

LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA, "Artículo 7. No hay pena sin ley", Convenio Europeo de Derechos Humano. Comentario sistemático, Dir. Iñaki Lasagabaster Herrarte, Civitas, Madrid, 2004, pp. 227-253.

Artículo 7*

No hay pena sin ley

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.
 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.
-
1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.
 2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.
-
1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.
 2. This article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations.

SUMARIO

I. Consideraciones generales

II. Contenido del derecho

II.1. Garantía criminal (<<*nullum crimen sine lege*>>)

II.1.A. Concepto de <<infracción>> penal: ámbito de aplicación

II.1.B. Prohibición de retroactividad

II.1.C. Mandato de determinación

II.1.C.1. El estándar de <<previsibilidad>>

II.1.C.2. Prohibición de analogía e interpretación *stricta* en materia penal

II.1.C.3. Valoración de conjunto

* Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA, Profesor Titular de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV-EHU). El presente trabajo se inscribe en el Proyecto (I+D+I) BJU2003-02373 del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

II.1.D. Punibilidad según el <<Derecho internacional>>

II.2. Garantía penal (<<*nulla poena sine lege*>>)

Bibliografía

I. Consideraciones generales

El artículo 7 CEDH condensa un conjunto de garantías que son inherentes al principio de legalidad y que aspiran a materializar valores y máximas fundamentales en cualquier sociedad democrática y de Derecho como significativamente la libertad, la seguridad jurídica¹, la participación² o la división de poderes³. Responde el artículo 7 directamente a la voluntad expresada en el preámbulo del propio CEDH de respetar la "preeminencia del Derecho" como parte esencial del patrimonio común de ideales y tradiciones políticas de los Estados europeos⁴.

El aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁵ y su contenido garantista no se recogen, sin embargo, únicamente en el artículo 7, sino que vienen asimismo reflejados en numerosos preceptos del CEDH entre los que destacan los artículos 5 (derecho a la libertad y la seguridad), 6 (derecho a un proceso equitativo), 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), 9 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), 10 (libertad de expresión) y 11 (libertad de reunión y de asociación)⁶. En particular debe subrayarse la función complementaria del artículo 7 en el ámbito del derecho penal *sustantivo*, que discurre en paralelo a las garantías *adjetivas* que asegura el artículo 6 (derecho a un proceso equitativo) como piedra angular del proceso penal propio de un Estado de Derecho⁷.

El artículo 7 revela su importancia como elemento esencial del Estado de Derecho en el hecho de que ocupa un lugar sistemáticamente privilegiado en el seno del CEDH toda vez que, de conformidad con el artículo 15.2 del propio Convenio, no cabe su derogación ni en caso de guerra ni de ningún otro peligro público⁸ equiparándose, de esta forma, su rango valorativo al subyacente a la prohibición de tortura, esclavitud e incluso al derecho a la vida (artículo 15/artículos 2, 3 y 4 CEDH).

Sin perjuicio de su consagración en el CEDH, la máxima de <<*no hay crimen ni pena sin ley*>> es patrimonio común de los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos tanto de ámbito universal (artículo 11.2

¹ FROWEIN, "Artikel 7", 1996, p. 322.

² Sobre el principio de legalidad como garantía política del ciudadano de no verse sometido a penas que no apruebe el pueblo, véase, entre nosotros, MIR PUIG, *Derecho penal*, 2002, p. 111.

³ GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003, p. 389, destaca también que en la medida en que el desarrollo judicial del derecho sólo puede discurrir legítimamente dentro de los cauces de la previsibilidad, el artículo 7 determina también la división de poderes entre el poder legislativo y el poder de aplicación judicial (jurisprudencial) de los países miembros.

⁴ BERNARDI, "Art. 7", 2001, p. 250 subraya que el artículo 7 resume en sí mismo y limitadamente al campo penal algunos de los principios más importantes propios de la cultura jurídica europea.

⁵ Cuya formulación latina procede de *Feuerbach* que sin embargo aludía literamente únicamente a la pena (*nulla poena sine lege*) en el entendido de que tal término comprendía también la referencia al delito (*crimen*). Véase ROXIN, *Strafrecht*, 1997, p. 103; también MIR PUIG, *Derecho penal*, 2002, 110.

⁶ BERNARDI, "Art. 7", 2001, p. 250.

⁷ FROWEIN, "Artikel 7", 1996, p. 322; GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003, p. 389.

⁸ *S.W. c. Reino Unido*, Sentencia de 22 de noviembre de 1995, apdo. 34.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948⁹; artículo 15 Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966) como regional europeo (artículo 49 Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000; artículo II-49 del Proyecto de Tratado de Constitución para Europa de 20 de junio de 2003)¹⁰.

En el ordenamiento jurídico español las exigencias propias del principio de legalidad, por lo que respecta a las garantías criminal y penal, se recogen tanto en la Constitución de 1978 (artículos 25 y 9.3)¹¹ como en el propio Código penal de 1995 (artículos 1, 2 y 4) que disponen, según la tradicional triple exigencia de <<*lex previa, scripta, stricta*>>¹², no sólo una prohibición de retroactividad desfavorable para el reo (*lex previa*), sino, también, una reserva de ley (orgánica) en la definición de los delitos y las penas (*lex scripta*) y un <<mandato de determinación>> o taxatividad de la ley penal que excluye la analogía contra reo (*in malam partem*).

El TEDH a través de reiterada y consolidada jurisprudencia ha declarado que el artículo 7 no se limita a prohibir la aplicación retroactiva de la ley penal en contra del reo. Implica, más allá, el principio de que sólo la ley puede definir el delito y prescribir una pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y el principio de que no cabe la interpretación extensiva desfavorable para el inculcado en el ámbito penal, por ejemplo, mediante la analogía. De ello se sigue que el delito debe estar claramente definido en la ley¹³.

Ahora bien, más allá de la mencionada declaración jurisprudencial del contenido general del artículo 7 CEDH según las pautas de su tradicional interpretación, éste presenta especificidades propias algunas de las cuales deben ya avanzarse.

En primer lugar, la redacción del precepto del Convenio de Roma a la hora de determinar la prohibición de retroactividad no sólo hace alusión expresa al derecho nacional sino, también, al derecho internacional (artículo 7.1, primera frase, inciso final). Incluso en el párrafo 2 (artículo 7.2) se excepciona el principio general de prohibición de retroactividad al admitirse el juicio y castigo de acciones u omisiones que al momento de su comisión constituyeran "delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas". En ambas referencias se refleja el contexto histórico en que se redactó el CEDH, esto es, de forma inmediatamente posterior a la conclusión de la segunda guerra mundial, configurándose de conformidad con los problemas que el enjuiciamiento, sobre todo de los crímenes nazis, había comenzado ya a deparar¹⁴.

⁹ Precedente e inspirador inmediato de la redacción del artículo 7 CEDH. MEYER-LADEWIG, *Konvention*, 2003, p. 130.

¹⁰ Artículo 49 que, como señala GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003, p. 389, va más allá del propio contenido del artículo 7 CEDH en la medida en que, por una parte, prescribe expresamente la retroactividad favorable al reo y, por otra parte, incorpora un mandato de proporcionalidad. Véase, también, ESER, "Artikel 49", 2003, pp. 533 ss.; y, especialmente, pp. 546 y 547.

¹¹ Para un análisis crítico de lo insatisfactoriamente que se recogen las diversas garantías del principio de legalidad en la Constitución española de 1978 véase GARCÍA PABLOS, *Derecho penal*, 2000, p. 325 ss.

¹² MIR PUIG, *Derecho penal*, 2002, p. 112 ss.; también, por todos, GARCÍA PABLOS, *Derecho penal*, 2000, p. 320 ss.

¹³ *Kokkinakis c. Grecia*, Sentencia de 25 de mayo de 1993, apdo. 52.

¹⁴ FROWEIN, "Artikel 7", 1996, p. 322.

En segundo lugar, se detectan algunas llamativas ausencias en el *corpus* de garantías propias del principio de legalidad como la ausencia de mención expresa del principio de retroactividad penal favorable¹⁵. Esta laguna obedece a la lógica propia del CEDH que como instrumento internacional aspira en su momento fundacional a establecer un mínimo común entre Estados parte más que a elevar los estándares garantistas internos, orientando la redacción hacia la consecución del consenso y a vencer eventuales resistencias de los futuros signatarios antes la falta de homogeneidad entre las diversas tradiciones jurídicas nacionales¹⁶. Tampoco incorpora el artículo 7 el principio *non bis in idem* que sin embargo viene contemplado en el artículo 4 (derecho a no ser juzgado o castigado dos veces) del Protocolo adicional número 7. El Estado español aunque ha firmado dicho Protocolo 7 todavía no lo ha ratificado por lo que no le resulta jurídicamente vinculante¹⁷.

En tercer --y último lugar-- también debe destacarse que como consecuencia de la necesidad de adaptar el contenido normativo del artículo 7 a las diferentes tradiciones jurídicas (*common law*), la <<ley>> objeto de consideración para determinar la retroactividad no se identifica sólo ni exclusivamente con la ley escrita sino también con la no escrita, con lo cual la *reserva de ley* según la tradición continental debe matizarse y se orienta según la jurisprudencia del TEDH¹⁸ hacia un control de la *accesibilidad* y *previsibilidad* de la fuente legal y, en su caso, de su interpretación por los tribunales domésticos sobre la que *infra*¹⁹ habremos de volver.

II. Contenido del derecho

El artículo 7 hace referencia expresa a las garantías criminal y penal²⁰ que a pesar de su evidente interrelación vamos a abordar por separado²¹.

