embargo, como se ha indicado *ut supra*, estos subprin-

⁹ E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto de Derecho Penal*, Madrid, Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1981, pp. 319-320.

¹⁰ F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 110-111.

¹¹ M. GÓMEZ RIVERO, M. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y E. NÚÑEZ CASTANO, *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 2010, p. 61.

¹² F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 100.

¹³ E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 321-324.

¹⁴ R. HAVEMAN, O. KAVRAN y J. NICHOLLS, *Supranational Criminal Law: A System Sui Generis*, 15.ª ed., Chicago, Intersentia, 2003, pp. 39-40.

¹⁵ F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 100.

cipios no son entendidos de manera homogénea desde la perspectiva del Derecho continental y el *Common Law*.

2. *Lex scripta*: subprincipio de reserva de ley

Bajo el requisito de *lex scripta* descansa la idea de que las conductas punibles (delitos) y sus consecuentes sanciones (penas) deben tener un fundamento normativo, un fundamento legislado en Derecho escrito. Sin embargo, no todo Derecho escrito es válido: la norma que los define debe provenir del poder legislativo, tener rango de ley.

Ahora bien, esto no ha impedido que en diferentes jurisdicciones se haya desarrollado la técnica de los «tipos penales en blanco» —mediante los cuales la conducta típica viene a completarse en normas extrapenales a través de una remisión a éstas por parte del supuesto de hecho de la norma penal legal—. Eso sí, sólo será válida si la ley penal contiene los elementos nucleares de la conducta y sus consecuentes penas¹⁶.

El subprincipio de *lex scripta* también es conocido como mandato de reserva de ley. Esta reserva supone, desde un punto de vista estricto, que ni la costumbre ni la jurisprudencia ni los principios generales del Derecho pueden ser fuente de creación de los delitos y sus correspondientes consecuencias jurídicas (penas)¹⁷.

A raíz de este último motivo es por el que el surgen las diferencias entre las jurisdicciones de Derecho continental y las de *Common Law* a la hora de entender el principio de legalidad penal. Sin perjuicio de que el principio, en abstracto, es una «razonable aspiración» más que una realidad de facto, en tanto que un escrupuloso cumplimiento haría que la interpretación y creación del Derecho penal fuesen inviables en la praxis jurídica¹⁸, en los sistemas de tradición continental el respeto del subprincipio de *lex scripta* es más estricto. Existe una tendencia consagrada consistente en que los delitos y las penas se encuentren recogidos en los códigos penales u otras formas de legislación¹⁹. No obstante, debido al peso que tienen los precedentes judiciales como fuente de Derecho en los sistemas de *Com-*

¹⁶ J. C. CARBONELL MATEU, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 116 y ss.

¹⁷ M. GÓMEZ RIVERO, M. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y E. NÚÑEZ CASTANO, *Nociones fundamentales...*, *op. cit.*, p. 61.

¹⁸ C. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Penal*, t. I, *Parte General*, 5.ª ed., Pamplona, Thomson Civitas Reuters, 2008, p. 109.

¹⁹ J. DONDÉ MATUTE, *Principio de legalidad penal: perspectivas del Derecho nacional e internacional*, Barcelona, Bosch, 2007, p. 318.

mon Law, la rigidez de este subprincipio no es tan fuerte en estas jurisdicciones, pues no es necesario que los delitos se encuentren recogidos en Derecho escrito o, por lo menos, escrito por el poder legislativo²⁰.

En este sentido, a pesar de que es tradicional en las jurisdicciones de *Common Law*, tanto desde el ámbito doctrinal como desde el judicial, negar la capacidad de los jueces para crear delitos, resulta curioso que en estos sistemas exista desde antaño la distinción entre los delitos de *Common Law* y los delitos legislados²¹. Este hecho por sí solo denota que en algún momento los delitos fueran definidos y creados por el poder judicial²². Aunque no constituya una constante en las decisiones judiciales y es cierto que con el paso de los siglos ha disminuido, sí que es una evidencia histórica que en las jurisdicciones del *Common Law* existe mayor tendencia a ampliar los elementos del tipo penal por parte del poder judicial. Así lo demuestra, por ejemplo, la evolución de los delitos de fraude o conspiración en Inglaterra; sin mencionar el caso extremo del *Declaratory Power* (facultad declaratoria) instalada en jurisdicciones de *Common Law*, como la canadiense o escocesa, a través de la cual el más alto órgano jurisdiccional correspondiente tiene la facultad de declarar y constituir como delito a un patrón de hechos sin necesidad de que se encuentre previamente recogido en la ley²³.

3. *Lex certa*: subprincipio de taxatividad, especificidad o determinación

El subprincipio de taxatividad —o de especificidad o determinación, si se prefiere— viene a imponer al poder legislativo una obligación a la hora de redactar la ley que define el delito y sus consecuencias. Ambos deben estar formulados con la máxima concreción (taxatividad) posible para permitir una precisa subsunción de los hechos en la norma y anticipar sus consecuencias jurídicas, previniendo así la arbitrariedad judicial y la consiguiente inseguridad jurídica²⁴. Una formulación vacía o excesi-

²⁰ C. J. R. DUGARD, *Judges and Lawmaking at the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, Johannesburg, Bakwena Printers, 2006, p. 146.

²¹ El jurista británico Matthew HALE ya la señaló en 1736 en su obra *The History of the Pleas of the Crown*.

²² J. DONDÉ MATUTE, *Principio de legalidad penal...*, *op. cit.*, p. 83.

²³ *Ibid.*, p. 84.

²⁴ M. GÓMEZ RIVERO, M. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y E. NÚÑEZ CASTANO, *Nociones fundamentales...*, *op. cit.*, p. 66.

vamente amplia no permitiría que la ley fuese previsible²⁵. Constituye un mandato de certeza que pretende evitar la utilización de términos vagos e indeterminados y ambiciona buscar la máxima determinación de las conductas punibles y sus correlativas penas para permitir a los individuos conocer con exactitud el ilícito penal y sus consecuencias punitivas²⁶.

Sin embargo, es lógico que no sea posible agotar todas las posibilidades y matices que puedan surgir en la realidad y que por ello se recurra, en ocasiones, a la utilización de términos amplios que deban precisarse por los jueces en el caso concreto, por lo que, realmente, lo que se pretende evitar es el uso de términos que no permitan una interpretación segura por ser excesivamente amplios²⁷.

El mandato de especificidad es entendido de manera homogénea tanto en las jurisdicciones del *Common Law* como en las de tradición continental, ya que las definiciones típicas ambiguas y vagas —tengan fundamento legal o judicial— que no permitan una interpretación segura son vistas como una violación del subprincipio²⁸. Sin embargo, se puede inferir que en los sistemas de *Common Law* los delitos que encuentran su origen en un precedente judicial tienden a ser más indeterminados que los creados por el legislador. Nacieron a la luz de un caso concreto y aislado, viniendo a definir una determinada acción de un supuesto de hecho concreto, provocándose así incertidumbre sobre la cabida de otras posibles conductas similares en la conducta punible. Como respuesta, se ha desarrollado en estas jurisdicciones la denominada *Void-for-Vagueness Doctrine* (doctrina de la nulidad por vaguedad) para asegurar la vigencia del requisito de *lex certa*²⁹.

4. *Lex stricta*: subprincipio de prohibición de analogía

El requisito de *lex certa* supone la prohibición de analogía *in malam partem* en el Derecho penal y exige un mínimo grado de precisión de la ley, suprimiendo la posibilidad de aplicarla de manera extensiva a supuestos que no estén contemplados en ella, aunque sean similares. Deriva del mandato de determinación, en tanto que cuanto más ambigua sea la ley penal, más necesaria será la analogía para completar su vaguedad, y vice-

²⁵ A. ESER y B. BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, Madrid, Colex, 1995, p. 53.

²⁶ E. OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, *Sobre el concepto de Derecho...*, op. cit., pp. 321 y ss.

²⁷ F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 106.

²⁸ J. DONDÉ MATUTE, *Principio de legalidad penal...*, op. cit., p. 318.

²⁹ C. J. R. DUGARD, *Judges and Lawmaking...*, op. cit., p. 147.

versa, cuanto más completa y precisa sea en su redacción, menor uso se hará de la analogía³⁰.

Se debe distinguir entre analogía (prohibida si perjudica al reo) e interpretación (indispensable en la ciencia jurídica y, por tanto, permitida). Mientras que esta última consiste en la búsqueda del significado del texto sin escapar de su «sentido literal posible», la analogía supone aplicar la norma a supuestos no contemplados, no comprendidos en los posibles sentidos que ésta puede tener³¹.

A pesar de su reconocimiento universal, su alcance es muy variado en los diferentes sistemas jurisdiccionales³². El mandato de *lex stricta* tiene especial presencia en las jurisdicciones de tradición continental³³. Sin embargo, en las jurisdicciones del *Common Law* la rigidez de este requisito es —o, al menos, ha sido— más laxa. Basta señalar que los mentados delitos de *Common Law* han surgido y evolucionado a lo largo de los siglos como resultado de un ejercicio de la analogía por parte de los jueces, quienes han ido introduciendo en la ley penal conductas punibles que no estaban previstas en ella.

5. *Lex praevia*: subprincipio de prohibición de retroactividad

El también conocido como mandato de irretroactividad —*a contrario sensu*—, o *ex post facto clause* en los sistemas de *Common Law*, viene a imponer la prohibición de que las leyes penales puedan ser aplicadas a situaciones de hecho anteriores a su existencia³⁴. Es, sin duda, una de las mayores garantías con la que los individuos cuentan contra el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, pues implica que éstos no puedan ser sancionados cuando una ley posterior a sus actos los eleve a la categoría de delito³⁵. A pesar de las disidencias doctrinales al respecto, la interpretación del principio no puede llevar a pensar que cuando se refiere a «ley» se hace en su sentido más estricto, pues la jurisprudencia también debe entenderse reco-

³⁰ M. GÓMEZ RIVERO, M. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y E. NÚÑEZ CASTANO, *Nociones fundamentales...*, *op. cit.*, p. 66.

³¹ S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1984, p. 70.

³² J. DONDE MATUTE, *Principio de legalidad penal...*, *op. cit.*, p. 321.

³³ C. J. R. DUGARD, *Judges and Lawmaking...*, *op. cit.*, p. 147.

³⁴ F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 139.

³⁵ M. GÓMEZ RIVERO, M. MARTÍNEZ GONZÁLEZ y E. NÚÑEZ CASTANO, *Nociones fundamentales de Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 68.

gida bajo el principio de prohibición de retroactividad³⁶ (si bien este punto es controvertido, todo sea dicho).

Ahora bien, dado el enfoque garantista y *pro reo* del Derecho penal moderno, existe la posibilidad de plantear la retroactividad como excepción: cuando una norma posterior sea favorable para los intereses del individuo, ésta sí podrá ser aplicada de manera retroactiva, puesto que ello no infringe el sentido limitador del principio de legalidad penal. Por tanto, la retroactividad de las normas penales sólo está prohibida en caso de que sea perjudicial para los intereses del individuo³⁷.

