

**DE KONONOV A VASILIAUSKAS Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
PENAL A LA LUZ DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS
HUMANOS: O POR QUÉ ACIERTA EN SU ANÁLISIS EL VOTO
PARTICULAR DEL JUEZ PINTO DE ALBUQUERQUE EN EL ASUNTO
*ILNSEHER C. ALEMANIA***

**FROM KONONOV TO VASILIAUSKAS AND THE LEGALITY PRINCIPLE IN THE CONTEXT
OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: OR WHY IS CORRECT THE
DISSENTING OPINION OF JUDGE PINTO DE ALBUQUERQUE IN THE CASE *ILNSEHER V.
GERMANY***

Francisco Salvador de la Fuente Cardona
Investigador predoctoral
Universidad Complutense de Madrid (España)

Fecha de recepción: 18 de octubre de 2020.

Fecha de aceptación: 23 de noviembre de 2020.

RESUMEN

Las siguientes líneas persiguen un objetivo muy concreto: poner en cuestión uno de los modos de aproximación a la garantía criminal que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llevado a cabo. La jurisprudencia del alto tribunal en su examen del principio de legalidad penal ha otorgado un peso importante al concepto normativo «previsibilidad». Tanto, que la conformidad o violación del Convenio se ha llegado a sustentar en esta categoría. Ahora bien, algunos de los requisitos que se subsumen en este concepto normativo distan de satisfacer el contenido garantista tradicionalmente atribuido al mismo. Una comparación de los asuntos *Kononov c. Letonia* y *Vasiliauskas c. Lituania* permite poner de manifiesto esta divergencia de razonamientos.

ABSTRACT

The following text pursues a very specific purpose: to question one of the approaches to the criminal guarantee that the European Court of Human Rights has carried out. The case law of the court in its examination of the principle of legality has given significant weight to the normative concept of "foreseeability". So much so that

the conformity or violation of the Convention has been supported in this category. Unfortunately, some of the requirements that are subsumed in this normative concept are far from satisfying the guarantee content traditionally attributed to it. An examination of the cases *Kononov v. Latvia* and *Vasiliauskas v. Lithuania* makes it possible to highlight this divergence of reasoning.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal, principio de legalidad, garantía criminal, previsibilidad.

KEYWORDS

Criminal law, principle of legality, criminal guarantee, foreseeability.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL A LA LUZ DE LOS ORDENAMIENTOS CONTINENTALES Y DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: CAMBIO DE PREMISA. 3. DOS MODOS DE AFRONTAR LA DEFICIENCIA DE FUENTES NORMATIVAS ESCRITAS: ASUNTOS KONONOV C. LETONIA Y VASILIAUSKAS C. LITUANIA. 3.1. Sentencia de la Gran Sala del TEDH en el asunto *Kononov c. Letonia*, de 17 de mayo de 2010. 3.2. Sentencia de la Gran Sala del TEDH en el asunto *Vasiliauskas c. Lituania*, de 20 de octubre de 2015. 4. EL VOTO PARTICULAR DEL JUEZ PINTO DE ALBUQUERQUE EN EL ASUNTO *ILNSEHER C. ALEMANIA*: SE CONFIRMAN LOS RECELOS DOCTRINALES. 5. CONCLUSIONES. 6 BIBLIOGRAFÍA CITADA.

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2. THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN THE CONTEXT OF THE CIVIL LAW AND THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: A CHANGE OF PREMISE. 3. TWO WAYS OF FACE UP THE DEFICIENCY OF WRITTEN LAW SOURCES: KONONOV V. LATVIA AND VASILIAUSKAS V. LITHUANIA. 3.1. Judgment of the Grand Chamber of the ECHR in the case *Kononov v. Latvia*, of May 17, 2010. 3.2. Judgment of the Grand Chamber of the ECHR in the case *Vasiliauskas v. Lithuania*, of October 20, 2015. 4. THE DISSENTING OPINION OF JUDGE PINTO DE ALBUQUERQUE IN THE CASE *ILNSEHER V. GERMANY*: THE DOCTRINAL SUSPICIONS ARE CONFIRMED. 5. CONCLUSIONS. 6 CITED BIBLIOGRAPHY.