II.1. Garantía criminal (<<*nullum crimen sine lege*>>)

El principio de legalidad materializa su contenido garantista a través de una serie de sub-principios o corolarios que mediante el *case law* --fundamentalmente del TEDH-- se han ido perfilando de forma progresiva, y con diferentes grados de consolidación,

¹⁵ Sin perjuicio de su reconocimiento a través de la jurisprudencia del TEDH como, por ejemplo, en el caso *G. c. Francia*, Sentencia de 27 de septiembre de 1995, apdo. 22 ss. Véase *infra* apartado II.1.B. *Prohibición de retroactividad*.

¹⁶ BERNARDI, "Art. 7", 2001, p. 252.

¹⁷ En cualquier caso, como señala CARRILLO SALCEDO, *El Convenio*, 2003, p. 155, según el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el desarrollo de los Tratados, la firma implica al menos la obligación de abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y fin del Protocolo en cuestión.

¹⁸ *S.W. c. Reino Unido*, Sentencia de 22 de noviembre de 1995, apdo. 35.

¹⁹ Apartado II.1.C. *Mandato de determinación*; particularmente, II.1.C.1. *Estándar de <<previsibilidad>>*.

²⁰ La garantía *jurisdiccional* que implica la necesidad de que el delito y la pena correspondiente se declaren por medio de una sentencia judicial y de conformidad con un procedimiento legalmente establecido se contiene fundamentalmente en el artículo 6 CEDH (derecho a un proceso equitativo). No se menciona, por el contrario, de forma expresa la garantía de *ejecución* según la cual también debe exigirse la sujeción a la ley de la fase de ejecución de la sanción penal.

²¹ Sin perjuicio de que las cuestiones comunes a ambos se traten fundamentalmente en el apartado relativo a la garantía criminal y no se reproduzcan, por tanto, en el relativo a la pena que concentrará únicamente los puntos privativos de ésta.

aunque con la cautela de que se trata de un artículo cuya violación ha sido reconocida en un número relativamente escaso de supuestos²².

II.1.A. Concepto de <<infracción>> penal: ámbito de aplicación

El artículo 7 hace referencia expresa a la <<condena>> según la ley del momento de comisión (u omisión constitutiva) de la <<infracción>> con lo que se plantea, en primer lugar, el problema de la delimitación del ámbito material sobre el que se proyecta el precepto: ¿cuándo estamos ante una condena susceptible de control según los estándares de legalidad del artículo 7? Parece evidente que la noción de infracción penal (*criminal offence*) debe ponerse en relación con la interpretación correspondiente relativa a la <<acusación en materia penal>>²³ que se recoge en el artículo 6 CEDH y que, según el TEDH, se perfila como un concepto *autónomo* cuyos criterios de delimitación ya se establecieron en el caso *Engel*²⁴. Los criterios para la determinación de un concepto material --que no puramente formal-- de delito hacen referencia no sólo a la clasificación según el derecho nacional de la norma infringida sino, también, a la naturaleza misma de la infracción, así como a la finalidad, naturaleza y gravedad de la sanción prevista²⁵. Tales criterios no pueden, sin embargo, interpretarse para negar la admisibilidad del control de una infracción formalmente penal según el derecho interno sino para extender el mismo, en su caso, a otro tipo de ilícitos²⁶. En consecuencia el artículo 7 puede alcanzar no sólo, como regla general, a infracciones penales en sentido formal sino, también, eventualmente, a ilícitos administrativos o infracciones disciplinarias²⁷.

Sin embargo no cabe, en principio²⁸, extender su ámbito garantista a decisiones diferentes a la condena en el marco del proceso penal por lo que decisiones, por ejemplo, de extradición o detención preventiva, no gozarían del ámbito de tutela del

²² HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention*, 1995, p. 275 destaca este aspecto (en el año 1995) señalando que muy pocos casos son admitidos a consideración con relación a una eventual violación del artículo 7 y sólo dos habían sido reconocidos como violaciones de dicho precepto. Desde 1995 hasta la actualidad (Diciembre 2003) sin duda se ha producido un aumento de la jurisprudencia paralelo a la creciente actividad del Tribunal de Estrasburgo en todos los órdenes (CARRILLO, *El Convenio*, 2003, p. 75 ss. habla incluso de "asfixia" y "ritmo frenético" del Tribunal por el elevado número de demandas a resolver tras la entrada en vigor del Protocolo 11) pero, con todo, respecto del artículo 7 sólo se constatan, salvo error u omisión, siete violaciones del precepto a estudio: casos *Welch c. Reino Unido*, Sentencia de 9 de febrero de 1995; *Jamil c. Francia*, Sentencia de 8 de junio de 1995; *Baskaya y Okçuoglu c. Turquía*, Sentencia de 8 de julio de 1999; *Ecer y Zeyrek c. Turquía*, Sentencia de 27 de febrero de 2001; *E.K. c. Turquía*, Sentencia de 7 de febrero de 2002; *Veeber c. Estonia*, Sentencia de 21 de enero de 2003; *Gabarrí Moreno c. España*, Sentencia de 22 de julio de 2003.

²³ OVEY(JACOBS)/WHITE, *The European Convention*, 2002, p. 187.

²⁴ *Engel y otros c. Holanda*, Sentencia 8 de junio de 1976, apdo. 80 ss. (véase *supra* artículo 6).

²⁵ VAN DIJK/VAN HOOFF, *Theory and practice*, 1998, p. 409 ss.

²⁶ BERNARDI, "Art. 7", 2001, p. 258.

²⁷ Por todos FROWEIN, "Artikel 7", 1996, pp. 325 y 326; VAN DIJK/VAN HOOFF, *Theory and practice*, 1998, p. 479.

²⁸ Podría argumentarse que cambios sustanciales en materias que afectan a derechos fundamentales deberían poder excepcionar la regla general de aplicación de la normativa procesal del momento en que se procede al enjuiciamiento (*tempus regit actum*). Así HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention*, 1995, pp. 275 y 281, asegura que puede sostenerse que un cambio esencial de las normas probatorias (por ejemplo, de la admisibilidad) en contra del reo estaría tan íntimamente ligado a la declaración de culpabilidad del inculpaado que debería ser susceptible de control según el artículo 7 CEDH (*op. cit.*, p. 275). En la misma línea se pronuncia por la admisibilidad del control del artículo 7 en casos de detención sobre los que se quisiera aplicar retroactivamente la ley que supusiera una "diferencia esencial" respecto de las condiciones vigentes con anterioridad (*op. cit.*, p. 281).

artículo 7 CEDH²⁹. Tampoco alcanza el precepto a decisiones en el ámbito de ejecución de las penas ni, incluso, a una modificación de las condiciones de suspensión de la ejecución que determinara una mayor duración de la pena privativa de libertad³⁰.

De igual forma una modificación ampliatoria de los plazos de prescripción no entraría en conflicto con el artículo 7 toda vez que no fundamenta la punibilidad de una conducta sino que se anuda a una conducta incriminada previamente³¹.

Aunque los pronunciamientos absolutorios quedan fuera del radio de acción del artículo 7 no ocurre lo mismo con condenas que pudieran tildarse de puramente declaratorias o sin aparente contenido aflictivo así denominadas porque, a pesar de que se aplica --y declara infringida-- una norma penal, no se impone simultáneamente castigo o sanción expresa. Y ello porque tal apariencia no aflictiva es un mero espejismo no sólo por los efectos que puede llegar a desplegar la condena en cuestión como antecedente delictivo (por ejemplo, en derecho penal español, a la hora de fundamentar la eventual futura reincidencia del condenado con una posible agravación de pena o cancelación de vías alternativas a --y sustitutivas de-- la pena privativa de libertad, etc) sino, también, por la carga estigmatizadora y de rechazo social que toda declaración de responsabilidad penal *per se* entraña³².

II.1.B. Prohibición de retroactividad

El principio de legalidad implica —como un aspecto más— de la conformidad de la condena con la base jurídica que la determina (<<legalidad>>), la nota de <<actualidad>> o vigencia de la norma incriminadora al momento de comisión u omisión de la conducta en cuestión³³. Se trata del tradicional principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable que tiene por objeto evitar el castigo de conductas que no eran punibles al momento de su comisión con base en normas posteriores en el tiempo que pretenden desplegar sus efectos incriminadores a hechos pasados (<<retroactividad>>). Pero también entraña la interdicción de la <<ultraactividad>> de leyes incriminadoras que por resultar modificadas, derogadas o nulas no pueden ya seguir desplegando su efecto regulador hacia conductas futuras cometidas una vez agotado el periodo de vigencia normativo³⁴.

La *actualidad* o vigencia de la norma es una cuestión a determinar según la interpretación del derecho interno para la que los tribunales nacionales gozan de un cierto margen de apreciación en la medida en que tienen una competencia prioritaria a la hora de interpretar y aplicar su propio derecho³⁵. Así la Comisión no aceptó la pretensión del recurrente de que una ley penal holandesa había devenido obsoleta y debía considerarse no entrada en vigor debido a su no aplicación efectiva. Se trataba de una ley sobre el teléfono y el telégrafo frente a la que la mera existencia de emisores piratas se pretendía que tuviera la virtualidad de poder declarar no vigente la norma en

²⁹ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention*, 1995, p. 275

³⁰ FROWEIN, "Artikel 7", 1996, p. 325.

³¹ GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003, p. 392.

³² VAN DIJK/VAN HOOFF, *Theory and practice*, 1998, p. 480; BERNARDI, "Art. 7", 2001, p. 254.

³³ BERNARDI, "Art. 7", 2001, p. 255 y 281 ss.

³⁴ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention*, 1995, p. 279; VAN DIJK/VAN HOOFF, *Theory and practice*, 1998, pp. 484 y 485.

³⁵ GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003, p. 391.

cuestión. Según la Comisión, sin embargo, el recurrente no había aportado en modo alguno prueba suficiente de que la tal ley no había sido realmente aplicada³⁶.