En este punto es necesario diferenciar los conceptos ley retroactiva, por un lado, y ley retrospectiva, por otro. La primera supone que la norma se aplica a situaciones de hecho consumadas, terminadas, mientras que el segundo hace referencia al fenómeno en el que la ley se aplica a situaciones de hecho que en el momento de su entrada en vigor están produciéndose³⁸. A este tenor, no existe acuerdo pleno en el Derecho comparado ni a nivel doctrinal ni a nivel jurisprudencial sobre si el principio alcanza a ambas nociones o tan sólo a la retroactividad.

El mandato de retroactividad constituye una de las máximas del Derecho penal moderno y cuenta con un enorme reconocimiento formal —de rango constitucional normalmente— en los dos grandes sistemas de Derecho, especialmente en las jurisdicciones de tradición continental. En la práctica, por la propia naturaleza del *Common Law* —en el que la creación del Derecho depende de los precedentes judiciales— existe mayor grado de tolerancia de aplicación retroactiva en estas jurisdicciones. Piénsese en el supuesto en el que se cree un tipo penal en el fallo de una sentencia. Es claro que éste no existía hasta el pronunciamiento del tribunal, por lo que cualquier aplicación de dicho tipo delictivo a una situación anterior a tal pronunciamiento será una aplicación retroactiva, incluso si se aplica a la conducta que se venía enjuiciando, que es, en efecto, el único supuesto en el que se aplicará de manera retroactiva, puesto que después ya existirá un precedente³⁹.

³⁶ Vid. L. F. RUIZ ANTÓN, «El principio de irretroactividad en la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia», *Poder Judicial*, núm. extra 6 (1989), pp. 165-167.

³⁷ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, 3.^a ed. Madrid, Tecnos, 1990, p. 27, y S. MIR PUIG, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 63-64.

³⁸ C. J. R. DUGARD, *Judges and Lawmaking...*, *op. cit.*, p. 143.

³⁹ H. KELSEN, «The Rule against ex post facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals», *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, núm. 3 (1945), p. 9.

6. La consagración del principio de legalidad penal como derecho subjetivo y su inclusión en el ámbito de los Derechos Humanos

Como consecuencia de todos los matices señalados, es claro que la concepción del principio de legalidad penal es algo más flexible y laxa en los sistemas de *Common Law* que la que se da en las jurisdicciones de tradición continental. Aun así, resulta palpable que el fin último del principio de legalidad penal no es otro que limitar el arbitrio punitivo estatal, garantizar los derechos fundamentales y otorgar seguridad jurídica en la jurisdicción penal, permitiendo que los individuos puedan conocer el alcance de la amenaza penal y el ámbito de las conductas prohibidas y sus correlativas consecuencias jurídicas⁴⁰.

Desde su formulación original, el principio de legalidad penal se ha constituido como postulado básico en la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos internos existentes. Su paulatino, pero incesante, reconocimiento como tal sólo se vio truncado durante el periodo de entreguerras a raíz de su abolición en los distintos Estados totalitarios. A raíz de las barbaries (jurídicas) vividas desde el comienzo de la Gran Guerra hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial, periodo en el que los derechos fundamentales fueron relegados injustificadamente, la comunidad internacional entendió la importancia del principio de legalidad penal y optó por entronizarlo en diferentes instrumentos convencionales como un auténtico derecho humano y subjetivo⁴¹. Esta consagración no hizo sino recalcar su relevancia sistemática como elemento transversal del ordenamiento jurídico global. Si constituía un pilar de las jurisdicciones nacionales, de igual forma debía ser reconocida a nivel internacional su trascendencia estructural. Así, los instrumentos internacionales de derechos humanos que lo reconocen como tal son, principalmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en su art. 11.2; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en su art. 15; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1953), en su art. 7; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en su art. 9, y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), en su art. 7.2⁴².

⁴⁰ J. C. CARBONELL MATEU, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 102-105.

⁴¹ J. DONDE MATUTE, *Principio de legalidad penal...*, *op. cit.*, p. 328.

⁴² Por otro lado, el principio también se encuentra recogido en instrumentos internacionales de Derecho internacional humanitario. Como ejemplos se pueden señalar el art. 99 del Tercer Convenio de Ginebra, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (1949), o el

De este modo, el principio de legalidad penal ha sido configurado como un derecho subjetivo en el ámbito de los derechos humanos tanto a nivel regional como universal. No obstante, el desarrollo jurisprudencial que se ha dado en unos y otros sistemas ha sido dispar. Mientras que los pronunciamientos han sido mínimos —o incluso nulos— tanto en el ámbito universal como africano, la Corte Interamericana ha tenido escasas ocasiones para poder pronunciarse sobre el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Sin embargo, ha sido en el sistema europeo en donde se ha producido una mayor proliferación jurisprudencial sobre su contenido y alcance. Y es precisamente el objeto de este trabajo analizar las resoluciones que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, El Tribunal) ha emitido al respecto.

III. LA PRESENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL SISTEMA REGIONAL EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Bajo el rótulo «No hay pena sin ley», el art. 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, el Convenio) recoge el principio de legalidad penal en los siguientes términos:

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.

De esta manera, en la jurisdicción regional europea, el núcleo esencial del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* viene recogido en dicho precepto. De conformidad con el art. 15.2 del Convenio, no cabe su dero-

art. 75.4 del Protocolo Adicional I de las Convenciones de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977). Igualmente, el principio de legalidad penal es reconocido por el Estatuto de la Corte Penal Internacional en sus arts. 22, 23 y 24.

gación «en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación», por lo que no puede ser objeto de limitación alguna, a excepción de la prevista en el apartado segundo del propio art. 7⁴³. Al otorgarle un régimen de protección extraordinario, el art. 15.2 no hace más que revelar la importancia sistemática del principio en el Convenio, configurándolo así como elemento vertebrador de los Estados democráticos partes⁴⁴.

Aunque no regulen directamente el principio de legalidad, diferentes preceptos del Convenio contienen expresiones tales como «previstas por la ley» o «establecidas por la ley» [arts. 5.1.b), 6.2, 9, 10 y 11]. Si bien no aluden al principio directamente, el Tribunal no distingue entre esta terminología y la utilizada en el art. 7, pues en su jurisprudencia ha reconocido que se entienden de forma homogénea y reemplazable⁴⁵. Es decir, el concepto «ley» manejado en el Convenio es análogo al empleado en el art. 7 («según el Derecho nacional o internacional»), siendo intercambiables a los ojos del Tribunal. Consiguientemente, el estudio del concepto «ley» que el Convenio esgrime ayudará a esclarecer parte del significado del principio y de su alcance como derecho subjetivo.

1. *Lex scripta* y *lex certa*: concepto «ley» y los requisitos de accesibilidad y previsibilidad

El Tribunal ha entendido el término «ley» de una manera amplia desde que se pronunció por primera vez al respecto en el caso *The Sunday Times c. Reino Unido*. En este asunto, víctimas de la talidomida habían ejercitado acciones legales contra la compañía responsable de la producción del fármaco. Una orden judicial había prohibido al periódico *The Sunday Times* publicar o divulgar cualquier tipo de información sobre la elaboración o distribución del medicamento a fin de evitar que se perjudicara a la mercantil en el futuro pleito civil. La controversia se centraba en la compatibilidad de la orden judicial con el derecho a la libertad de expresión del art. 10 del Convenio.

El Tribunal afirmó que, con independencia de la rama del Derecho que se discuta, el término «ley» manejado en el Convenio recoge tanto la ley

⁴³ C. MURPHY, «The Principle of Legality in Criminal Law under the European Convention of Human Rights», *European Human Rights Law Review*, vol. 2,(2010), p. 207.

⁴⁴ D. HARRIS, M. O'BOYLE y B. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 331.

⁴⁵ STEDH de 22 de noviembre de 1995, *S. W. c. Reino Unido*, párr. 35, y STEDH de 22 de noviembre de 1995, *C. R. c. Reino Unido*, párr. 33, entre otras.

escrita como la no escrita, es decir, incluye el Derecho de origen legislativo y el de origen no legislativo (jurisprudencial)⁴⁶. En esta línea, posteriormente en *Kruslin c. France* se determinó que por «ley» debe entenderse Derecho vigente en un determinado régimen jurídico, que abarca tanto las normas escritas como la jurisprudencia que las interpreta⁴⁷.

Mediante esta interpretación se consiguió coherencia entre el Convenio y las jurisdicciones de *Common Law* vinculadas a él, pues, en un intento de dar cobijo a estos sistemas jurídicos al amparo del texto normativo, se equiparó el *case-law* y el Derecho de origen legislativo. Con ello, se puede anticipar que la concepción del subprincipio de *lex scripta* será más cercano al desarrollado en los sistemas jurídicos de corte anglosajón que en las jurisdicciones de tradición continental.

Además de determinar el alcance del término «ley», el Tribunal estableció dos condiciones inherentes al mismo en el asunto *The Sunday Times c. Reino Unido*:

En opinión de la Corte, los siguientes son dos requisitos que surgen de la expresión «prescrito por la ley». Primero, la ley debe ser suficientemente accesible: los ciudadanos deben ser capaces de tener una indicación adecuada sobre las circunstancias de una norma aplicable a un caso determinado. Segundo, una norma no puede ser considerada como «ley» a menos que haya sido formulada con la suficiente precisión que permita a los ciudadanos regular sus conductas: deben ser capaces —con el debido asesoramiento, de ser necesario— de prever, en un grado razonable dadas las circunstancias, las consecuencias que derivan de una acción. Dichas consecuencias no necesitan ser previsibles con absoluta certeza, pues la experiencia muestra que esto es inalcanzable⁴⁸.

De este modo, el Tribunal establecía dos exigencias que serían predicables del concepto «ley» a la luz del Convenio: la accesibilidad y la previsibilidad. Conviene, pues, analizar ambas.

A. La accesibilidad como requisito del concepto ley

En el caso *Malone c. Reino Unido*, el Tribunal tuvo ante él un supuesto en el que se habían utilizado como prueba, en el seno de un procedi-

⁴⁶ STEDH de 26 de abril de 1979, *The Sunday Times c. Reino Unido*, párr. 47.

⁴⁷ STEDH de 24 de abril de 1990, *Kruslin c. Francia*, párr. 28.

⁴⁸ STEDH de 26 de abril de 1979, *The Sunday Times c. Reino Unido*, párr. 48. (traducción propia).

miento penal, una serie de llamadas interceptadas. La orden de interceptación se había otorgado a raíz de una decisión de la Secretaría de Estado; sin embargo, no existía una delimitación legislativa ni del objeto ni de los requisitos necesarios para proceder a la interceptación de las comunicaciones de un individuo. Aunque el Tribunal señaló que podría estar asumiendo las funciones de los órganos jurisdiccionales internos al decidir sobre una materia de fondo relativo a una norma nacional, concluyó que la interceptación de las comunicaciones era excesivamente incierta ante la ausencia de normativa concluyente⁴⁹.