La presente contribución fue presentada en noviembre de 2020 como comunicación en el Seminario internacional «Derecho Penal y Derechos Humanos» en homenaje al profesor Llobet Rodríguez. No quiero dejar de expresar mi agradecimiento a la organización por la oportunidad de compartir estas breves reflexiones.

1. INTRODUCCIÓN.

El principio de legalidad penal fue una de las principales victorias del movimiento intelectual que, asumiendo cierta generalización, podemos etiquetar como «ilustrado». Durante la segunda mitad del siglo XVIII los ideales reformistas fueron permeando en los escritos de un cualificado y abundante número de criminalistas en el corazón de Europa occidental. Entre estos ideales estaría presente, en alguno de ellos, el deseo de asegurar el conocimiento del Derecho penal a sus destinatarios y de reducir la arbitrariedad en su aplicación, lo que fue recogido en 1764 en el célebre programa político criminal de Cesare Bonesana, marqués de Beccaria¹. El triunfo de la Revolución francesa fue la oportunidad para trasladar al ordenamiento positivo esta aspiración y, así, los artículos 7 y 8 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano acogieron el principio de legalidad penal en sus dos principales manifestaciones: la garantía criminal y la garantía penal². Junto con las notas de secularización y humanización, los esfuerzos codificadores de comienzos de siglo XIX favorecieron la progresiva incorporación del principio de legalidad al ordenamiento punitivo. En el ámbito penal de influencia alemana, como es nuestro país, es ineludible la referencia al precursor artículo 2 del título preliminar del Código Penal de Baviera de 1813, que recogía con claridad una formulación bastante completa del mismo³. Y es que el encargo definitivo de la redacción de este código había sido asumido por el insigne filósofo del Derecho y penalista Paul Johann Anselm von Feuerbach, que tiene el mérito de anudar el principio de legalidad penal a su teoría de la pena como coacción psicológica⁴. A partir de este periodo reformista, y no sin

¹ BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Carlos III, Madrid, 2015, p. 21, «sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social»; cfr. HOMMEL, C.F., *Philosophische Gedanken über das Criminalrecht*, Breslavia, 1784, pp. 1 y ss., ante la crueldad del Derecho penal común en Alemania se preocupa más por humanizar el Derecho penal con apoyo de la filosofía que en el principio de legalidad: «en los últimos tiempos agradecemos [a la filosofía] que mucho en el Derecho positivo es determinado e ilustrado más correctamente».

² «Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la Ley y en la forma determinada por ella...» (art. 7); «la Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente» (art. 8). Cfr. introductorio sobre su ausencia en la Constitución española de 1812, CANOSA USERA, R., «Derechos y libertades en la Constitución de 1812», *Revista de Derecho Político*, núm. 82, 2011, p. 177.

³ «Los delitos [Verbrechen] y los delitos menores [Vergehen] que sean investigados o se resuelvan tras la fecha fijada [01/10/1813] deben ser juzgados conforme al código actual, aunque se hubiesen cometido antes de su entrada en vigor, excepto si tales hechos eran amenazados por una ley vigente al tiempo de la comisión con una pena determinada más suave que la prescrita por el código actual...».

⁴ GRECO, L., *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Duncker & Humblot, Berlín, 2009, p. 51; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 30.

algunos oscuros retrocesos⁵, el principio de legalidad penal se conformará como un límite al poder punitivo estatal, a la arbitrariedad, en una garantía para el ejercicio de nuestra ciudadanía en libertad, en fin, en requisito para poder hablar de la justicia de una condena.

Durante el siglo XIX y comienzos del siglo XX, el principio de legalidad penal se convertirá en una de las reclamaciones del liberalismo político y su observancia en la práctica de los tribunales no será menospreciable. A lo largo de todo este tiempo y hasta el final de la segunda guerra mundial, el principio de legalidad penal se examinaba en la relación entre individuo y Estado. Sin embargo, los brutales y sangrientos conflictos entre las potencias estatales, el terror penal que atestiguaba la experiencia nacionalsocialista en Alemania y el renacer de la metáfora contractual, del Estado instrumento al servicio de la libertad individual, otorgaron a partir de 1945 (i) un renovado impulso a la idea de legalidad penal y (ii) la toma de conciencia sobre la necesidad de llegar a compromisos internacionales para controlar la relación y el ejercicio de poder entre el Estado y sus ciudadanos. Ello dio lugar a la formación de una nueva rama del Derecho internacional público: el Derecho internacional de los derechos humanos. Los propios Estados decidieron establecerse límites a sí mismos y humanizar el ejercicio del poder. En esta tarea los Estados de Europa o con vocación europea fueron pioneros y, a través de la organización internacional Consejo de Europa, aprobaron en 1950 el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). El CEDH recogió en su art. 7 el principio de legalidad penal, esto es, los Estados parte se obligaron a aplicar dicho principio en la impartición de justicia penal⁶. Y para su control crearon, al poco tiempo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