Como otra manifestación de la prohibición de retroactividad desfavorable la declaración de nulidad de una ley no puede ser sustituida retroactivamente tal y como se desprende del procedimiento de Irlanda contra Gran Bretaña. Irlanda argumentaba en su recurso que la "Ley de 1972 de Irlanda del Norte" (*Northern-Ireland-Act 1972*) había venido a llenar retroactivamente el vacío dejado a consecuencia de la declaración de ilegalidad pronunciada por el tribunal competente de Irlanda del Norte (23 febrero 1972) respecto de determinadas disposiciones que habían otorgado poderes especiales al ejército para la detención de personas³⁷. La declaración de nulidad de una disposición podría así llegar a contaminar la condena en cuya base jurídica se hubiera recurrido a normas de sustitución que pretendieran retroactivamente cubrir en contra del reo el vacío dejado por la norma expulsada del ordenamiento.

Particulares problemas suscita la aplicación del estándar garantista de irretroactividad en los casos en los que la actividad delictiva se dilata en el tiempo (*delito continuado*)³⁸ de tal suerte que la infracción corre paralela a una sucesión de leyes penales que regulan de forma diferente (endureciendo el castigo o incriminando *ex novo*) la misma actividad objeto de enjuiciamiento. En el caso *Veeber contra Estonia*, sentencia de 21 de enero de 2003, el TEDH analiza el supuesto del recurrente Don Tiit Veeber propietario y miembro del consejo de administración de una compañía (*AS Giga*) y también miembro del consejo de administración de una segunda empresa (*AS Tartu Jõujaam*), al que se le acusa, entre otros cargos, de delito fiscal continuado. Se le condenó de conformidad con el artículo 148-1 del §7 del Código penal según la redacción de una ley en vigor desde el 13 de enero de 1995 por los presuntos delitos fiscales cometidos durante el periodo comprendido entre 1993 y 1996. Mientras que antes del 13 de enero de 1995 era requisito previo *sine qua non* para integrar el tipo penal la declaración de responsabilidad y sanción por un ilícito administrativo, a partir de la mencionada reforma penal decae este elemento típico como presupuesto indispensable y pasa a formularse como elemento alternativo: la responsabilidad penal por delito fiscal precisaba o bien la previa sanción administrativa, o bien un elemento intencional. Como esta segunda alternativa concurría en los hechos desde el principio y ello bastaba a partir del 13 de enero de 1995 para fundamentar la condena, consideraron los tribunales de Estonia que no era precisa la sanción administrativa previa respecto de los hechos anteriores a la entrada en vigor de la reforma legal³⁹.

El TEDH en ningún momento cuestiona la tipicidad de los hechos y centra acertadamente el debate en analizar la conformidad con el artículo 7 de la condena de la conducta previa a la entrada en vigor de la reforma de 1995. La Corte subraya no sólo que antes de enero de 1995 no hubiera sido posible condenarle a falta de una sanción

³⁶ FROWEIN, "Artikel 7", 1996, p. 323.

³⁷ El procedimiento seguido ante la Comisión no prosperó a partir de la declaración del procurador general que en nombre del gobierno del Reino Unido afirmó que no se había producido ni se produciría condena alguna (retroactiva) con base en la nueva normativa. El recurrente (Irlanda), entonces, retiró el recurso fundamentado en dicha base y la Comisión borró de la lista la demanda correspondiente. FROWEIN, "Artikel 7", 1996, p. 323. Con todo señala FROWEIN que unos años más tarde hubo alguna demanda individual que parece indicar que efectivamente sí que se produjo alguna condena aunque no prosperó debido a razones procedimentales distintas a las del fondo del asunto.

³⁸ MEYER-LADEWIG, *Konvention*, 2003, p. 132.

³⁹ *Veeber c. Estonia*, Sentencia de 21 de enero de 2003, apdos. 8 ss.

administrativa previa, sino que, además, resalta que los hechos anteriores a dicha fecha integran una parte considerable del *factum* que a la postre fue objeto de condena penal. La condena de 3 años y 6 meses de prisión, aunque suspendida, afectaba a todos los hechos objeto de enjuiciamiento por lo que el Tribunal considera que se ha violado el artículo 7 al entender que no era previsible la condena en el momento de comisión. Concluye, por tanto, la violación por aplicación retroactiva de la reforma penal⁴⁰.

Complemento de la prohibición garantista de irretroactividad contra reo es la excepción de retroactividad de las disposiciones penales cuando éstas favorecen al inculpado, bien porque proceden a desincriminar conductas que eran punibles al tiempo de comisión, bien porque reducen la pena prevista. El artículo 7 CEDH no prevé expresamente la retroactividad favorable pero tampoco se opone con claridad a ella⁴¹. Tal efecto es comunmente aceptado por la jurisprudencia del TEDH como significativamente se puso de manifiesto en la sentencia del caso *G. contra Francia*⁴².

El Sr. G. realizaba los exámenes de test necesarios para la obtención del permiso de conducir y fue acusado el 14 de diciembre de 1980 tanto de aceptar sobornos como de solicitar favores sexuales, en concreto, respecto de este último, en su calificación de <<asalto indecente>> (*indecent assault*) con violencia o coerción de conformidad con la redacción del artículo 333 del Código Penal según la versión aprobada por ley de 23 de diciembre de 1980. El recurrente expone su pretensión de violación del artículo 7 CEDH por aplicación retroactiva de la ley citada posterior a la fecha de comisión de los hechos⁴³. El TEDH, de conformidad con el parecer de la Comisión⁴⁴, no aprecia violación sobre la base de que la conducta en cuestión era punible según la ley penal anterior a la comisión de los hechos y perfectamente previsible y accesible según la jurisprudencia que simplemente se ve confirmada en sus líneas básicas por la nueva regulación posterior de 23 de diciembre de 1980. Los hechos eran, por tanto, punibles según la normativa anterior y también la inmediatamente posterior pero será esta última la aplicable en atención al principio de que tiene preferencia la ley menos perjudicial para el reo tanto desde el punto de vista de la definición del delito, como desde el relativo a la gravedad del castigo. La reforma posterior a los hechos degradaba el delito de *asalto indecente* de la consideración de grave (*crime*) a menos grave (*délit*) lo que justifica la retroactividad favorable al inculpado⁴⁵.

Junto a la retroactividad de la nueva ley penal o de una reforma *in peius* para el inculpado puede situarse también el problema de la aplicación de una ley existente y vigente al tiempo de comisión pero que es objeto de una *nueva interpretación o aplicación* que determina la incorporación al ámbito de prohibición de nuevos hechos⁴⁶. La clave para establecer cuándo la interpretación de los tribunales domésticos no supera el límite más allá del cual cabe declarar la aplicación jurisprudencial como incompatible con los estándares de garantía del artículo 7 CEDH se reconduce, según el TEDH, antes que a la nota de retroactividad, a los requisitos que debe cumplir la <<ley>> o, más

⁴⁰ *Veeber c. Estonia*, Sentencia de 21 de enero de 2003, apdos. 34 ss.

⁴¹ VAN DIJK/VAN HOOFF, *Theory and practice*, 1998, p. 480; BERNARDI, "Art. 7", 2001, p. 290 ss.

⁴² *G. c. Francia*, Sentencia de 27 de septiembre de 1995.

⁴³ *G. c. Francia*, Sentencia de 27 de septiembre de 1995, apdos. 7 ss.

⁴⁴ *G. c. Francia*, Sentencia de 27 de septiembre de 1995, apdo. 17 que aunque admite la demanda considera, de forma unánime, que no hay violación del artículo 7.

⁴⁵ *G. c. Francia*, Sentencia de 27 de septiembre de 1995, apdos. 25 y 26.

⁴⁶ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention*, 1995, pp. 277 y 278. Véase, entre nosotros, VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia*, 2001, p. 89 ss., especialmente p. 144 ss.

bien, la fuente jurídica desde el punto de vista de su taxatividad, claridad o suficiente determinación que a continuación abordamos.

II.1.C. Mandato de determinación

El principio de legalidad implica algo más que una mera cobertura *formal* que se restringiera a exigir una descripción legal previa de la conducta a incriminar pero en términos tan vagos y generales que no sirviera de guía eficaz para el ciudadano a la hora de predecir en sus rasgos fundamentales las conductas prohibidas. La dimensión *material*⁴⁷ del principio de legalidad apunta así a la necesidad de que la ley previa sea precisa, taxativa (<<*lex certa, stricta*>>). El mandato de determinación se descompone para su garantía efectiva en una serie de corolarios que ya fueron avanzados por el TEDH en el caso *Kokkinakis contra Grecia* y que, como doctrina jurisprudencial consolidada, subrayan que el artículo 7 no se agota en una simple prohibición de retroactividad de la ley penal contra el reo sino que exige que la infracción criminal esté claramente definida para que puede deducirse de sus palabras y, si fuera necesario, mediante la ayuda de la interpretación de los tribunales, qué conductas implican responsabilidad criminal. Además en la labor exegética en materia penal debe orillarse la interpretación extensiva, particularmente mediante la analogía *in malam partem*⁴⁸.

El control de suficiencia respecto de la claridad y precisión en la definición de la infracción criminal se enfrenta desde la posición del Tribunal de Estrasburgo a peculiaridades impuestas por la necesidad de cohonestar distintas tradiciones jurídicas. En particular, por influjo de los países arraigados en la tradición del *common law*, resulta imprescindible una cierta transformación de la garantía de *reserva de ley*, más propia de la tradición continental europea, de suerte que aquélla no se identifica sólo ni necesariamente con la ley escrita, dándose carta de legitimidad a los delitos de *common law*. Ello implica que el mandato de determinación y su control se proyectan casi simultáneamente sobre el legislador y sobre el poder judicial: el control de precisión de la legalidad es, a la vez, un control sobre la interpretación jurisprudencial que puede resultar especialmente problemático⁴⁹ y que el propio TEDH pretende solventar mediante la exigencia de criterios específicos tales como la <<*accesibilidad*>>⁵⁰ y la <<*previsibilidad*>>⁵¹.