Con posterioridad, el Tribunal delimitó de nuevo la noción de accesibilidad en el asunto *Groppera Radio AG y otros c. Suiza*. La emisora Groppera Radio AG había recibido orden de interrumpir sus transmisiones por la autoridad gubernamental competente por haber violado el Convenio Internacional de Telecomunicaciones y las leyes suizas de implementación del mismo. La emisora apeló que no había podido tener conocimiento de las transgresiones, pues cuando se produjeron, las normas infringidas no estaban publicadas. El Tribunal entendió que si bien es cierto que éstas no estaban publicadas en su totalidad por ser de contenido «altamente técnico y complejo», sí que habían sido publicadas las instrucciones de cómo acceder al texto completo, por lo que la ley era perfectamente accesible⁵⁰.

Por otro lado, el Tribunal abordó en el caso *Petra c. Rumania* una situación en la que un recluso sospechaba que su correspondencia había sido interceptada por las autoridades penitenciarias, contradiciendo así el art. 8 del Convenio (derecho a la vida privada y familiar). En ese contexto, la ley rumana que permitía tales actuaciones había sido publicada, pero no su reglamento de desarrollo, al que la primera se remitía para concretar los márgenes de discrecionalidad de los que disponía la autoridad. El Tribunal falló, acertadamente, que la norma no era accesible en su integridad y que, por tanto, violaba la exigencia de accesibilidad⁵¹.

Ante la jurisprudencia señalada, es clara la intención del Tribunal de equiparar los conceptos de accesibilidad y publicidad: una ley —en sentido amplio— es accesible si y sólo si ha sido íntegramente publicada de acuerdo con la legislación interna del Estado correspondiente —o, al menos, los medios para acceder a ella—⁵².

⁴⁹ STEDH de 2 de agosto de 1984, *Malone c. Reino Unido*, párr. 75.

⁵⁰ STEDH de 28 de marzo de 1990, *Groppera Radio AG y otros c. Suiza*, párr. 68.

⁵¹ STEDH de 23 de septiembre de 1998, *Petra c. Rumania*, párr. 37.

⁵² J. DONDÉ MATUTE, *Principio de legalidad penal...*, op. cit., p. 336.

B. La previsibilidad como requisito del concepto ley

Por su parte, desde que fuese señalado por primera vez, el concepto «previsibilidad» también ha sido precisado y delimitado por el Tribunal. En su jurisprudencia ha señalado una serie de factores que han de tenerse en cuenta a la hora de apreciar la previsibilidad de una norma, tales como contar con experiencia en el área legal en el que se hubiera cometido la infracción, los trabajos y comentarios realizados por académicos⁵³ y especialistas de la materia en cuestión⁵⁴, o precisar de asesoría jurídica adecuada en el momento de la comisión de los hechos⁵⁵. Con respecto a este último punto, el Tribunal ha entendido que si las consecuencias de una norma se hubieran podido anticipar mediante el debido asesoramiento jurídico, ésta era razonablemente previsible⁵⁶.

El Tribunal se pronunció sobre la previsibilidad en el asunto *Baskaya y Okçuoglu c. Turquía*. Los autores y editores de un libro que criticaba la política desarrollada por el gobierno contra la población kurda del país habían sido condenados por la difusión de «propaganda contra la indivisibilidad del Estado» y el cuestionamiento de la «ideología oficial del Estado». En contra del criterio de los apelantes, que entendían que tales términos eran excesivamente amplios y ambiguos, el Tribunal sentenció que dicha terminología no suponían una excesiva discrecionalidad, pues la ley bajo la que se les había condenado recogía una sección con un listado de publicaciones mediante las cuales podía cometerse el delito y en una de las categorías recogidas en éste («otros materiales impresos que no sean publicaciones periódicas») podían incluirse los libros. Por ello, la ley era suficientemente previsible⁵⁷.

Desde que se enunció por primera vez en el caso *The Sunday Times c. Reino Unido*, el Tribunal ha admitido que la previsibilidad no es un concepto absoluto y que, por tanto, debe estar abierto a ciertos márgenes de flexibilidad⁵⁸. Por ello ha entendido que la jurisprudencia de los tribunales nacionales ha de ser valorada para delimitar el contenido de un determinado concepto jurídico, así como para esclarecer la previsibilidad de las

⁵³ STEDH de 20 de noviembre de 1989, *Markt Intern y Beermann c. Alemania*, párr. 30.

⁵⁴ STEDH de 28 de marzo de 1990, *Groppera Radio AG y otros c. Suiza*, párr. 68.

⁵⁵ STEDH de 20 de noviembre de 1989, *Markt Intern y Beermann c. Alemania*, párr. 29.

⁵⁶ Por todas, STEDH de 29 de enero de 1992, *Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda*.

⁵⁷ STEDH de 8 de julio de 1999, *Baskaya y Okçuoglu c. Turquía*, párr. 39.

⁵⁸ STEDH de 26 de abril de 1979, *The Sunday Times c. Reino Unido*, párr. 47.

consecuencias de una norma⁵⁹. Igualmente ha señalado que la inconsistencia por parte de los tribunales nacionales en la interpretación de una norma cuestionada no es motivo bastante y suficiente para que se decreta su imprevisibilidad⁶⁰.

Así, el Tribunal ha sido constante al remarcar la necesidad de tratar con cierta flexibilidad determinados conceptos, especialmente los jurídicamente indeterminados y los términos que por su propia naturaleza sean vagos⁶¹. Su jurisprudencia parece ser consistente en otorgar márgenes de mayor flexibilidad en aquellas áreas susceptibles de sufrir transformaciones por avances tecnológicos o abiertas a la evolución de los valores morales⁶², aunque no ha establecido una norma general que ayude a definir cuándo se está ante estos supuestos y en qué áreas es más proclive esa flexibilidad⁶³.

Una vez dicho esto, es necesario remarcar que esta flexibilidad no puede incitar a transgredir el requisito de subprincipio de *lex certa* bajo ningún concepto. En esta línea, atendiendo al caso *Öztürk c. Turquía*⁶⁴, se puede aventurar que si existe algún tipo de relación o listado de las conductas o métodos mediante los cuales se puede cometer un delito, el subprincipio de especificidad estará a salvo a los ojos del Tribunal⁶⁵.

Ahora bien, en ocasiones la exigencia de previsibilidad ha jugado en contra del requisito de determinación. El Tribunal ha admitido definiciones típicas excesivamente amplias por el mero hecho de existir antecedentes jurisprudenciales que permitían declarar previsible la resolución judicial condenatoria⁶⁶. Es decir, la nota de previsibilidad, introducida por el

⁵⁹ STEDH de 25 de noviembre de 1997, *Grigoriades c. Grecia*, párr. D, y STEDH de 24 de abril de 1990, *Kruslin c. Francia*, párr. 29.

⁶⁰ STEDH de 26 de septiembre de 1995, *Vogt c. Alemania*, párr. 29, y STEDH de 28 de septiembre de 2009, *Öztürk c. Turquía*, párrs. 55-56.

⁶¹ STEDH de 24 de mayo de 1988, *Müller y otros c. Suiza*, párr. 29.

⁶² Por ejemplo, en la jurisdicción castrense se han otorgado amplios márgenes de flexibilidad (STEDH de 25 de noviembre de 1997, *Grigoriades c. Grecia*, o STEDH de 19 de diciembre de 1994, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi c. Austria*). Los conceptos de «obscenidad» y «blasfemia» también han sido entendidos de manera flexible (STEDH de 24 de mayo de 1988, *Müller y otros c. Suiza*, y STEDH de 26 de noviembre de 1996, *Wingrove c. Reino Unido*, respectivamente). El área de regulación de la competencia económica y sus dependientes prácticas comerciales es más flexible, según el Tribunal, dados los constantes cambios que sufre esta regulación (STEDH de 20 de noviembre de 1989, *Markt Intern y Beermann c. Alemania*). Por otro lado, sin embargo, es especialmente estricta la precisión que se le exige a las normas sobre interceptación de las comunicaciones (STEDH de 25 de marzo de 1998, *Kopp c. Suiza*).

⁶³ J. DONDÉ MATUTE, *Principio de legalidad penal...*, op. cit., p. 342.

⁶⁴ STEDH de 28 de septiembre de 2009, *Öztürk c. Turquía*.

⁶⁵ J. DONDÉ MATUTE, *Principio de legalidad penal...*, op. cit., p. 344.

⁶⁶ En el caso *Kokkinakis c. Grecia* (STEDH de 35 de abril de 1993), el recurrente

propio Tribunal, ha llegado a desvirtuar el contenido esencial del principio, vaciando de contenido el mandato de especificidad. Y esto constituye una postura inaceptable por parte del máximo garante de los derechos humanos en Europa⁶⁷. Además, como punto de controversia añadido se ha de decir que esta postura no serviría para defender la aplicación de una definición típica excesivamente amplia en el primer asunto en el que se emplea, pues no existiría jurisprudencia anterior que permitiese prever su contenido. La previsibilidad es, pues, una noción insuficiente para completar la falta de determinación típica.

En esta línea, el Tribunal ha reconocido la relevancia de la jurisprudencia de los órganos judiciales nacionales a la hora de definir los tipos penales, pues permite acudir a aquella en supuestos en los que éstos no se encuentren expresamente definidos en una norma escrita. Así lo remarcó en el caso *Steel y otros c. Reino Unido*, en el que advirtió que la laguna legal existente por ausencia de definición legal de «quebrantamiento de paz» podía ser solventada, en la medida en que en la jurisprudencia interna se había consolidado una descripción de los comportamientos que podían constituirlo, siendo suficiente para que los acusados hubiesen podido preverlos aunque la descripción no fuera exhaustiva⁶⁸. Aunque se trata de un pronunciamiento coherente con los esquemas de las jurisdicciones de *Common Law*, es dudoso que pueda extenderse este parecer a sistemas de tradición continental, pues resultaría contrario a su (más estricta) concepción del principio de legalidad.

había sido condenado por proselitismo cuya definición legal era tan amplia que se identificaba con «cualquier intento, directo o indirecto, de intrusión persuasiva en las creencias religiosas de otro individuo de distinta religión, con el objetivo de debilitarlas, bien mediante cualquier clase de inducción o promesa de inducción o soporte moral o material, o bien mediante fraude o prevaliéndose de su inexperiencia, confianza, necesidad, bajo nivel intelectual o inocencia». El Tribunal definió (párrs. 40-41) como vital acudir a las decisiones judiciales nacionales para analizar si éstas hubieran aportado extremos suficientes para acotar la taxatividad de los tipos penales, por más que su definición normativa fuese vaga. Otro ejemplo a destacar sería el caso *Jorgic c. Alemania* (STEDH de 12 de julio de 2007), en el que se admitió que el traslado forzoso o expulsión de musulmanes quedaba abarcado dentro del tipo delictivo de genocidio, por más que el Código Penal alemán no lo recogiera como supuesto. El Tribunal falló que la «limpieza étnica» formaba parte del normal desarrollo en la interpretación del crimen de genocidio y que era previsible, pues así apuntaban diferentes resoluciones judiciales anteriores y la Resolución 47/121, de 18 de diciembre de 1992, de la Asamblea General de Naciones Unidas, en la que se mostraba a favor de dicha concepción del crimen. Sin embargo, el Código Penal alemán no lo recogía como supuesto.