La referencia a la Revolución francesa permite intuir que el origen del principio de legalidad penal se conecta con la vocación codificadora y con un concreto sistema de fuentes del Derecho en el que la ley escrita emerge como soporte central. El presupuesto sobre el que se vertebran las garantías que dicho principio ofrece a los ciudadanos reside en la existencia de una ley escrita. En gran medida herencia cultural del Imperio napoleónico, el sistema de fuentes de los Estados de Europa occidental y central, en menor medida en Reino Unido⁷, santificará la ley escrita en materia penal durante los siglos XIX y XX. En cambio, en el ordenamiento internacional el sistema de fuentes formales que la voluntad de los Estados había ido forjando era, sin duda, mucho menos rígido y la presencia de normas escritas no era una condición para afirmar la existencia de Derecho. Como recoge el art. 38.1 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, las fuentes del ordenamiento internacional público son, en

⁵ HENKEL, H., *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat. Die geistigen Grundlagen*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1934, p. 48, tránsito del *nullum crimen sine lege* al *nullum crimen sine poena*. La instauración del terror penal en Alemania durante el periodo nacionalsocialista necesitaba derribar el principio de legalidad penal. En 1935 se operó legalmente lo que la práctica venía avanzando: «será sancionado quien cometa un hecho que la ley declare punible o que, de acuerdo con las ideas fundamentales de la ley o *el sano sentimiento del pueblo*, merezca castigo» (nueva redacción, § 2 StGB).

⁶ Se siguió la estela de lo que dos años antes había hecho la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11) en el seno de Naciones Unidas.

⁷ Cfr. BIRNBAUM, J. M. F., «Bemerkungen über einige zum Behufe der Lehre von der Rechtskenntniss gemachte Einteilung der Verbrechen und Strafgesetze», *Neues Archiv des Criminalrechts*, Vol. XI, 1830, p. 122, advertía las amplias facultades, incluso creadoras, del tribunal superior de justicia escocés.

plano de igualdad, los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del Derecho. Encontramos aquí una de las causas que dificulta el traslado del principio de legalidad penal, en todo su contenido garantista, a la interpretación de los textos internacionales de protección de derechos humanos. El artículo 7 del CEDH recoge que «nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el *derecho nacional o internacional*» (cursivas nuestras). El CEDH se abre al Derecho internacional y a su sistema de fuentes, lo que cambiará el presupuesto (*lex scripta*) sobre el que inicialmente se vertebró el principio de legalidad en los ordenamientos nacionales y condicionará cuándo se podrá dar por satisfecho dicho principio en la impartición de justicia penal por los Estados.

Atendido este cambio de presupuesto, conviene precisar que el objeto de estudio que motiva las siguientes líneas se acota al análisis de la garantía criminal en tanto manifestación del principio de legalidad penal a la luz del CEDH⁸. Las primeras preguntas que debemos formular rezan como sigue: (1) ¿cuáles son las garantías ampliamente reconocidas con base en el principio de legalidad en los sistemas continentales o de *civil law*?; (2) ¿coincide esta formulación del principio de legalidad penal con la interpretación obtenida a la luz del CEDH?; y (3) si la respuesta a la anterior pregunta es afirmativa, ¿a través de qué construcción jurídica sustitutiva de la *lex scripta* se ha equiparado el contenido garantista?

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL A LA LUZ DE LOS ORDENAMIENTOS CONTINENTALES Y DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: CAMBIO DE PREMISA.