II.1.C.1. El estándar de <<previsibilidad>>

⁴⁷ VAN DIJK/VAN HOOF, *Theory and practice*, 1998, p. 482.

⁴⁸ *Kokkinakis c. Grecia*, Sentencia de 25 de mayo de 1993, apdo. 52: "The Court points out that Article 7 para. 1 (art. 7-1) of the Convention is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage. It also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy; it follows from this that an offence must be clearly defined in law. This condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him liable."

⁴⁹ VAN DIJK/VAN HOOF, *Theory and practice*, 1998, p. 482.

⁵⁰ Entendida como accesibilidad pública según la interpretación de la Comisión. Véase, por todos, HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention*, 1995, p. 279.

⁵¹ *S.W. c. Reino Unido*, Sentencia de 22 de noviembre de 1995, apdo. 35. Para un análisis más detallado: BERNARDI, "Art. 7", 2001, p. 259 ss.

Especialmente ilustrativo es el caso *S.W. contra Reino Unido*⁵² en que se revisa el caso polémico de la violación en el matrimonio. Los hechos se remontan a una violación llevada a cabo por un ciudadano británico (*S.W.*) la noche del 18 de septiembre de 1990 contra su esposa en el seno de un matrimonio cuyas relaciones habían empeorado notablemente. Tras la condena por los tribunales británicos el recurrente en ningún caso pone en tela de juicio la violación sino la pretendida modificación --radical-- de la línea jurisprudencial que venía reconociendo una suerte de *inmunidad marital* que, por no haber sido tenido en cuenta, violaría el artículo 7 CEDH⁵³. El TEDH parte de la consideración de que cualquier descripción legal, por muy clara y precisa que se pretenda, siempre se verá necesitada de un inevitable complemento interpretativo por parte de los tribunales. Resulta imprescindible, como regla general, aclarar puntos dudosos y adaptar los mandatos normativos a las cambiantes circunstancias pero, además, en particular, ello es especialmente notorio en un sistema legal como el del Reino Unido en el que la interpretación jurisprudencial es parte esencial y necesaria del sistema mismo. Centrada así la cuestión en torno al control de la interpretación de los tribunales domésticos declara la Corte que en modo alguna puede entenderse el artículo 7 como una prohibición fundamental a los tribunales en su labor de gradual clarificación de las reglas jurídicas de la responsabilidad criminal caso a caso siempre que --y ahí se señala el límite-- el resultado de la evolución interpretativa sea consistente con la propia esencia de la ofensa y pueda ser razonablemente previsible⁵⁴.

En el caso concreto se desoyeron los argumentos del recurrente que aludía, entre otros argumentos, a que la primera sentencia que de manera expresa declara anacrónica e inaplicable la inmunidad marital del *common law* era posterior a los hechos objeto de condena y, en segundo lugar, al hecho de que la iniciativa parlamentaria para un cambio legal al respecto era objeto de discusión, pero no estaba todavía aprobada, al momento de comisión de la violación. El TEDH entiende, por el contrario, que la interpretación de los tribunales británicos no supone una novación jurisprudencial hasta el punto de que resulte inconsistente con la propia esencia del injusto y confirman la previsibilidad con un adecuado asesoramiento legal de que la inmunidad marital era ya en aquel momento una figura inadmisibles sometida a crecientes correcciones restrictivas por parte de los jueces a favor de una ampliación del ámbito de prohibición de la violación a cualquier agresión sexual no consentida al margen del estatus civil de la víctima⁵⁵.

La <<previsibilidad>> de que la conducta está prohibida por la ley penal, o resulta punible a la luz de la interpretación de los tribunales, alude a un criterio *normativo*, ideal, de lo que es exigible al sujeto que luego es declarado responsable y condenado. Tal estándar de exigibilidad es relativamente estricto en la medida en que, como se señalaba en el caso *S.W. c. Reino Unido*, se incorpora la obligación tácita de un asesoramiento legal. Pero incluso la previsibilidad varía y puede resultar aún más exigente según las características del destinatario del mensaje normativo. Así se desprende del caso *Cantoni contra Francia*⁵⁶ en el que el recurrente había sido condenado, en calidad de administrador de un supermercado, por la venta ilegal de productos farmacéuticos (parafarmacia). El punto clave de discusión era la

⁵² *S.W. c. Reino Unido*, Sentencia de 22 de noviembre de 1995; también, coincidente, *C.R. c. Reino Unido*, Sentencia de 22 de noviembre de 1995.

⁵³ *S.W. c. Reino Unido*, Sentencia de 22 de noviembre de 1995, apdos. 8 ss.

⁵⁴ *S.W. c. Reino Unido*, Sentencia de 22 de noviembre de 1995, apdo 36.

⁵⁵ *S.W. c. Reino Unido*, Sentencia de 22 de noviembre de 1995, apdos. 37 a 47.

⁵⁶ *Cantoni c. Francia*, Sentencia de 15 de noviembre de 1996.

interpretación de lo que debía entenderse por *producto médico* a la luz del Código de Salud Pública que en definitiva informaba el presupuesto típico de la condena penal⁵⁷. Aunque la Comisión, por mayoría, consideraba que efectivamente había violación del artículo 7⁵⁸ por no ser previsible que la venta de productos de parafarmacia entraba en el monopolio de venta farmacéutica por ser, a la postre, *productos médicos*, el TEDH, por el contrario, niega tal violación.

La Corte centra el debate jurídico en el análisis de la accesibilidad y previsibilidad de la ley que definía el *producto médico*, defendiendo, como punto de partida, que la generalidad del tenor legal o incluso el uso de términos vagos es, hasta cierto punto, inevitable. La existencia de zonas grises, de una zona de penumbra y duda respecto de casos límite no convierte de forma automática a una disposición legal en incompatible con el artículo 7 CEDH en la medida en que el concepto sea claro para una mayoría de supuestos. La labor judicial de interpretación y aplicación del precepto debe cumplir la función de iluminar las zonas oscuras⁵⁹. Habida cuenta de que, según el TEDH, efectivamente la jurisprudencia francesa venía incluyendo la parafarmacia como *producto médico* se concentra en definir en detalle los criterios de concreción del estándar de previsibilidad. Estándar que hace depender del contenido del texto, del sector o ámbito que está llamado a cubrir el precepto y del estatus del destinatario de la norma. El criterio de previsibilidad puede verse satisfecho si la ley era congnoscible para la persona afectada que se hubiera asesorado legalmente de forma adecuada y en un grado razonable según las circunstancias, para así poder medir las consecuencias que su conducta implicaba. Esta afirmación, continúa la Corte, es particularmente válida respecto de *profesionales* que están acostumbrados a actuar con gran cautela en el ejercicio de su actividad profesional. Se puede, por tanto, esperar una *especial cautela o diligencia* a la hora de calibrar los riesgos que dichas actividades entrañan. Concluye así el TEDH que no hay violación del artículo 7 ya que el Sr. Cantoni, con un asesoramiento legal adecuado, hubiera podido concluir que, a la luz de la jurisprudencia francesa, se exponía a ser procesado por la venta ilícita de productos médicos⁶⁰.

Lo elevado y exigente del estándar de previsibilidad es así mismo manifiesto en la medida en que se mantiene la expectativa jurídica de actuación conforme a la normativa interna incluso contra una práctica estatal que claramente la contraviniera. Así en el caso *Streletz, Kessler, Krenz contra Alemania*⁶¹ la práctica de los disparos a muerte en la custodia del *muro de Berlín*, incluso aunque fuera alentada por las máximas autoridades de la entonces República Democrática Alemana y a pesar de que la desobediencia pudiera entrañar el riesgo de un enjuiciamiento sumarísimo, el *TEDH* mantiene que era, aún con todo, previsible un eventual enjuiciamiento y condena por los homicidios en la frontera a la luz de la normativa legal vigente al momento de comisión que no cabía ser entendida como derogada por una práctica estatal que la contraviniera⁶².

II.1.C.2. Prohibición de analogía e interpretación *estricta* en materia penal

⁵⁷ *Cantoni c. Francia*, Sentencia de 15 de noviembre de 1996, apdos. 7 ss.

⁵⁸ *Cantoni c. Francia*, Sentencia de 15 de noviembre de 1996, apdo. 23.

⁵⁹ *Cantoni c. Francia*, Sentencia de 15 de noviembre de 1996, apdos. 26, 29 y 31 ss.

⁶⁰ *Cantoni c. Francia*, Sentencia de 15 de noviembre de 1996, apdos. 34, 35 y 36.

⁶¹ *Streletz, Kessler, Krenz c. Alemania*, Sentencia de 22 de marzo de 2001, apdos. 67 a 76 (respecto del valor justificante de la práctica estatal) y, especialmente apdos. 77 ss. (previsibilidad).

⁶² GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003, pp. 393 y 394.

Como otra manifestación del mandato de determinación la jurisprudencia del TEDH declara la prohibición de la analogía contra reo, o interpretación extensiva por analogía *in malam partem*, lo que se ve complementado, en su formulación positiva, por el primado de la interpretación estricta en materia penal de acuerdo con la propia práctica de la Comisión⁶³.

En la sentencia del caso *Baskaya y Okçuoglu contra Turquía* el TEDH falla como violación del artículo 7 lo que considera una aplicación extensiva por analogía de la legislación antiterrorista. En el supuesto concreto se discute la interpretación de la sección 8(2) de la Ley de prevención del Terrorismo de Turquía que, al momento de comisión de los hechos, castigaba, de forma diferenciada según el grado de responsabilidad en la edición, a los autores de delitos de propaganda separatista contra la indivisibilidad del Estado. En particular declara que se trasgrede la prohibición de interpretación analógica contra reo ya que se condenó y castigó con pena de prisión al editor de la publicación (*publisher*) por analogía de éste con los redactores (*editor*) cuando, en realidad, la ley preveía efectivamente prisión sólo para estos últimos y una pena más atenuada (multa) para los primeros. La interpretación extensiva de la categoría de autor en perjuicio de reo se rechaza, así, por analógica *in malam partem*⁶⁴.