⁶⁷ J. FROWEIN, «Artikel 7, *Nulla poena sine lege*», en *Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar*, 2.ª ed., Kehl, Engel, 1996, p. 325.

⁶⁸ STEDH de 23 de septiembre de 1998, *Steel y otros c. Reino Unido*, párrs. 54-56.

Con todo, se puede asegurar que el Tribunal ha optado por realizar una lectura sistemática del Convenio para definir el contenido del subprincipio de *lex scripta*, configurando un significado amplio de la «ley», conformada tanto por el Derecho de origen legislativo como de origen jurisprudencial. Las notas de accesibilidad y previsibilidad han supuesto que no sea necesario definir exhaustivamente los tipos penales, llegando a afirmar que mientras permitan una interpretación segura y previsible —aun con el debido asesoramiento— el subprincipio de *lex certa* estará a salvo. Por ende, la configuración de los requisitos de reserva de ley y especificidad impuesto por el principio de legalidad penal son más cercanos a la concepción del *Common Law* que a la desarrollada en las jurisdicciones de tradición continental⁶⁹.

En consecuencia, se puede afirmar que la formulación del principio de legalidad a la luz del Convenio se ha realizado en clave de «principio de juridicidad», al sustituir la reserva de ley por una «reserva de Derecho» y una exigencia de previsibilidad que incluso renuncia al derecho escrito. Se ha focalizado más en los aspectos materiales —y no formales— del principio mediante la introducción de los requisitos de accesibilidad y previsibilidad⁷⁰.

2. La irretroactividad según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tradicionalmente, se ha tratado el asunto de la irretroactividad desde una doble perspectiva: por un lado, la irretroactividad de los delitos y, por otro, la irretroactividad de las penas.

A. La prohibición de retroactividad de los ilícitos penales

Con respecto a la irretroactividad de los delitos, los pronunciamientos del Tribunal han sido más bien escasos, si bien relevantes. En el caso

⁶⁹ A. GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 79.

⁷⁰ J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA, *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3.^a ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2014, pp. 402 y ss. Los autores destacan la pérdida del carácter democrático del principio de legalidad al permitir que instancias diferentes a los Parlamentos nacionales puedan decidir en materia penal, así como la inclusión de fuentes penales diferentes a la ley en su sentido formal. No obstante, entienden también que ello es debido a la necesidad de dar cobertura a los sistemas de *Common Law* bajo el sello del Convenio.

De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica se presentaba un supuesto en el que el ordenamiento nacional permitía encerrar en «albergues» por un determinado tiempo a individuos considerados vagabundos, en caso de que padecieran algún tipo de discapacidad, o en «centros de vigilancia», en caso de que no la sufrieran. El Tribunal concluyó que la «vagancia» no podía ser considerada como un «delito» por lo que un individuo no podía ser «culpable» ni ser castigado con una «pena». Consecuentemente, la medida en cuestión no se encontraba al amparo del art. 7⁷¹. Con este razonamiento, el Tribunal excluyó del ámbito del art. 7 las medidas de carácter administrativo.

Como ocurría con el mandato de taxatividad, la nota de previsibilidad ha sido utilizada para mermar el subprincipio de irretroactividad. En los casos *C. R. c. Reino Unido* y *S. W. c. Reino Unido* los acusados habían sido condenados, respectivamente, por tentativa de violación y un delito de violación consumado contra sus respectivas mujeres. Los apelantes alegaban que en el momento en el que acontecieron los hechos estaba vigente la *Marital Rape Exception* (excepción de violación entre cónyuges) y que por ello les debía ser aplicada, aunque ésta hubiera sido eliminada del ordenamiento inglés con posterioridad a los actos delictivos, si bien antes del enjuiciamiento⁷². Entendían, por tanto, que les habían aplicado una medida desfavorable (la eliminación de la excepción) con carácter retroactivo. No obstante, el Tribunal concluyó que era palpable la evolución que el Derecho inglés estaba sufriendo y que era presumible la paulatina desaparición de la excepción, por lo que no se había producido una aplicación retroactiva por cuanto era previsible el resultado condenatorio⁷³.

Por supuesto, esta postura no está exenta de críticas desde la perspectiva del principio de legalidad (que no desde la eliminación de la institución decimonónica). Por mucho que pudiese ser previsible la desaparición de la excepción de violación entre cónyuges, ésta seguía vigente en el ordenamiento inglés en el momento de los hechos⁷⁴, produciéndose así una clara aplicación retroactiva de una norma desfavorable ante la actitud pasiva del

⁷¹ STEDH de 18 de junio de 1971, *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, párr. 87.

⁷² Los hechos ocurrieron en 1990, mientras que la excepción de violación entre cónyuges fue finalmente eliminada del ordenamiento inglés en 1991 por el Appellate Committee of the House of Lords en el caso *R v. R* (1991).

⁷³ STEDH de 22 de noviembre de 1995, *S. W. c. Reino Unido*, párr. 43, y STEDH de 22 de noviembre de 1995, *C. R. c. Reino Unido*, párr. 41.

⁷⁴ C. MURPHY, «The Principle of Legality...», *op. cit.*, p. 201. Incluso se ha criticado que un cambio tan profundo en la responsabilidad criminal fuese tomado por el poder judicial y no por el legislador. *Vid.*, para profundizar, R. BEDDARD, «The Rights of the Crimi-

Tribunal, que dejó huérfano de contenido al principio de legalidad en aras de una (presunta) previsibilidad.

B. *La prohibición de retroactividad de las penas*

Por otro lado, al igual que ocurre con la noción «ley», el Tribunal ha definido la «pena» como un concepto autónomo del Convenio, yendo más allá de las apariencias formales de los ordenamientos nacionales, con el objeto de ofrecer una mayor protección de los derechos humanos⁷⁵. En este sentido, el Tribunal utiliza, junto con los requisitos de previsibilidad y accesibilidad, una serie de pautas (los denominados *criterios Engel*) para determinar qué constituye una «pena». Estos criterios vienen a valorar y ponderar entre sí la clasificación de la medida sancionadora en el Derecho interno, su verdadera naturaleza y finalidad, su severidad y los procedimientos relativos a su imposición y ejecución⁷⁶.

En el caso *Lawless c. Irlanda*, un individuo había sido detenido por su presunta vinculación al por entonces considerado ilegal Ejército de la República Irlandesa en virtud de una ley de 1940 que no entró en vigor hasta 1957. El apelante entendía que su detención equivalía sustancialmente a una pena y que los hechos por los que había sido detenido habían tenido lugar antes de la entrada en vigor de la ley, por lo que, en esencia, se había procedido a una aplicación retroactiva de dicha norma. El Tribunal excluyó del concepto «pena» cualquier reclusión que no fuera consecuencia directa de un juicio en el que se hubiera declarado la culpabilidad de un individuo. Así, entendió que no se había producido una violación del art. 7⁷⁷.

La jurisprudencia del Tribunal es constante al afirmar que no es por sí sola determinante la denominación formal que el Derecho interno pueda ofrecer de la sanción impuesta. En el caso *Jamil c. Francia*⁷⁸ se dio una cobertura amplia al concepto de «pena» y se incluyó en el mismo el arresto subsidiario por impago de una multa de naturaleza aduanera, por más que dicha medida careciera de carácter penal en el ordenamiento nacio-

nal under Article 7 ECHR», *European Law Review (Human Rights Survey)*, vol. 3, núm. 13 (1996), pp. 10-11.

⁷⁵ STEDH de 8 de junio de 1995, *Jamil c. Francia*, párr. 30, entre otras.

⁷⁶ STEDH de 9 de febrero de 1995, *Welch c. Reino Unido*, párr. 28.

⁷⁷ STEDH de 1 de julio de 1961, *Lawless c. Irlanda*, párrs. 19 y ss.

⁷⁸ STEDH de 8 de junio de 1995, *Jamil c. Francia*.

nal. Por su parte, en *Welch c. Reino Unido*⁷⁹ se determinó que el decomiso de bienes procedentes de un delito de tráfico de drogas no podía ser conceptualizado como medida cautelar o preventiva, sino que debía entenderse como una auténtica pena dado su carácter represivo. Tampoco el carácter administrativo que revestía la retirada del permiso de conducir en el ordenamiento rumano impidió que, en el caso *Mihai Toma c. Rumania*⁸⁰, el Tribunal otorgase naturaleza penal a dicha medida por su marcado carácter disuasorio y punitivo.

Como se ha venido poniendo de manifiesto, esta concepción amplia de la pena no es más que una muestra de la intención del Tribunal de otorgar una mayor protección de los derechos humanos. Posiblemente, este parecer responda a la necesidad de suplir las carencias que podían derivarse de la exclusión de las sanciones administrativas a la que el propio Tribunal había procedido en el caso *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, mediante una subsanación material que permite atraer al ámbito del art. 7 sanciones de carácter administrativo con un contenido punitivo de determinada intensidad. Sin embargo, esta perspectiva pudiera ser contradictoria con la propia jurisprudencia del Tribunal. Dado que la implantación de los *criterios Engel* no respondió a una gradual y paulatina evolución, sino más bien a una decisión puntual, ¿puede decirse que el cambio de opinión del órgano fuera previsible?

Un punto en el que el Tribunal ha mostrado especial interés, en lo que a la determinación del concepto «pena» se refiere, es el relativo a la distinción entre las medidas que constituyen en sustancia una pena privativa de libertad y aquéllas que están asociadas a su mera ejecución. Ha reconocido en su jurisprudencia que tal distinción en ocasiones no es nítida⁸¹. Para el Tribunal, aquellas que se refieran a la remisión de la condena o al cambio del régimen de excarcelación anticipada forman parte de la «ejecución de la pena» y no son competencia del Tribunal, debido a la libertad de la que dispone cada Alta Parte Contratante para determinar su propia política criminal y penitenciaria⁸². De ahí la transcendencia de la distinción.

Sin embargo, a pesar de este reconocimiento de incompetencia sobre la ejecución de las penas, debe destacarse la existencia de dos fallos en los que el Tribunal pudo haberse pronunciado sobre dicha materia: los asuntos *Kafkaris c. Chipre* y *Del Río Prada c. España*.

⁷⁹ STEDH de 9 de febrero de 1995, *Welch c. Reino Unido*.

⁸⁰ STEDH de 24 de enero de 2012, *Mihai c. Rumania*.

⁸¹ STEDH de 17 de diciembre de 2009, *M. c. Alemania*, párr. 121.

⁸² STEDH de 21 de octubre de 2014, *Del Río Prada c. España*, párrs. 83 y 84.

En el caso *Kafkaris c. Chipre*⁸³, el apelante había sido condenado a cadena perpetua, aunque realmente, conforme a las reglas y prácticas penitenciarias del ordenamiento nacional, la reclusión no podría superar los veinte años. Alegaba que al entrar en prisión se le había entregado un documento con la concreta fecha de salida, pero que, con posterioridad, una modificación legislativa había alterado ese cumplimiento máximo alargando su estancia de reclusión. En una argumentación alambicada, el Tribunal acabó declarando una violación del art. 7 no por una aplicación retroactiva, sino por falta de «calidad» en la ley, pues ésta no había permitido al apelante prever su alargamiento efectivo de condena. En definitiva, se negaba una aplicación retroactiva de una norma ligada al ámbito penitenciario —y, por tanto, ajena al concepto «pena» utilizado por el Tribunal—, pero se reconocía una falta de «calidad legislativa» que provocó que el «castigo final» no fuera previsible, produciéndose una violación del art. 7 por haberse impuesto una pena más grave que la prevista en el momento de la comisión de los hechos.

Por su parte, en el caso *Del Río Prada c. España*⁸⁴, la apelante argüía que la aplicación retroactiva de una novedosa línea jurisprudencial había supuesto que una serie de beneficios penitenciarios que le permitirían reducir su tiempo de permanencia en prisión —redención de pena por trabajo— se aplicaran a cada pena individual impuesta y no al cómputo de máximo cumplimiento previsto en la legislación vigente (treinta años), como se venía haciendo en la praxis judicial nacional. Como consecuencia de este cambio interpretativo, la reducción de condena había devenido inexistente y se había producido un alargamiento efectivo de su estancia en prisión. El Tribunal sentenció que dicha modificación en la aplicación de las redenciones de pena suponía una redefinición del concepto «pena impuesta» y que se habían frustrado las expectativas de la reclusa, pues el cambio jurisprudencial que suponía el retraso de su excarcelación no había podido ser previsible. Por tanto, bajo la perspectiva del Tribunal, la nueva concepción jurisprudencial desfavorable había sido aplicada retroactivamente, violándose así el art. 7 del Convenio.

Sin poner en entredicho las conclusiones finales a las que el Tribunal llegó —pues se entiende que la violación del principio de legalidad penal resulta concurrente en uno y otro caso—, pudieran ser discutibles las argumentaciones desarrolladas para llegar a ellas. En primer lugar, el

⁸³ STEDH de 12 de febrero de 2008, *Kafkaris c. Chipre*.

⁸⁴ STEDH de 21 de octubre de 2014, *Del Río Prada c. España*.

Tribunal aplicó, en esencia y *de facto*, las garantías del art. 7 a aspectos de ejecución de la pena, por más que lo negase concienzudamente dada su manifestada incompetencia en tal asunto⁸⁵. Es decir, la diferenciación que el Tribunal hace entre «pena» y «ejecución de la pena» deviene superflua a efectos prácticos, pues el órgano jurisdiccional cuenta con tal margen de apreciación que, en definitiva, acaba alcanzando elementos asociados con la mera ejecución, transgrediendo en un plano material su propio criterio.

En segundo lugar, ambas sentencias consideran la nota de previsibilidad como argumento clave en sus disertaciones. El abuso de tal argumento puede tener un efecto perverso, pues en el caso *Del Río Prada c. España*, si el cambio jurisprudencial hubiera sido previsible ¿se debería haber permitido su aplicación retroactiva?⁸⁶

En tercer lugar, en referencia al caso *Kafkaris c. Chipre*, ¿era necesario la introducción de un nuevo concepto como es el de «calidad de la ley» en lugar de recurrir a las asentadas previsibilidad y accesibilidad, o es éste tan sólo una nueva manifestación de estas dos?⁸⁷ En caso de ser una noción de naturaleza propia, ¿acaso la introducción de un nuevo criterio judicial no iría en contra de la tan argumentada previsibilidad del Tribunal, en tanto que su aparición no respondería a una introducción gradual? ¿No hubiera sido más sencillo entender que la modificación legislativa afectaba a la sustancia de la pena, como hizo en *Del Río Prada c. España*, y observar una aplicación retroactiva —por cierto, visible y apreciable por más que el Tribunal no la condenase—?

Para mayor abundamiento crítico confróntese sistemáticamente *Hogben c. Reino Unido*⁸⁸ y *Del Río Prada c. España*. En *Hogben c. Reino Unido* se presentaba un supuesto de hecho en el que un recluso había sido condenado a cadena perpetua, aunque el ordenamiento permitía una revisión posterior de la pena. Durante el cumplimiento de la condena el recluso había sido transferido de una prisión de régimen cerrado a una de régimen abierto lo que venía a evidenciar, según la práctica penitenciaria, que ya no era considerado peligroso. El régimen abierto era el paso previo a la puesta en libertad, pues permitía, desde estos módulos, obtener la libertad condicional mediante la buena conducta del recluso. De hecho,

⁸⁵ J. M. LANDA GOROSTIZA, «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH», *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4 (2012), p. 12.

⁸⁶ C. MURPHY, «The Principle of Legality...», *op. cit.*, p. 204.

⁸⁷ *Loc. cit.*

⁸⁸ Decisión de 3 de marzo de 1986, *Hogben c. Reino Unido*.

el apelante fue comunicado que sería propuesto para obtenerla. De esta manera, el recluso había previsto su salida de prisión en una fecha determinada. Sin embargo, una nueva política en materia de libertad condicional fue instaurada por el ejecutivo durante el tiempo de cumplimiento de condena. Esta nueva política venía a endurecer las medidas de otorgamiento de la libertad condicional y los plazos de reclusión en un intento de equiparar el cumplimiento efectivo de las penas más graves con las realmente impuestas.

En este contexto, se entendió que los reclusos condenados a perpetuidad que habían sido transferidos a módulos de régimen abierto debían ser devueltos a instituciones de régimen cerrado o se estaría transgrediendo el nuevo ideal. De esta manera, este cambio sorpresivo de política había quebrantado las expectativas que el recurrente se había formado con respecto a la fecha de salida de prisión (al igual que ocurriría con *Del Río Prada c. España*).

No obstante, la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos argumentó breve y concisamente que no se había producido una transgresión del art. 7 de Convenio. Aunque reconoció que la negativa a acceder a la libertad condicional suponría un alargamiento en prisión, entendió que la pena de prisión perpetua estaba prevista en el ordenamiento desde un principio —que era la que había que considerar a efectos del art. 7— y señaló que las nuevas medidas del ejecutivo estaban asociadas a la ejecución de las penas, sin entrar en grandes valoraciones. Por tanto, entendió que la pena impuesta no había sido más grave de la que estaba prevista en el ordenamiento jurídico en el momento de su imposición.

Pues bien, tomando este caso como referencia, ¿no se habían dilapidado las expectativas del recluso como en *Del Río Prada c. España* o *Kafkaris c. Chipre*?, ¿acaso el cambio de criterios objetivos —que no la decisión discrecional tomada por aplicación de los mismos— no altera el tiempo de reclusión, lo que tiene un «impacto decisivo en el alcance efectivo de la pena» a efectos del art. 7, como argumentó el Tribunal en *Del Río Prada c. España*? En definitiva, ¿no se prolongó el tiempo efectivo de reclusión en el asunto *Hogben c. Reino Unido* y no se dictaminó ni falta de «calidad en la ley» ni que se viera afectado el núcleo esencial de la pena? Si la pena a tener en cuenta era la pena a perpetuidad en el asunto *Hogben c. Reino Unido*, ¿no debería ser la pena a considerar la de 3.000 años de condena que se le impuso a Del Río Prada, que fue la que realmente fue impuesta, y no los treinta años, que no era más que el cómputo de máximo cumplimiento? Se es consciente de que en *Del Río*

Prada c. España, el Tribunal consideró la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1994⁸⁹, en la que se había considerado que el cómputo de treinta años debía constituirse como una «pena nueva y autónoma» y que, de hecho, basó su argumentación sobre este hecho para la determinación del concepto «pena». Pero ¿no es cierto que para fundar jurisprudencia en el ordenamiento español es necesaria la existencia de, al menos, dos precedentes?

Ante la incongruencia señalada, se propone una solución que podría rebajar el nivel de incongruencias, así como aportar seguridad jurídica a futuras resoluciones del Tribunal en asuntos relacionados con penas privativas de libertad. Consistiría en superar la difusa y casuística distinción entre «pena» y «ejecución» de la misma que el órgano europeo hace y optar por establecer, como criterio general, que el cómputo de cumplimiento impuesto —la pena individualizada en el caso concreto dentro de los límites de máxima y mínima duración determinados *ex lege*— sea parte sustancial de la pena y no una mera circunstancia de su ejecución a efectos del principio de legalidad. Es decir, el cambio posterior, ya sea legislativo o jurisprudencial, de los criterios temporales de cumplimiento de la pena impuesta supondría un agravio del principio de legalidad penal en caso de que tal cambio implicase el alargamiento de la estancia en prisión a la que el reo había sido sentenciado y que iba a cumplir de acuerdo con dichos criterios, pues ello afectaría al *qué* —la previsibilidad de la condena impuesta— y no tanto al *cómo* de la pena —más ligado a materias de asuntos de índole penitenciario—⁹⁰. Que una medida posterior a la condena altere perjudicialmente los criterios de determinación de la pena y el cómputo efectivo de cumplimiento supone una violación de la garantía de ejecución —en virtud de la cual, se ha de recordar, la pena debe ejecutarse mediante criterios establecidos *ex ante*—, lo que afectaría a la esencia de la pena a efectos del principio de legalidad. Así, se entiende que los criterios de determinación de la pena (privativa de libertad) y su cumplimiento efectivo deben ser insertados en el núcleo esencial del concepto «pena», de tal modo que la aplicación retroactiva de una modificación perjudicial de las reglas objetivas para la reducción de su duración debe estar ampa-

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 529/1994, de 8 de marzo (RJ 1994\1864), recurso núm. 169/1993 (Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).

⁹⁰ Ejemplos de medidas de índole penitenciaria serían el acceso a un grado penitenciario, disfrute de permisos de salida, políticas de asilamientos, regímenes disciplinarios, políticas y actividades de reinserción, implementación y desarrollo de códigos de conducta punitivos-premiales, etcétera.

rada por el principio de legalidad penal, por cuanto la garantía de ejecución así lo exige⁹¹.