En un supuesto similar, más recientemente, se vuelve a condenar al Estado turco en el caso *E.K.*⁶⁵ por violación del artículo 7. La Señora *E.K.*, abogada y propietaria de la casa editorial <<*la Doz*>>, firma como secretaria de la asociación de derechos humanos de Istanbul un artículo titulado “El mundo en deuda con el pueblo kurdo”. A la vez, como objeto de un proceso separado, se le acusa por la publicación en la editorial <<*la Doz*>> del libro *La conferencia internacional de París: los kurdos, los derechos humanos y la identidad cultural* en el que consta un artículo titulado *Las condiciones de las prisiones turcas*. Este último artículo había sido escrito por otra persona distinta de la recurrente (otra abogada: *A.A.*) pero se le acusa y condena a *E.K.* por difundir propaganda separatista según la normativa antiterrorista vigente al momento. Ahora bien, nuevamente, al menos respecto del artículo del que sólo actúa como editora, se le impone la pena que estaba prevista para el redactor-jefe. Por ello, aunque el gobierno defendió que la interpretación extensiva que comprendía a la editora dentro de la categoría de redactor era previsible y práctica habitual en la jurisprudencia turca, el TEDH no lo va a aceptar. Declara la Corte de Estrasburgo que los tribunales internos tienen efectivamente un cierto margen para la interpretación de su propia normativa, pero con el límite de la prohibición de analogía contra reo. Analogía prohibida que se concreta en extender la disposición penal prevista para el redactor al editor⁶⁶.

II.1.C.3. Valoración de conjunto

El *filtro* de determinación y claridad de la fuente jurídica (ley y/o interpretación jurisprudencial) de la condena como garantía del artículo 7 concita, en su práctica aplicativa y en una consideración de conjunto, valoraciones críticas que sugieren una falta de rigor suficiente. No cabe ocultar la dificultad de mantener los estándares de

⁶³ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention*, 1995, pp. 278 y 279; VAN DIJK/VAN HOOFF, *Theory and practice*, 1998, p. 481 (especialmente su pie de página 1122).

⁶⁴ *Baskaya y Okçuoglu c. Turquía*, Sentencia de 8 de julio de 1999, apdos. 36 ss., especialmente 42.

⁶⁵ *E.K. c. Turquía*, Sentencia de 7 de febrero de 2002.

⁶⁶ *E.K. c. Turquía*, Sentencia de 7 de febrero de 2002, especialmente apdos. 54 y 55.

garantía respecto de la precisión de la ley que, por cierto, es un problema estructural de interpretación que discurre paralelo al empeño en delimitar en el marco de algunos de los derechos fundamentales del propio CEDH (respeto a la vida privada y familiar –art. 8–, libertad de pensamiento, conciencia y religión –art. 9–, libertad de expresión –art. 10–, etc) los límites taxativos del ejercicio de los mismos de conformidad con lo “previsto en la ley”⁶⁷.

No obstante, se critica el excesivo respeto del TEDH ante la interpretación interna de las leyes y la jurisprudencia domésticas abandonándose en demasiadas ocasiones el juicio de previsibilidad y, en definitiva, de suficiente precisión, al mero dato de la existencia de antecedentes judiciales coincidentes con el fallo condenatorio objeto de recurso⁶⁸. Ello ha determinado que la interpretación doméstica sólo sea corregida en ocasiones excepcionales⁶⁹, hurtándose en cierto sentido el control material de determinación de la fuente jurídica al amparo y cobertura de criterios formales.

El déficit de control o su insuficiente exigencia se manifiestan en algunas sentencias especialmente significativas por cuanto han sentado jurisprudencia en la materia. Es el caso de *Kokkinakis contra Grecia*⁷⁰ en el que el recurrente es condenado por proselitismo cuya definición legal era tan amplia y difusa que se identificaba con “cualquier intento, directo o indirecto, de intrusión persuasiva en las creencias religiosas de otra persona de diferente 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 prevaleciendo de su inexperiencia, confianza, necesidad, bajo nivel intelectual o inocencia”⁷¹. Aunque en el caso en concreto se estimó la incompatibilidad de la condena con el artículo 9 CEDH no se estimó violación del artículo 7 conformándose el TEDH con los antecedentes jurisprudenciales para declarar previsible el fallo sin sancionar, como indica acertadamente *FROWEIN*⁷², la inaceptable indeterminación de un precepto tan vago en su definición.

II.1.D. Punibilidad según el <<Derecho internacional>>

La referencia en la base jurídica del principio de legalidad tanto al derecho nacional como internacional obedece al contexto histórico inmediatamente anterior a la confección del CEDH. Aunque puedan buscarse antecedentes más lejanos que la situación postbélica tras la derrota del régimen nacionalsocialista⁷³, parece evidente que

⁶⁷ OVEY(JACOBS)/WHITE, *The European Convention*, 2002, p. 191.

⁶⁸ Por todos, BERNARDI, "Art. 7", 2001, p. 266; OVEY(JACOBS)/WHITE, *The European Convention*, 2002, p. 191.

⁶⁹ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention*, 1995, pp. 279 y 280; VAN DIJK/VAN HOOFF, *Theory and practice*, 1998, pp. 481 y 482.

⁷⁰ Aunque no es el único. Véase también, en la misma línea, la crítica que OVEY(JACOBS)/WHITE, *The European Convention*, 2002, pp. 191 y 192, extienden al caso *Baskaya y Okçuoglu c. Turquía*, Sentencia de 8 de julio de 1999.

⁷¹ *Kokkinakis c. Grecia*, Sentencia de 25 de mayo de 1993, apdo. 16: “By 'proselytism' is meant, in particular, any direct or indirect attempt to intrude on the religious beliefs of a person of a different religious persuasion (eterodoxos), with the aim of undermining those beliefs, either by any kind of inducement or promise of an inducement or moral support or material assistance, or by fraudulent means or by taking advantage of his inexperience, trust, need, low intellect or naïvety.”

⁷² FROWEIN, "Artikel 7", 1996, p. 325.

⁷³ OVEY(JACOBS)/WHITE, *The European Convention*, 2002, p. 189, alude a que probablemente fueron tomados en consideración a la hora de redactar el artículo 7 CEDH los acontecimiento políticos que tuvieron lugar en la década de los 30 (siglo XX) en Europa en los que distintos regímenes autoritarios

influyó de forma definitiva la voluntad de perseguir y hacer comparecer ante la justicia a criminales de guerra y contra la humanidad que podían intentar justificar sus delitos al abrigo del régimen jurídico *injusto*⁷⁴ vigente al tiempo de comisión. La referencia al derecho internacional y, más concretamente, a los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” perseguiría así, habida cuenta de la experiencia de los tribunales de *Nürnberg* y *Tokyo*, salvar la prohibición de retroactividad en aras de la justicia material ante crímenes de la máxima gravedad⁷⁵.

Debe, sin embargo, señalarse que precisamente la República Federal Alemana añadió una reserva a este respecto cuando ratificó el CEDH en 1952, de tal suerte que determinaba que la interpretación del artículo 7.2 CEDH debía en todo caso llevarse a cabo dentro de los límites del artículo 103.2 (principio de legalidad) de la Ley Fundamental de Bonn. Ahora bien la práctica interpretativa de dicha reserva antes que una restricción más bien ha operado en un sentido de refuerzo de las obligaciones de Alemania frente al CEDH⁷⁶ hasta el punto de que puede considerarse perfectamente prescindible⁷⁷.

Más allá de su expuesta justificación histórica, las referencias al derecho internacional, tanto en el párrafo 1 como en el 2 del artículo 7, suscitan no pocos problemas interpretativos que comienzan por las dudas de algún sector de la doctrina sobre la necesidad de la existencia misma del párrafo 2º habida cuenta de que ya en el primero se alude de forma evidente al derecho internacional⁷⁸.

Al margen de la más o menos depurada técnica de redacción del artículo 7, el verdadero nudo gordiano se manifiesta a la hora de determinar con precisión las fuentes jurídicas que deben informar el *derecho internacional* como base suficiente de incriminación. Con todo, deben quedar al margen cuestiones de responsabilidad internacional de los Estados por cuanto el ámbito de proyección del artículo 7 CEDH abarca condenas relativas a sujetos individuales⁷⁹. Conviene, además, separar desde un principio aquéllos supuestos en que la incriminación de conductas se ha llevado a cabo a instancias de obligaciones jurídico-internacionales (normalmente de base convencional: por ejemplo, Convenio de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio) pero que, en definitiva, han acabado plasmándose en normativa interna (así, entre nosotros, el art. 607 del Código Penal español de 1995). Se trataría de casos en que la base jurídica del principio de legalidad, según el artículo 7 CEDH, es de carácter nacional y no internacional⁸⁰.

promulgaron leyes retroactivas con la toma del poder convirtiendo en criminales conductas previamente lícitas.

⁷⁴ Sobre la conocida fórmula de *Radbruch* sobre la primacía de los principios elementales de justicia frente a leyes positivas (injustas) en contradicción crasa, manifiesta e intolerable con los primeros véase *Streletz, Kessler, Krenz c. Alemania*, Sentencia de 22 de marzo de 2001, apdo 22.

⁷⁵ FROWEIN, "Artikel 7", 1996, pp. 322 y 327; GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003, p. 392; MEYER-LADEWIG, *Konvention*, 2003, p. 133.

⁷⁶ OVEY(JACOBS)/WHITE, *The European Convention*, 2002, pp. 193 y 194.