En donde sí debe apreciarse el total acierto por parte del Tribunal en el caso *Del Río Prada c. España* es en el punto de si la jurisprudencia puede ser objeto de una aplicación retroactiva y pertenecer, por tanto, al ámbito del mandato de irretroactividad de una norma desfavorable. Aunque criticado por diferentes sectores de la doctrina, se entiende que el parecer del Tribunal es acertado por dos motivos. En primer lugar, porque, de acuerdo con la amplia concepción del concepto «ley» que se maneja en el Convenio, las decisiones judiciales no pueden ser obviadas a este tenor⁹². En segundo lugar, dado que el principio de legalidad penal y la seguridad jurídica son dos conceptos indisolubles y ligados entre sí, la aplicación retroactiva de una norma desfavorable posterior y la ulterior alteración desfavorable de un criterio jurisprudencial no deben considerarse diferentes desde una valoración material a efectos prácticos de irretroactividad. Deben ser tratados como homólogos por contravenir la seguridad jurídica con semejantes consecuencias⁹³ —por más que cierto sector doctrinal afirme que la jurisprudencia no puede ser considerada como una norma y, por ende, no puede constituir una disposición sancionadora objeto de aplicación retroactiva—⁹⁴.

⁹¹ Piénsese en un supuesto hipotético: si en el ordenamiento español se procediese a un cambio reglamentario en los criterios de acceso de un grado a otro o el tipo de celda y módulo en el que se va a cumplir cada grado, no se estaría ante una violación del principio de legalidad, pues estas medidas se encuentran vinculadas a la ejecución de la pena de conformidad con la línea jurisprudencial del Tribunal. En cambio, si se eliminasen de raíz los grados penitenciarios, eliminando la posibilidad de acceder al tercer (semilibertad) o «cuarto» grado (libertad condicional) a todos aquellos reclusos que ya se encontraban cumpliendo condena, supondría un cambio sustancial que afectaría al qué y no al cómo de la pena. Se estaría negando a los individuos la posibilidad de haber previsto la manera en que iban a cumplir su pena, alargando su cumplimiento efectivo de manera arbitraria, violándose de este modo la garantía de ejecución.

⁹² Se es consciente de que esta concepción amplia responde esencialmente a dar cabida en el Convenio a los sistemas de *Common Law* y que la jurisdicción española, objeto del caso en concreto, es de tradición continental. Pero ello no debe llevar a una discriminación al amparo del Convenio entre ambos sistemas, permitiendo la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal tan sólo en ciertas ocasiones, dependiendo del tipo de jurisdicción en cuestión.

⁹³ Vid. L. F. RUIZ ANTÓN, «El principio de irretroactividad...», *op. cit.*, pp. 165 y 166.

⁹⁴ En esta línea crítica *vid.*, entre otros, J. NISTAL BURÓN, «La Doctrina Parot bajo el prisma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El alcance del principio de irretroactividad en la ejecución penal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8 (2013), pp. 113-120; J. A. GARCÍA AMADO, «Sobre algunas consecuencias de la sentencia del TEDH en el caso *Del Río Prada contra España*: irretroactividad de las jurisprudencia penal desfavorable y cambios en las fuentes de producción del Derecho penal», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 41 (2014), pp. 54-63; J. M. LANDA GOROSTIZA, «Ejecución de penas y principio de legalidad...», *op. cit.*; M. DÍAZ CREGO, «Cuando Parot llegó a Estrasburgo»,

C. Las cuestiones de la retroactividad favorable y la retrospectividad

En otro orden de cosas, una cuestión que ha sido criticada desde la doctrina es el hecho de que en el Convenio no se contemple directamente la retroactividad de la ley penal favorable por más que ésta sea una derivación necesaria del principio de legalidad penal⁹⁵. Sin embargo, ante esta laguna, el Tribunal ha reconocido acertadamente la necesidad de deducir este mandato del texto normativo⁹⁶. Así procedió en el caso *Gragnic c. Francia*⁹⁷, en el que el Tribunal entendió acorde al Convenio la aplicación retroactiva de una ley posterior que imponía penas más benévolas a un individuo que había sido condenado por abuso sexual.

Mención aparte merecen los pronunciamientos relativos a la aplicación retrospectiva de la ley. En el caso *Pubk c. Estonia*⁹⁸ se presentaba un supuesto en el que se había condenado a un individuo por omisión de llevanza de contabilidad de una compañía —delito tipificado por una ley posterior—, so pretexto de que la conducta delictiva se había seguido desarrollando tras la entrada en vigor de la nueva normativa. El órgano jurisdiccional europeo concluyó que se había procedido a una aplicación retroactiva de la normativa más desfavorable.

Por otro lado, es destacable el caso *Roblena c. República Checa*⁹⁹, en el que el Tribunal no apreció una aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable en referencia a la condena impuesta a un individuo por motivo de un delito continuado de maltrato familiar por hechos cometidos antes y después de entrada en vigor de la misma, defendiendo que las conductas anteriores eran sancionables en virtud de otros tipos delictivos y que la condena era previsible.

A la vista de ambos casos se puede percatar la contradicción que existe entre uno y otro. Mientras que en *Pubk c. Estonia* el Tribunal entendió que se había producido una violación del art. 7 por la aplicación retrospectiva de la normativa penal, en *Roblena c. República Checa*, sin embargo, al

Teoría y Realidad Constitucional, núm. 31 (2013), pp. 573-612, y E. FARRÉ DÍAZ, «A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Del Río Prada c. España* de 21 de octubre de 2013: Doctrina Parot», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8 (2013), pp. 121-137.

⁹⁵ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 27.

⁹⁶ STEDH de 17 de septiembre de 2009, *Scoppola c. Italia*.

⁹⁷ STEDH de 27 de septiembre de 1995, *Gragnic c. Francia*.

⁹⁸ STEDH de 10 de febrero de 2004, *Pubk c. Estonia*.

⁹⁹ STEDH de 27 de enero de 2015, *Roblena c. República Checa*.

parecer cambió de opinión y no apreció tal conculcación a pesar de que se tratara de un supuesto claro de retrospectividad legal.

Aunque bien es cierto que en *Pubk c. Estonia*, una vez entrada en vigor la nueva norma tipificadora de la conducta, los hechos realizados con posterioridad podrían haber sido sancionados sin un problema asociado a la aplicación retroactiva de la norma, el Tribunal entendió que existía una unidad de actos y que el delito debía ser entendido como un delito continuado. Es precisamente esa continuidad delictiva la que lleva a reconocer la violación del art. 7. Por su parte, en lo referente a *Roblena c. República Checa*, la integración de la unidad delictiva en tipologías diversas en supuestos de delitos continuados es, al menos, cuestionable¹⁰⁰.

Ante estos pronunciamientos, ¿qué conclusión cabe deducir? ¿Es o no es contraria al Convenio una aplicación retrospectiva de la ley penal? Es posible que el Tribunal ponderara los bienes jurídicos protegidos ofendidos en uno y otro caso, y que ello, en un afán de impartir justicia material en cada caso concreto, le llevara a resoluciones dispares con respecto a la cabida en el Convenio de la aplicación retrospectiva de la ley penal. Pero ello no exime la incongruencia que existe en sus pronunciamientos y la consiguiente falta de seguridad jurídica. La retrospectividad legal no puede quedar sujeta a un criterio de oportunidad que pueda utilizar discrecionalmente el máximo garante de los derechos humanos en el ámbito europeo.

Una vez más, parece que el Tribunal no enfocó debidamente los casos: en lugar de determinar si, una vez apreciada una continuidad delictiva, era —y es— o no conforme al Convenio una aplicación retrospectiva de la ley, prefirió recurrir a líneas argumentativas alternativas y recurrir a la previsibilidad para decidir. Con los contradictorios resultados que se han visto. En aras de la seguridad jurídica hubiera sido conveniente un pronunciamiento expreso sobre la viabilidad jurídica de la aplicación retrospectiva de la ley penal con respecto al art. 7.

3. La excepción recogida en el artículo 7.2: la cláusula Nüremberg europea

El párrafo segundo del art. 7 constituye la única limitación a la que el principio de legalidad penal puede someterse¹⁰¹. Si bien se pueden señalar

¹⁰⁰ J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA, *La Europa de los derechos...*, *op. cit.*, p. 406.

¹⁰¹ C. MURPHY, «The Principle of Legality...», *op. cit.*, p. 207.

antecedentes anteriores¹⁰², resulta obvio que su redacción obedece al contexto histórico en el que se promulgó el texto normativo. Tras la Segunda Guerra Mundial era firme la voluntad de perseguir los crímenes de guerra que se habían producido durante la tragedia bélica y, en un intento de eludir las críticas que se habían formulado ante las experiencias de los Tribunales de Núremberg y Tokio, los redactores del Convenio intentaron resguardarse de actitudes similares incluyendo el apartado segundo del art. 7¹⁰³.

En síntesis, el art. 7.2 viene a recoger una excepción al subprincipio de prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable. Conocida doctrinalmente como la *cláusula Núremberg*, exige que en el momento de la comisión exista una fuente que defina la conducta como criminal, aunque dicha fuente del Derecho no cumpla con los requisitos que el propio Tribunal ha atribuido a las manifestaciones del principio de legalidad penal (la accesibilidad y la previsibilidad)¹⁰⁴.

No existe acuerdo doctrinal acerca del alcance del art. 7.2, pues si bien la mayoría defiende que esta flexibilización sólo es predicable de los denominados crímenes internacionales en sentido estricto —crímenes de genocidio, agresión, de lesa humanidad y de guerra—¹⁰⁵, hay autores que entienden que es extensible a todo tipo de conductas¹⁰⁶. Sobre lo que sí es pacífica la doctrina es en que el ámbito del art. 7 se circunscribe exclusivamente a la responsabilidad de los individuos y, por tanto, las cuestiones de responsabilidad internacional de los Estados quedan excluidas¹⁰⁷.

¹⁰² En este sentido *vid.* C. J. OVEY y R. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 189.

¹⁰³ I. LASAGABASTER HERRARTE, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Madrid, Civitas, 2008, pp. 273-274. Señala García Roca que «la existencia de sistemas políticos totalitarios ha llevado a plantear, a nivel internacional, la necesidad de excepcionar dicha prohibición [en referencia al principio de irretroactividad penal] en el caso de hechos cometidos al amparo de normativas nacionales que, pese a su aparente “legalidad”, fueran por completo opuestas a los principios elementales de justicia y de protección internacional de los derechos humanos» y es, precisamente al amparo de esta situación, en la que se redactó el art. 7.2. *Vid.* J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA, *La Europa de los derechos...*, *op. cit.*

¹⁰⁴ A. GIL GIL, «La excepción al principio de legalidad del número 2 del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 63 (2010), p. 138.

¹⁰⁵ F. VELÁSQUEZ, «La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad», *Cuadernos de Derecho Penal*, núm. 7 (2012), p. 98.

¹⁰⁶ S. C. STYLES, «Something to Declare: A Defence of the Declaratory Power of the High Court of the Justiciary», en R. F. HUNTER (ed.), *Justice and Crime*, Edinburg, T & T Clark, p. 224.

¹⁰⁷ D. HARRIS, M. O'BOYLE y B. WARBRICK, *Law of the European Convention...*, *op. cit.*, p. 277.

La terminología utilizada en el art. 7.2 —idéntica, por cierto, a la esbozada en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia— puede no ser la más acertada en la medida en que los «principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas» resultan ser un concepto de carácter amplio, complejo y ambiguo. Resalta el hecho de que el Convenio haga alusión a las «naciones civilizadas» en general, y que, por ello, no limite su alcance a los sistemas jurídicos de las Altas Partes Contratantes, a los que el Tribunal se refiere esencialmente en la búsqueda de normas y requisitos para colmar las lagunas de otros preceptos del Convenio¹⁰⁸.

Hay que destacar que, si bien es cierto que los principios generales del Derecho son fuente del Derecho internacional, es discutible su viabilidad para tipificar delitos, al menos, respetando el subprincipio de taxatividad —en tanto que su inherente ambigüedad es contraria a la especificidad exigida por este mandato— y el requisito de *lex scripta* —por cuanto su formulación no implica un fundamento escrito—¹⁰⁹.

Las resoluciones del Tribunal dirigidas a excepcionar la prohibición de retroactividad penal son escasas y confusas. Por regla general, evitan hacer alusión al art. 7.2 e intentan construir líneas jurisprudenciales alternativas¹¹⁰. Cuando se discute sobre el art. 7.2 del Convenio tradicionalmente se señalan los asuntos *K.-H. W. c. Alemania*¹¹¹ y *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, por más que el Tribunal eludiera hacer referencia directa a dicho precepto en tales pronunciamientos. En estos casos se discutía la posible violación del principio de legalidad penal con motivo de las condenas impuestas tanto a las autoridades que habían dado la orden como al soldado que había disparado a un fugitivo, causándole la muerte, en el paso fronterizo entre la República Democrática Alemana y la República Federal Alemana. Tras la unificación, los acusados habían sido condenados por un delito de homicidio internacional en virtud de la nueva ley alemana. Aunque en las instancias nacionales se había planteado la controversia como un problema de retroactividad y de antijuridicidad, el Tribunal determinó la inexistencia de vulneración del art. 7 argumentando que la práctica estatal que permitía disparar a muerte para evitar fugas era contraria al Derecho internacional y al Derecho interno vigente en el momen-

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 338-339.

¹⁰⁹ J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 97-99.

¹¹⁰ A. GIL GIL, «La excepción al principio de legalidad...», *op. cit.*, p. 163.

¹¹¹ Ambas Sentencias del 22 de marzo de 2001.

to de los hechos¹¹². Dicha práctica no podía ser considerada como válida a la luz del Convenio por contradecir el ordenamiento interno e internacional¹¹³, y, por tanto, los actos condenados se encontraban tipificados en el momento de su comisión por la legislación nacional. Con esta argumentación no hubo necesidad de recurrir a la excepción del art. 7.2.

En *Kononov c. Letonia*, por su parte, se analizó la condena impuesta a un partisano por crímenes de guerra con motivo del asesinato de un grupo de civiles acusados de colaboracionismo y traición. Los hechos habían tenido lugar en 1944 y el reproche criminal se había impuesto mediante la aplicación retroactiva de la ley penal letona de 1993. El Tribunal estudió el Derecho de guerra vigente en el momento de los hechos y llegó a la conclusión de que, aunque no existiese una sanción determinada en las normas de referencia, las instancias judiciales nacionales podían suplir esa carencia mediante el uso del Derecho interno¹¹⁴. Esta línea argumentativa, no obstante, no analizó el hecho de que se había impuesto una pena retroactivamente o de que lo fuera para un delito distinto. Así, se puede considerar una verdadera aplicación de la excepción del art. 7.2 del Convenio, por más que el Tribunal no plantease la controversia desde esta perspectiva¹¹⁵. Ahora bien, esa posibilidad de combinar diferentes fuentes del Derecho para determinar la pena concreta y cubrir las lagunas punitivas de un texto con otro es, cuanto menos, cuestionable desde una perspectiva garantista del principio de legalidad penal.

Por otro lado, la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos se pronunció en los casos *Becker c. Bélgica* y *Touvier c. Francia*¹¹⁶ a favor de la posibilidad de aplicar el art. 7.2 a supuestos relacionados con los crímenes desarrollados durante la Segunda Guerra Mundial.

En conclusión, todo parece señalar que el Tribunal ha entendido que la necesidad de garantizar la certeza jurídica supone extremar la precaución a la hora de determinar excepciones al principio de irretroactividad, que sólo han de apreciarse en los casos más graves¹¹⁷. Por ello ha sido reticente a aplicar la excepción del art. 7.2, prefiriendo negar la infracción del art. 7.1, aunque ello haya resultado en construcciones caracterizadas por

¹¹² STEDH de 22 de marzo de 2001, *K.-H. W. c. Alemania*, párrs. 67 y ss., y STEDH de 22 de marzo de 2001, *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, párr. 87.

¹¹³ STEDH de 22 de marzo de 2001, *K.-H. W. c. Alemania*, párr. 87.

¹¹⁴ STEDH de 17 de mayo de 2010, *Kononov c. Letonia*, párr. 212.

¹¹⁵ A. GIL GIL, «La excepción al principio de legalidad...», *op. cit.*, p. 154.

¹¹⁶ Decisiones de 9 de junio de 1958 y de 13 de enero de 1997, respectivamente.

¹¹⁷ J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA, *La Europa de los derechos...*, *op. cit.*, p. 407.

abundantes contradicciones carentes de una base jurídico-teórica robusta, con el ánimo de obtener soluciones prácticas y conseguir justicia material¹¹⁸. Sin embargo, esto no supone un grave problema por cuanto la *cláusula Núremberg* nació como respuesta a una situación jurídica histórica muy concreta de difícil repetición (esperemos), por lo que su aplicabilidad en el futuro puede quedar relegada a un segundo plano.

IV. CONCLUSIONES

El principio de legalidad penal surgió en un contexto histórico en el que la eliminación de la inseguridad jurídica en el ámbito penal y la limitación del ejercicio del *ius puniendi* estatal eran prioritarias para la debida tutela de los derechos individuales. De estricto y rígido contenido, suponía una garantía ante el abuso de poder y, como tal, se configuró como uno de los pilares fundamentales de los ordenamientos jurídicos internos.

Su eliminación en algunos Estados totalitarios durante el periodo de entreguerras supuso que la comunidad internacional lo elevase tras la Segunda Guerra Mundial a la categoría de derecho humano y subjetivo, incorporándolo como tal en diferentes instrumentos convencionales internacionales. Entre otros fue recogida en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De este modo, el principio de legalidad penal, además de ser un elemento transversal de los ordenamientos jurídicos nacionales, se erige como pilar sistemático en el ámbito internacional, constituyéndose como un derecho subjetivo inalienable de todo sujeto en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos y, en particular, en el sistema regional europeo. De hecho, el propio Convenio, en su art. 15.2, configura el principio como elemento vertebrador de las Altas Partes Contratantes al prohibir su derogación en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, lo que no hace más que enfatizar su relevancia sistemática.

El Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha interpretado el término «ley» de manera amplia, concibiéndolo como un concepto autónomo que incluye tanto el Derecho escrito como la jurisprudencia (*Kruslin c. Francia*) en un intento de dar cobijo a las jurisdicciones de *Common Law* vinculadas al Convenio. Sin embargo, desde la perspectiva del principio de legalidad penal y la recta tutela de los derechos humanos, se debe mos-

¹¹⁸ C. MURPHY, «The Principle of Legality...», *op. cit.*, pp. 207 y ss.

trar cautela sobre la viabilidad que pueden tener las fuentes no legislativas para tipificar delitos y determinar sanciones, especialmente en las jurisdicciones de Derecho de tradición continental que se encuentran sometidas al Convenio. Esta línea jurisprudencial no es sino una manifestación de la complejidad que tiene aunar bajo un mismo texto normativo dos sistemas jurídicos tan diversos entre sí como son el *Common Law* y el Derecho de tradición continental.

De igual forma, el Tribunal ha introducido las notas de accesibilidad y previsibilidad como nociones básicas en la defensa de los derechos humanos en el ámbito europeo (*The Sunday Times c. Reino Unido*). Concretamente, se han entendido como dos requisitos indispensables de la noción «ley». La jurisprudencia muestra que la equiparación entre los términos de accesibilidad y publicidad es total (*Malone c. Reino Unido*, *Groppera Radio AG y otros c. Suiza*, *Petra c. Rumania*). Siempre que se haya publicado la norma o los medios para acceder a ella, ésta será accesible y, por ende, acorde al Convenio.

Por su parte, la previsibilidad ha supuesto una más que cuestionable relativización de los mandatos subyacentes del principio, especialmente la obligación de determinación taxativa de los tipos penales —permitiendo una redacción vaga e imprecisa en supuestos en los que el resultado podía haber sido medianamente predecible (*Kokkinakis c. Grecia*)— y la prohibición de irretroactividad —admitiéndola en casos de probabilidad del resultado (*C. R. c. Reino Unido* y *S. W. c. Reino Unido*)—. A este tenor cabe decir que la previsibilidad no puede ser utilizada como una herramienta teórica sustitutiva del núcleo duro del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. De hecho, el fin último de éste —de sus garantías y subprincipios— consistía y consiste en asegurarla, por lo que no debería ser utilizada como un instrumento autónomo por constituir, precisamente, la génesis transversal que impregna el principio de legalidad penal.

Asimismo, la previsibilidad ha servido de argumento jurídico para evitar entrar a discutir sobre si la aplicación retrospectiva de la norma penal es acorde o no al Convenio, provocando inseguridad jurídica y grandes contradicciones en las resoluciones del Tribunal. Si en una primera ocasión entendió que era contrario al art. 7 (*Pubk c. Estonia*), posteriormente opinó lo contrario (*Rohlena c. República Checa*). Pudiendo responder esta disparidad de opinión a un criterio de oportunidad en el que se ponderaron los intereses en juego, convendría que el Tribunal se pronunciase cuando tenga ocasión de manera clara y expresa sobre la retrospectividad penal y su cabida en el Convenio.

En lo relativo a la garantía penal, la postura del Tribunal resulta confusa en dos cuestiones. Por un lado, si en un primer pronunciamiento eliminó del alcance del principio de legalidad penal las medidas administrativas (*De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*), posteriormente introdujo los denominados *criterios Engel* con el fin de configurar un concepto autónomo y propio de pena atendiendo al contenido material de la sanción (*Welch c. Reino Unido*), los cuales permitían abarcar imposiciones administrativas de determinada intensidad (como así ocurrió en *Jamil c. Francia* o *Mihai Toma c. Rumania*). Así, aunque formalmente se negara que el principio de legalidad penal abarcara el ámbito de las sanciones administrativas, la evolución posterior ha ido subsanando materialmente tal negación mediante la aplicación de los referidos criterios. Entendiendo como correcto ese alcance transversal, el cambio de parecer del Tribunal, sin embargo, resulta incongruente con su propio razonar: la modificación de opinión no respondió a un proceso paulatino y gradual desarrollado en su jurisprudencia, sino a una decisión puntual y concreta que pudiera ser tildada de sorpresiva, contradiciendo así el mandato de previsibilidad, estandarte jurídico en las líneas argumentativas del Tribunal.