⁷⁷ MEYER-LADEWIG, *Konvention*, 2003, p. 134.

⁷⁸ Por todos, GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003, p. 392, quien denuncia que el párrafo 2º nada añade que no diga el primero, si bien, entiende que puede llegar a cumplir una función aclaratoria en una cuestión tan sensible como la de las responsabilidades penales por crímenes de guerra.

⁷⁹ Por todos, HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention*, 1995, p. 277. Véase, también, *Streletz, Kessler, Krenz c. Alemania*, Sentencia de 22 de marzo de 2001, apdo 75.

⁸⁰ FROWEIN, "Artikel 7", 1996, p. 326.

Precisamente en el caso *Streletz, Kessler, Krenz contra Alemania* se detecta una cierta confusión entre ambos planos interno e internacional a la hora de analizar la compatibilidad de las condenas penales de algunos ex altos cargos de la República Democrática Alemana por los disparos a muerte realizados en el llamado *muro de Berlín*. La acusación era por incitación al homicidio (luego corregido como homicidio en autoría mediata)⁸¹ entre los años 1971 y 1989 y se imputaban precisamente a personas que habían dado las directrices políticas para “aniquilar” a quienes intentaran traspasar el muro. Los tribunales de la ya reunificada República Federal de Alemania aplican tanto la normativa de la anterior República Democrática como, por ser más beneficiosa para el reo, la normativa vigente al momento del enjuiciamiento pero, a la vez, se califica la práctica estatal impulsada como atentatoria de forma flagrante contra elementales principios de justicia y los derechos humanos protegidos por el derecho internacional⁸².

El TEDH niega la incompatibilidad de las condenas con el artículo 7 desde diversos planos complementarios y convergentes. En primer lugar desde el punto de vista de la ley nacional aplicable al momento de comisión de los hechos, según la cual eran punibles y previsibles los disparos a muerte por no poder acogerse a ninguna causa de justificación que eximiera de la responsabilidad que se derivaba de la propia normativa de la ex República Democrática Alemana⁸³. La práctica estatal, con otras palabras, contradecía las leyes vigentes al tiempo de comisión⁸⁴ que eran, además, previsibles dada la posición que ocupaban los condenados⁸⁵. Pero además, y ya desde el plano de derecho internacional⁸⁶, se declara igualmente la accesibilidad y previsibilidad de la condena con base en los instrumentos internacionales fundamentales de protección de los derechos humanos a la luz de los cuales tampoco habría posibilidad de fundar ninguna suerte de causa de justificación que cubriera la práctica de los disparos a muerte⁸⁷.

Como acertadamente señala *GRABENWARTER* denota una cierta confusión el TEDH cuando, una vez afirmada la base de legalidad según la normativa interna, se afana, contra su propia práctica de sobriedad argumentativa, en buscar también la base de previsibilidad y accesibilidad de la condena a la luz del derecho internacional pero sólo desde el punto de vista de la posible base jurídica para identificar alguna causa de justificación de los delitos⁸⁸. Ello lleva a considerar los delitos en cuestión como crímenes según la normativa nacional sin posible causa de justificación según el derecho interno o internacional pero sin declarar, al mismo tiempo, por considerarlo ya

⁸¹ Por el Tribunal Supremo alemán en Sentencia de 26 de julio de 1994. *Streletz, Kessler, Krenz c. Alemania*, Sentencia de 22 de marzo de 2001, apdo 20. Véase sobre la polémica imputación de responsabilidad a conductas que se valen en su ejecución de aparatos organizados de poder, por todos, ROXIN, *Strafrecht II*, 2003, p. 46 ss.

⁸² *Streletz, Kessler, Krenz c. Alemania*, Sentencia de 22 de marzo de 2001, apdos 19 ss.

⁸³ *Streletz, Kessler, Krenz c. Alemania*, Sentencia de 22 de marzo de 2001, apdos 53 ss.

⁸⁴ *Streletz, Kessler, Krenz c. Alemania*, Sentencia de 22 de marzo de 2001, apdos 67 ss.; especialmente apdos. 72 y 73 en los que, debe subrayarse, más allá de la supremacía de la ley nacional se mezclan alusiones a normativa internacional y de protección de los derechos humanos.

⁸⁵ *Streletz, Kessler, Krenz c. Alemania*, Sentencia de 22 de marzo de 2001, apdos 78 ss.

⁸⁶ Sin perjuicio de que ya en la argumentación desde el plano de la ley nacional se hubieran venido haciendo referencias de esta naturaleza así, significativamente, *Streletz, Kessler, Krenz c. Alemania*, Sentencia de 22 de marzo de 2001, apdos 72, 73, 85, 86 y 87.

⁸⁷ *Streletz, Kessler, Krenz c. Alemania*, Sentencia de 22 de marzo de 2001, apdos 90 ss.

⁸⁸ GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003, p. 392.

innecesario, que se trate de un crimen (contra la humanidad) según el derecho internacional⁸⁹.

Más compleja resulta la cuestión de hasta qué punto con base en la alternativa “derecho nacional o internacional” pudiera llegar a considerarse compatible con el Convenio de Roma el reconocimiento en el propio país de ciertos efectos a una condena de un país extranjero por unos hechos que, de conformidad con las leyes de conflicto de derecho internacional privado, resultan punibles en ese otro país pero no en el propio. La Comisión en su decisión *X contra República Federal de Alemania* (2 junio 1960) declaró compatible con el artículo 7 la inclusión en un registro policial de una condena extranjera por un crimen que no era punible en el propio Estado⁹⁰. Esta decisión, sin embargo, parece discutible en la medida en que la base de derecho internacional privado para otorgar jurisdicción y proceder al enjuiciamiento en el extranjero no solucionan *per se* los problemas de compatibilidad con el artículo 7 CEDH: la aplicación de todos o algunos de los efectos aflictivos de una condena por unos hechos que, a la postre, no son punibles en el propio Estado que los aplica parece contravenir en su núcleo el contenido garantista material propio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁹¹.

La relevancia de la alusión al derecho internacional se manifestaría, por tanto, en aquellas disposiciones del derecho internacional público que no forman parte a la vez del derecho nacional correspondiente. Desde una perspectiva histórica la vía abierta por el artículo 7.2 CEDH se concretó inmediatamente después de la segunda guerra mundial en la aceptación de la aplicación retroactiva de las leyes que por crímenes de guerra, traición o colaboracionismo con el enemigo, fueron aprobadas tras la contienda. Los trabajos preparatorios del Convenio no dejan lugar a dudas de que, de ninguna manera, se contemplaba que el artículo 7 CEDH facilitara ningún tipo de condena, fuera moral o legal, sobre las citadas leyes⁹². Precisamente a esta base histórica es a la que la Comisión se remitió ante el aluvión de demandas que se interpusieron contra las leyes *ex post facto* dirigidas a castigar el colaboracionismo con el enemigo derrotado por las fuerzas aliadas, declarando la inadmisibilidad de las mismas por <<manifiestamente infundadas>> a la luz de la cláusula de excepción del principio de irretroactividad del artículo 7.2. Ahora bien resulta criticable, en primer lugar, que la Comisión no se dignara, en esta primera fase de andadura del Convenio, siquiera a analizar en detalle si se trataba de acciones -u omisiones- punibles al momento de comisión según los "principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas". Aunque comprensible por el clima emocional servido por el horror nazi, la mera remisión genérica a la base histórica no debería haber impedido un análisis más detallado⁹³. Análisis que, en segundo lugar, no hubiera podido seguramente ser tan complaciente con las leyes mencionadas habida cuenta de que no cualquier forma de colaboracionismo puede resultar punible según los "principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas"⁹⁴.

⁸⁹ *Streletz, Kessler, Krenz c. Alemania*, Sentencia de 22 de marzo de 2001, apdo 106. Véase, sin embargo, los Votos concurrentes de los jueces *Loucaides y Levits* que, de acuerdo con el fallo, consideran además que se trata de un crimen contra la humanidad.

⁹⁰ VAN DIJK/VAN HOOFF, *Theory and practice*, 1998, p. 485.

⁹¹ VAN DIJK/VAN HOOFF, *Theory and practice*, 1998, p. 486; OVEY(JACOBS)/WHITE, *The European Convention*, 2002, pp. 194 y 195.

⁹² HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention*, 1995, p. 282.

⁹³ FROWEIN, "Artikel 7", 1996, pp. 327 y 328.

⁹⁴ OVEY(JACOBS)/WHITE, *The European Convention*, 2002, p. 194.

Más allá del contexto histórico que lo vio nacer la virtualidad presente de las referencias del artículo 7 al derecho internacional debe remitirse a una triple fuente jurídica que, aunque no elimine los problemas de determinación del listado de crímenes, ayude a la máxima concreción posible, esto es: al derecho convencional, a la costumbre internacional y a la propia referencia del párrafo 2º del artículo 7 CEDH a los "principios generales del Derecho". Respecto del derecho convencional su relevancia depende, en primer lugar, de que no se haya convertido todavía en derecho nacional pues, de lo contrario, como venimos insistiendo, la base jurídica de referencia sería el derecho nacional y no el internacional. Desde este punto de vista resulta de particular interés el supuesto en que la conducta objeto de condena por el juez nacional era punible de conformidad con el Convenio internacional correspondiente pero que, al momento de comisión de los hechos, no había sido todavía traspuesto al derecho interno. La opinión mayoritaria parece decantarse por reconocer que el artículo 7 CEDH no obliga a los Estados a aplicar directamente normas de derecho internacional respetándose, por tanto, la exigencia de trasposición interna. Si la trasposición se produce después de la comisión de los hechos objeto de condena el Convenio únicamente se limitaría a convalidar la condena como compatible con el artículo 7, más no obligaría a pronunciarla⁹⁵.