En segundo lugar, la opaca diferenciación entre «pena» y la «ejecución» de la misma que realiza el Tribunal ha resultado en decisiones contradictorias y de escueto sustento normativo. La casuística que impera al respecto impide dotar de la debida seguridad jurídica a este asunto, pero, sin embargo, es de especial relevancia por cuanto el Tribunal ha reconocido su incompetencia para pronunciarse sobre asuntos que pertenezcan a la esfera de la ejecución de las penas (*M. c. Alemania*). En esta distinción son paradigmáticos los casos *Kafkaris c. Chipre* y *Del Río Prada c. España*. En el primero de ellos, el Tribunal utilizó el concepto «calidad» de la ley del que no ha vuelto a hacer uso posteriormente. Asimismo, en ambos se recurre a la nota de previsibilidad como argumento central, que no es sino insatisfactorio para dar respuesta a los asuntos de fondo.

Ante la superflua y casuística distinción entre la pena y su ejecución podría ser de ayuda aceptar como criterio general que el cómputo de cumplimiento de la condena afecta a la esencia de la pena. La modificación perjudicial posterior —sea legislativa o jurisprudencial— de los criterios de determinación temporal tanto de la pena como de su cumplimiento efectivo implica una conculcación de la garantía de ejecución del principio de legalidad penal, la cual, huelga decir, ha de ser tutelada.

Por su parte, a pesar de no estar reconocido expresamente en el Convenio, es más que acertada la decisión del Tribunal de establecer como con-

tenido implícito del art. 7 la posibilidad de aplicar retroactivamente la ley penal más favorable (*Gragnic c. Francia*). Se trata de una victoria para la protección de los derechos humanos que se haya colmado de tal manera esta laguna normativa.

Por último, el Tribunal ha evitado en sus pronunciamientos utilizar la excepción prevista a la irretroactividad (la *cláusula Núremberg* del art. 7.2 del Convenio), incurriendo en contradictorios y desafortunados discernimientos (*K.-H. c. Alemania*; *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, y *Kononov c. Letonia*). A pesar de ser la única limitación a la que puede verse sometido el subprincipio *lex praevia*, el Tribunal ha mostrado cautela a la hora de aplicarlo. De hecho, en ninguno de sus pronunciamientos ha reconocido estar haciendo uso de la excepción y en su lugar ha recurrido a vías argumentativas difusas. Sin embargo, en la medida en que la *cláusula Núremberg* respondió a un momento histórico concreto y que cuenta con escasa viabilidad procesal en la actualidad, es posible que caiga en desuso, careciendo de relevancia la jurisprudencia desarrollada hasta el momento.

Con todo, se puede inferir que la formulación del principio de legalidad penal en el Convenio se ha realizado en clave de «principio de jurisdicción», siguiendo líneas flexibles que han propiciado que su configuración subjetiva sea más cercana a esquemas propios del *Common Law*.

En resumen, no cabe duda de que el principio de legalidad penal se ha consagrado como un auténtico derecho subjetivo en el Sistema Regional Europeo de Protección de los Derechos Humanos. Dada su relevancia sistemática sería idóneo que el Tribunal perfilase y aclarase su jurisprudencia sobre el art. 7 del Convenio cuando se le brindase la oportunidad, con el fin de garantizar la seguridad jurídica que, con tanta determinación, ha procurado ofrecer el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* desde que por primera vez fuese formulado en el siglo XVIII. La debida tutela de los derechos humanos así lo aconseja.

V. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales

ÁLVAREZ GARCÍA, J. (2009), *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch.

BASSIOUNI, M. C. (1992), *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers.

BECCARIA, C. (1982), *De los delitos y las penas*, 1.^a ed. española, Madrid, Aguilar.

- BEDDARD, R. (1996), «The Rights of the Criminal under Article 7 ECHR», *European Law Review (Human Rights Survey)*, vol. 3, núm. 13.
- CARBONELL MATEU, J. C. (1995), *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- DE BLAS, A. (2003), *Teoría del Estado*, Madrid, UNED.
- DÍAZ CREGO, M. (2013), «Cuando Parot llegó a Estrasburgo», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, pp. 579-611.
- DONDÉ MATUTE, J. (2007), *Principio de legalidad penal: perspectivas del Derecho nacional e internacional*, 1.ª ed., Barcelona, Bosch.
- DUGARD, C. J. R. (2006), *Judges and Lawmaking at the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, Johannesburg, Bakwena Printers.
- ESER, A., y BURKHARDT, B. (1995), *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, Madrid, Colex.
- FARRÉ DÍAZ, E. (2013), «A propósito de la sentencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos en el caso *Del Río Prada vs. España*, de 21 de octubre de 2013: Doctrina Parot», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, pp. 121-137.
- FROWEIN, J. (1996), «Artikel 7 Nulla poena sine lege», en *Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar*, 2.ª ed., Kehl, Engel, pp. 321-328.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2014), «Sobre algunas consecuencias de la sentencia del TEDH en el caso *Del Río Prada contra España*: irretroactividad de las jurisprudencia penal desfavorable y cambios en las fuentes de producción del Derecho penal», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 41, pp. 54-63.
- GARCÍA ROCA, J., y SANTOLAYA, P. (2014), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- GIL GIL, A. (1999), *Derecho Penal Internacional*, Madrid, Tecnos.
- (2010), «La excepción al principio de legalidad del número 2 del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 63, pp. 132-163.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1990), *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos.
- GÓMEZ RIVERO, M.; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M., y NÚÑEZ CASTANO, E. (2010), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte General*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos.
- HARRIS, D.; O'BOYLE, M., y WARBRICK, B. (2009), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- HAVEMAN, R.; KAVRAN, O., y NICHOLLS, J. (2003), *Supranational Criminal Law: A System Sui Generis*, 15.ª ed., Oxford, Intersentia.
- KELSEN, H. (1945), «The Rule against *ex post facto* Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals», *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, núm. 3, pp. 8-12.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2012), «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH», *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, disponible en <http://www.indret.com/pdf/924.pdf> (última consulta: 30 de octubre de 2015).

- LASAGABASTER HERRARTE, I. (2008), *Convenio Europeo de Derecho Humanos. Comentario sistemático*, Madrid, Civitas.
- MIR PUIG, S. (1984), *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M. (2010), *Derecho Penal. Parte General*, 8.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- MURPHY, C. (2010), «The Principle of Legality in Criminal Law under the European Convention of Human Rights», *European Human Rights Law Review*, vol. 2, pp. 192-210.
- NISTAL BURÓN, J. (2013), «La Doctrina Parot bajo el prisma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El alcance del principio de irretroactividad en la ejecución penal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, pp. 113-120.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. (1981), *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense.
- OVEY, C. J., y WHITE, R. (2002), *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- RUIZ ANTÓN, L. F. (1989), «El principio de irretroactividad en la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia», *Poder Judicial*, núm. extra 6, pp. 95-118.
- STYLES, S. C. (1993), «Something to Declare: A Defence of the Declaratory Power of the High Court of the Judiciary», en R. F. HUNTER (ed.), *Justice and Crime*, Edinburg, T & T Clark.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (2008), *Manual de Derecho Penal*, t. I, Parte General, 5.ª ed., Pamplona, Thomson Civitas Reuters.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1983), *Manual de historia del Derecho español*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos.
- VELÁSQUEZ, F. (2012), «La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravian a la humanidad», *Cuadernos de Derecho Penal*, núm. 7, pp. 91-105.

Fuentes jurisprudenciales*

- STEDH de 1 de julio de 1961, *Lawless c. Irlanda*.
- STEDH de 18 de junio de 1971, *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*.
- STEDH de 26 de abril de 1979, *The Sunday Times c. Reino Unido*.
- STEDH de 2 de agosto de 1984, *Malone c. Reino Unido*.
- STEDH de 24 de mayo de 1988, *Müller y otros c. Suiza*.
- STEDH de 20 de noviembre de 1989, *Markt Intern y Beermann c. Alemania*.
- STEDH de 28 de marzo de 1990, *Groppera Radio AG y otros c. Suiza*.
- STEDH de 24 de abril de 1990, *Kruslin c. Francia*.
- STEDH de 29 de enero de 1992, *Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda*.
- STEDH de 35 de abril de 1993, *Kokkinakis c. Grecia*.

* STEDH accesibles en <http://budoc.echr.coe.int/>

- STEDH de 19 de diciembre de 1994, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi c. Austria*.
- STEDH de 9 de febrero de 1995, *Welch c. Reino Unido*.
- STEDH de 8 de junio de 1995, *Jamil c. Francia*.
- STEDH de 26 de septiembre de 1995, *Vogt c. Alemania*.
- STEDH de 27 de septiembre de 1995, *Gragnic c. Francia*.
- STEDH de 22 de noviembre de 1995, *C. R. c. Reino Unido*.
- STEDH de 22 de noviembre de 1995, *S. W. c. Reino Unido*.
- STEDH de 26 de noviembre de 1996, *Wingrove c. Reino Unido*.
- STEDH de 25 de noviembre de 1997, *Grigoriades c. Grecia*.
- STEDH de 25 de marzo de 1998, *Kopp c. Suiza*.
- STEDH de 23 de septiembre de 1998, *Petra c. Rumania*.
- STEDH de 23 de septiembre de 1998, *Steel y otros c. Reino Unido*.
- STEDH de 8 de julio de 1999, *Baskaya y Okçuoglu c. Turquía*.
- STEDH de 22 de marzo de 2001, *K.-H. W. c. Alemania*.
- STEDH de 22 de marzo de 2001, *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*.
- STEDH de 10 de febrero de 2004, *Pubk c. Estonia*.
- STEDH de 12 de julio de 2007, *Jorgic c. Alemania*.
- STEDH de 12 de febrero de 2008, *Kafkaris c. Chipre*.
- STEDH de 17 de septiembre de 2009, *Scoppola c. Italia*.
- STEDH de 28 de septiembre de 2009, *Öztürk c. Turquía*.
- STEDH de 17 de diciembre de 2009, *M. c. Alemania*.
- STEDH de 17 de mayo de 2010, *Kononov c. Letonia*.
- STEDH de 24 de enero de 2012, *Mibai c. Rumania*.
- STEDH de 21 de octubre de 2014, *Del Río Prada c. España*.
- STEDH de 27 de enero de 2015, *Roblena c. República Checa*.
- Decisión de 9 de junio de 1958, *Becker c. Bélgica*.
- Decisión de 3 de marzo de 1986, *Hogben c. Reino Unido*.
- Decisión de 13 de enero de 1997, *Touvier c. Francia*.
- STS 529/1994, de 8 marzo (RJ 1994\1864).