El derecho internacional también puede servir como base de legalidad para supuestos en que por efecto del principio de justicia universal pueda resultar problemático para el autor prever qué derecho penal va a serle de aplicación como, por ejemplo, en casos de piratería o incluso de crímenes de guerra, en que podría hacerse el juicio de previsibilidad directamente a partir del derecho internacional público⁹⁶.

Respecto a la costumbre internacional ésta habrá de venir referida, de conformidad al artículo 38.1.b del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, a la "práctica generalmente aceptada como Derecho" que implica, como es sabido, tanto un elemento material o uso constante y permanente, como un elemento espiritual u *opinio iuris* que se cifra en la convicción de la obligatoriedad jurídica de la práctica⁹⁷. Resulta en cualquier caso difícil de delimitar la costumbre como fuente del derecho internacional público respecto de la mención del artículo 7.2 CEDH a los "principios generales del Derecho reconocidos por la naciones civilizadas"⁹⁸. Formulación esta que, por cierto, es una copia literal del apartado "c" del citado artículo 38.1 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia al que tiende a negarse el carácter de fuente autónoma por cuanto los principios constituyen una categoría normativa común al derecho interno y al derecho internacional⁹⁹.

De cualquier modo, y a pesar de la enorme indeterminación de la formulación, debe señalarse como positiva la mención general dentro de los principios a las "naciones civilizadas" en la medida en que no cierra la referencia al grupo de Estados parte del Convenio sino que obliga más allá de aquel círculo a que los citados principios gocen de cierto reconocimiento en un *representativo* grupo de países¹⁰⁰. Desde otro punto de

⁹⁵ BERNARDI, "Art. 7", 2001, p. 269.

⁹⁶ Así, HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention*, 1995, p. 277; también, FROWEIN, "Artikel 7", 1996, pp. 326 y 327.

⁹⁷ PASTOR RIDRUEJO, *Curso*, 2001, p. 69 ss.

⁹⁸ VAN DIJK/VAN HOOFF, *Theory and practice*, 1998, p. 487.

⁹⁹ PASTOR RIDRUEJO, *Curso*, 2001, p. 65.

¹⁰⁰ VAN DIJK/VAN HOOFF, *Theory and practice*, 1998, p. 487.

vista, sin embargo, resulta más adecuada la formulación que de estos principios se recoge en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos 1966 (artículo 15.2) sustituyéndose la referencia a las “naciones civilizadas” por la “comunidad de estados” ya que resultaría más adecuada para prevenir de una cierta “connotación imperialista” que podría dar pie a alguna clase de “discriminación” contra los pueblos “incivilizados”¹⁰¹.

La enorme indeterminación de la formulación de los principios, su difícil delimitación y concreción práctica respecto de la costumbre internacional e incluso su interrelación con los principios de los derechos nacionales y la evolución del derecho convencional internacional hablan, en definitiva, a favor de que éstos sean interpretados en esta sede con un estándar de gravedad extrema en torno a los tradicionales grupos de crímenes de guerra y contra la humanidad¹⁰² en la línea probablemente de lo ya recogido por el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 (artículos 7 y 8)¹⁰³.

II.2. Garantía penal (<<*nulla poena sine lege*>>)

Del mismo modo que respecto de la delimitación de la infracción en materia penal, el TEDH parte de una concepción autónoma, material, de sanción penal a la hora de delimitar las garantías inherentes al artículo 7 CEDH que no depende, por lo tanto, de criterios puramente formales o de apariencia¹⁰⁴. Según doctrina que el TEDH sentó en el caso *Welch contra Reino Unido* los criterios sustanciales para determinar el concepto de *pena* pasan, en primer lugar, porque la consecuencia aflictiva se derive de una condena por delito. Y, en segundo lugar, de forma cumulativa, deberá ser objeto de consideración la naturaleza de la sanción, su finalidad, su caracterización en la ley nacional, el procedimiento usado tanto en su creación como en su ejecución y su severidad¹⁰⁵.

El supuesto concreto objeto de controversia atañe a si la confiscación (comiso), impuesta a resultados de delitos por tráfico de drogas, debía merecer la consideración de *pena* y, en consecuencia, verse sometida a la prohibición de retroactividad. Y es que la actividad delictiva por la que es condenado el sujeto era previa a la aprobación de la Ley de delitos de tráfico de drogas de 1986 conforme a la cual se le impone la confiscación que podía llegar a acarrear, en caso de impago, responsabilidad personal subsidiaria. La Comisión afirmó por una mayoría exigua la compatibilidad de la confiscación con el

¹⁰¹ ESER, "Artikel 49", 2003, p. 534.

¹⁰² VAN DIJK/VAN HOOFF, *Theory and practice*, 1998, pp. 487 y 488 que sugiere que los hechos concernidos por los principios requieran además de una generalizada incriminación de la conducta en todos o casi todos los Estados, y/o una tal consideración según el derecho internacional, que su carácter punible derive, al mismo tiempo, de algún principio fundamental. Más recientemente, por todos, GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003, p. 393; ESER, "Artikel 49", 2003, pp. 533, sitúan, en la misma línea, la virtualidad del artículo 7.2 en torno a los crímenes de guerra y contra la humanidad.

¹⁰³ Véase las reflexiones sobre la calificación como crimen contra la humanidad respecto de los disparos a muerte en el muro de Berlín en el caso *Streletz, Kessler, Krenz c. Alemania*, Sentencia de 22 de marzo de 2001, Votos Particulares de los jueces *Loucaides* y *Levits*. Subraya, sin embargo, desde una posición crítica, las dificultades a la hora de contar en el estado actual del derecho internacional público con una tipificación suficientemente precisa y consolidada, en particular, respecto de los crímenes contra la humanidad, recientemente, KÖHLER, *Zum Begriff*, 2003, pp. 10 ss., 23 y 26.

¹⁰⁴ Véase VAN DIJK/VAN HOOFF, *Theory and practice*, 1998, pp. 479 y 480; OVEY(JACOBS)/WHITE, *The European Convention*, 2002, pp. 188 y también *supra* apartado II.1A. (artículo 7).

¹⁰⁵ *Welch c. Reino Unido*, Sentencia de 9 de febrero de 1995, apdos. 27 (“autonomía”) y 28 (“criterios”).

artículo 7¹⁰⁶ pero el TEDH va a declarar violada la máxima *nulla poena sine lege*. La Corte, acertadamente, señala que no está en tela de juicio la institución del comiso como tal sino si, de considerarse como una pena a efectos del artículo 7, la ley que la preveía estaba vigente al tiempo de comisión de los hechos. Que la ley era posterior al tráfico de drogas era evidente, la cuestión era, por tanto, si debía conceptuarse como pena. A lo que el TEDH contesta afirmativamente siguiendo en el caso la guía de los criterios señalados. Así la confiscación era consecuencia precisamente de la condena penal por tráfico de drogas. Además la naturaleza y fin del comiso en su regulación concreta respondía no sólo a consideraciones de prevención sino, también, de índole retribucionista. A mayor abundancia los tribunales domésticos interpretaban la confiscación como pena y aunque su severidad no se considera decisiva, otros factores hablaban a favor de su carácter penal: la presunción legal (*iuris tantum*) de que todo bien que pase por las manos del condenado con seis años de antelación a la fecha de comisión del delito tiene que ver con el tráfico; el hecho de que la confiscación según la ley no se dirigía sólo al enriquecimiento actual del condenado sino que se proyectaba sobre todo el proceso de comisión delictiva; el hecho, así mismo, de que la discrecionalidad judicial respecto de la cuantía de la confiscación se hiciera depender del grado de culpabilidad del reo; y, por último, la previsión de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago¹⁰⁷.

El concepto material de sanción penal también abarca a la “prisión sustitutiva” o responsabilidad subsidiaria por impago de multa. La cuestión se suscitó en el caso *Jamil contra Francia* en el que por un delito de tráfico de sustancias ilegales, además de otras penas, se impuso al condenado una pena de multa que podía ser sustituida por prisión en caso de impago. La regulación de dicha responsabilidad personal subsidiaria sufre una modificación posterior a la comisión del delito que endurece el régimen de sustitución por prisión al ampliar su duración máxima de cuatro meses hasta dos años. La Corte de Casación rechaza la apelación contra la sentencia de instancia que argumenta la transgresión de la prohibición de retroactividad precisamente porque niega que la prisión sustitutiva sea una pena¹⁰⁸. El TEDH, sin embargo, considera que se trata efectivamente de una sanción penal a efectos del artículo 7 en la medida en que deriva, en primer lugar, de una condena penal. Pero, además, para argumentar el carácter penal, a diferencia de otras prisiones sustitutivas que en Francia tienen un carácter más asegurativo de deudas, se subraya que en el presente caso la responsabilidad personal subsidiaria como reacción ante el impago tiene una finalidad preventiva y punitiva¹⁰⁹.

Sin embargo cabe excluir a efectos del control garantista de legalidad del artículo 7 CEDH otras sanciones. Así la expulsión de la jurisdicción de un inmigrante ilegal como medida administrativa no se ha considerado pena a estos efectos y, de forma menos categórica, cabe negar la aplicación del artículo 7 CEDH en el caso de una detención preventiva de un reincidente ya que, aunque se derive de una condena penal, se trata de una medida preventiva de futuros delitos antes que una sanción retributiva de hechos pasados¹¹⁰. En la misma línea se ha rechazado que la inclusión en un registro de delincuentes sexuales pueda considerarse una sanción penal aunque tal obligación de

¹⁰⁶ Por mayoría de 7 a 7 gracias al voto de calidad del presidente *Welch c. Reino Unido*, Sentencia 9 de febrero de 1995, apdo. 19.

¹⁰⁷ *Welch c. Reino Unido*, Sentencia de 9 de febrero de 1995, apdos. 29 ss.

¹⁰⁸ *Jamil c. Francia*, Sentencia de 8 de junio de 1995, apdos. 7 ss.

¹⁰⁹ *Jamil c. Francia*, Sentencia de 8 de junio de 1995, apdo. 32.

¹¹⁰ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention*, 1995, pp. 280 y 281.

inscripción y comunicación de modificaciones de nombre o domicilio se deriven de una condena penal. Y es que se considera que la medida presenta una finalidad preventiva de delitos futuros antes que punitiva y tampoco puede considerarse severa¹¹¹.

Más dudas arrojan una serie de supuestos en los que ha quedado abierta la cuestión de su susceptibilidad de control conforme al artículo 7 CEDH.: así, el internamiento en una institución de salud mental de un sujeto con alteraciones psíquicas en atención a la finalidad antes preventiva que punitiva de la medida; o la imposición de costas en las causas penales. Quedan excluidos, sin embargo, los modos de ejecución de la pena (libertad condicional, etc) o incluso la detención preventiva¹¹².

Más allá de supuestos en que se definen los contornos del concepto de sanción penal, en dos sentencias más recientes el TEDH ha hecho aplicación de las garantías fundamentales inherentes al principio de legalidad respecto de penas de prisión. La Corte de Estrasburgo ha condenado en concreto a los Estados de Turquía y España por quiebras, respectivamente, de la prohibición de retroactividad de reformas legales que agravan el delito (caso *Ecer y Zeyrek contra Turquía*, Sentencia de 27 de febrero de 2001) y por la mera transgresión de la nota de *legalidad* de la pena impuesta (caso *Gabbari Moreno contra España*, Sentencia de 22 de julio de 2003). En la sentencia del caso *Ecer y Zeyrek* se analiza la condena por delitos de terrorismo en su modalidad de colaboración y refugio a activistas del PKK (Partido de Trabajadores del Kurdistán) por la actuación de los inculpados como correos de la organización y prestación de ayuda logística. Los hechos de colaboración que se les imputan discurren a lo largo de los años 1988 y 1989 pero a la hora de determinar la pena en concreto se aplica una modificación por Ley de 1991 (sección 5) cuyo efecto era incrementar en la mitad la pena base del artículo 169 del Código Penal turco¹¹³. El TEDH rechaza la argumentación gubernamental que pretende fundamentar la no retroactividad en que los hechos objeto de condena, aunque iniciados en los años 1988 y 1989, fueron llevados a cabo desde entonces y hasta 1993 de forma continuada. Sujetándose la Corte a los hechos probados en el foro doméstico niega tal continuación delictiva y declara, por tanto, la quiebra del principio *nulla poena sine lege* por lo que se refiere al incremento retroactivo de pena que se impuso¹¹⁴.

No ya problemas de retroactividad desfavorable sino de *legalidad* estricta son los que resultan objeto de controversia en el caso *Gabbari Moreno contra España*. La Audiencia Provincial de Madrid condenó, entre otros, a Juan Gabbari Moreno por un delito contra la salud pública por tráfico de heroína (art. 344/344bis a, línea tercera -- *notoria importancia*-- CP 1973) a una pena de prisión de 8 años y 1 día y multa de 101

¹¹¹ Y ello pese a que el no registro era constitutivo de delito y castigado con pena de prisión pero cuya declaración de culpabilidad, se arguía, debía ser objeto de un proceso independiente. Tampoco fueron tomadas en consideración las posibles consecuencias negativas que tal registro podía entrañar mediante el eventual control social intensivo (*vigilante-style attacks*) de la comunidad sobre el inscrito. Véase el caso *Adamson* en OVEY(JACOBS)/WHITE, *The European Convention*, 2002, pp. 188 y 189.

¹¹² Respecto de esta última HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention*, 1995, p. 281, se manifiestan, con dudas, a favor de la aplicación de las garantías del artículo 7 a la detención preventiva cuando se produzca una regulación "esencialmente diferente" que empeore las condiciones retroactivamente. Constatada, sin embargo, por todos, la no aplicación del artículo 7 a la pena privativa de libertad como medida preventiva MEYER-LADEWIG, *Konvention*, 2003, p. 133; véase, también, *supra*, apartado II.1.A.

¹¹³ *Ecer y Zeyrek c. Turquía*, Sentencia de 27 de febrero de 2001, apdos. 8 ss., especialmente 15.

¹¹⁴ *Ecer y Zeyrek c. Turquía*, Sentencia de 27 de febrero de 2001, apdos. 31 ss.

millones de pesetas con responsabilidad personal subsidiaria de 16 días. El condenado, sin embargo, presentaba un cuadro depresivo que dió lugar a la apreciación de una eximente incompleta de enajenación mental (art. 9.1/8.1 CP 1973) que, de conformidad con el artículo 66 CP 1973, obligaba a bajar la pena al menos en un grado y, potestativamente, en dos. El recurrente argumenta que la pena no se bajó en grado contraviniendo el citado artículo 66 e incurriendo en una manifiesta desproporcionalidad en la medida del castigo. Ni el Tribunal Supremo (Sentencia de 3 de junio de 1997) ni el Tribunal Constitucional (Sentencia de 21 de septiembre de 2000) acogieron las pretensiones del reo. El TS argumentó que la pena impuesta no resultaba manifiestamente desproporcionada toda vez que al tratarse de una eximente incompleta su capacidad de discernimiento se ve disminuída, que no anulada, por lo que entiende que el castigo es proporcionado con su grado de culpabilidad. El TC no otorga el amparo solicitado por entender que se trata de una cuestión de estricta legalidad ordinaria sobre la que le está vedado pronunciarse¹¹⁵.

La base penológica sobre la que había que bajar un grado de forma preceptiva era la que se extendía desde Prisión Mayor en su grado mínimo (6 años y 1 día a 8 años) hasta Prisión Mayor en su grado máximo (10 años y 1 día a 12 años) que, de conformidad con el CP 1973, daba lugar después de bajar un grado, a una nueva pena de Prisión Menor en grado medio (2 años 4 meses y 1 día a 4 años y 2 meses) a Prisión Mayor en grado mínimo (6 años y 1 día a 8 años). El tribunal de instancia, como reconoce el propio Gobierno en su descargo ante el TEDH¹¹⁶, cometió un error material de añadir <<1 día>> a la pena de prisión de 8 años una vez que había decidido previamente exacerbar el marco punitivo hasta el límite máximo que le permitía la discrecionalidad judicial (Prisión Mayor en grado mínimo: hasta 8 años). El TEDH centra su fallo precisamente en la necesidad de corregir dicho error material por vía judicial, no dándose por satisfecho con el reconocimiento gubernamental del mismo. Renuncia por tanto, expresamente, a un control de proporcionalidad que hubiera versado sobre la procedencia de exacerbar el marco penal (hasta 8 años) aludiendo que su labor de control, más allá de especulaciones, debe restringirse a garantizar la seguridad jurídica inherente al principio de legalidad. Por ello entiende que es obligada una rectificación del *quantum* de la pena pronunciada en cuanto infringe --por un día-- el marco posible a la luz de la normativa vigente. El TEDH declara, en consecuencia, la violación del artículo 7 CEDH¹¹⁷.

Respecto del mandato de taxatividad en el ámbito concreto de la pena no se requiere que la sanción esté perfectamente individualizada hasta en sus últimos detalles, ni que se haga una enumeración exhaustiva de todas las alternativas. Basta, por tanto, como es habitual en la mayoría de los sistemas jurídicos, que venga explicitado el máximo de pena a imponer en el caso de que se cometa la infracción en cuestión. Con todo, si tal máximo no estuviera determinado no cabría aparentemente cuestionar siquiera si una reforma legal posterior endurece el castigo a menos que la nueva disposición tuviera prevista una sanción de naturaleza diferente. En caso de ausencia de máximo legal determinado la referencia debería ser la pena que habitualmente fuera impuesta para el delito en cuestión dentro del foro doméstico o la que fuera razonablemente previsible para el autor en tales circunstancias¹¹⁸.

¹¹⁵ *Gabbari Moreno c. España*, Sentencia de 22 de julio de 2003, apdos. 8 ss.

¹¹⁶ *Gabbari Moreno c. España*, Sentencia de 22 de julio de 2003, apdo. 21.

¹¹⁷ *Gabbari Moreno c. España*, Sentencia de 22 de julio de 2003, apdos. 30 a 34.

¹¹⁸ VAN DIJK/VAN HOOFF, *Theory and practice*, 1998, pp. 483 y 484.

BIBLIOGRAFIA

- BERNARDI, Alessandro, "Art. 7 Nessuna pena senza legge", BARTOLE, Sergio/CONFORTI, Benedetto/RAIMONDI, Guido, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padua, 2001, pp. 249-306.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, tecnos, Madrid, 2003.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Universidad Complutense, Madrid, 2000.
- ESER, Albin, "Artikel 49", MEYER, Jürgen (ed.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 532-547.
- FROWEIN, Jochen Abr., "Artikel 7 Nulla poena sine lege", FROWEIN, Jochen Abr./PEUKERT, Wolfgang, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Engel, Kehl/Straßburg/Arlington, 1996, pp. 321-328.
- GRABENWARTER, Christoph, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Beck, München, 2003.
- HARRIS, D.J./O'BOYLE, M./WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London/Dublin/Edinburgh, 1995 (reimpresión 1999-2000).
- KÖHLER, Michael, "Zum Begriff des Völkerstrafrechts", *Jahrbuch für Recht und Ethik* 2003 (en prensa).
- MEYER-LADEWIG, Jens, *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Handkommentar*, Nomos, Baden-Baden, 2003.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2002.
- OVEY, Clare(JAKOBS)/WHITE, Robin, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, tecnos, Madrid, 2001.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, Beck, München, 1997.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Beck, München, 2003.
- VIDALES RODRIGUEZ, Caty, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, tirant lo blanch, Valencia, 2001.