En las últimas décadas, los sistemas constitucionales y los códigos penales de cada vez más Estados han ido incorporando el principio de legalidad⁹. Colocado nuestro foco de atención en el seno de Europa, una aproximación a las garantías procedentes del principio de legalidad penal en el ordenamiento español bastará para ofrecer una imagen bastante fidedigna de aquello a que se aspira con su reconocimiento en los ordenamientos continentales o de *civil law* de nuestro entorno cultural. No podemos negar que existen diferentes matices, a veces no solo terminológicos, en atención al desarrollo experimentado en otros ordenamientos, como el italiano. Pero a los efectos expositivos de este trabajo, cuya lupa se pone en la interpretación del art. 7.1 del CEDH, creemos adecuado quedarnos con una visión panorámica del plano nacional.

Nos podemos adherir a la descripción de las notas del principio de legalidad penal que el profesor Lascuráin Sánchez ha precisado recientemente: este principio «sostiene en esencia que no puede pensarse a nadie sin previo aviso de que la pena es una consecuencia jurídica prevista para su comportamiento y que la cuestión relativa a

⁸ Se deja para otra ocasión el estudio de la garantía penal regulada en el art. 7.1 segundo inciso del CEDH.

⁹ GALLANT, K. S., *The principle of legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2009, pp. 241 y ss., «actualmente, prácticamente todos los Estados han aceptado la prohibición de retroactividad de los delitos y de las penas... salvo dos miembros de Naciones Unidas [Bután y Ciudad del Vaticano], todos aceptan la irretroactividad general de los delitos y de las penas a través de disposiciones constitucionales, legales, de tratados internacionales o en alguna combinación de estas tres formas legales...».

qué comportamientos deben pensarse y cómo deben pensarse es una cuestión de la organización colectiva tan trascendente que solo deberán decidirla los representantes directos de los ciudadanos... Y, para no dejar escapar por la ventana lo que tanto costó introducir por la puerta, requiere también que el juez esté estrictamente vinculado a la ley»¹⁰. Las manifestaciones del principio de legalidad serían, por tanto, (i) la necesidad de tipificación de los delitos en leyes formales y escritas, con la consiguiente exclusión del Derecho consuetudinario (*lex scripta*)¹¹; (ii) la certeza en la amenaza penal, esto es, claridad y determinación de las descripciones típicas, el ciudadano debe poder inteligir el mandato penal, qué puede o qué no puede hacer (*lex certa*)¹²; (iii) la prohibición de que los jueces creen Derecho y de que practiquen una aplicación analógica (*lex stricta*)¹³; y (iv) la prohibición de aplicación retroactiva. De poco serviría garantizar leyes escritas y precisas si el ciudadano no puede ser motivado por ellas, en tanto se vea asaltado sorpresivamente por una norma no vigente al tiempo de conducir su comportamiento (*lex praevia*)¹⁴.

Como vemos, esta construcción se vertebra sobre la existencia de una ley escrita que debe ser previa, cierta y que vincula al juez en la aplicación del ordenamiento. Sin embargo, el art. 7.1 primer inciso del CEDH establece que nadie podrá ser condenado por un comportamiento que, al tiempo de la comisión, no constituya una infracción según el *derecho nacional o internacional*. El TEDH va a tener que ejercer su labor de control del respeto al principio de legalidad penal en el ejercicio del ius puniendi estatal considerando que los Estados pueden castigar comportamientos considerados delictivos tanto en el orden interno como en el ordenamiento internacional. La intuición nos sugiere, como la práctica nos confirmará enseguida, que lo anterior ha podido ser fuente de tensiones en la evaluación de la conformidad de una condena estatal con el principio de legalidad penal cuando el tribunal estatal se haya apoyado en normas internacionales, porque puede haber recurrido a normas no escritas. Se podrá objetar que esta hipótesis es poco verosímil porque las codificaciones penales estaban ya muy avanzadas en la segunda mitad del siglo XX, cuando dio comienzo este control supraestatal. No obstante, hay un grupo de casos, los más graves, en los que las jurisdicciones estatales se han podido ver

¹⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., FAKHOURI GÓMEZ, Y., «Principios del Derecho Penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del Derecho Penal», en *el mismo* (Coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, AEBOE, Madrid, 2019, p. 51.

¹¹ No obstante, se permiten las leyes penales en blanco bajo precisas condiciones expresadas por el Tribunal Constitucional. También han surgido dudas sobre la reserva de ley, si es reserva de ley ordinaria u orgánica: LAMARCA PÉREZ, C., «Principio de legalidad penal», *Eunomía*, núm. 1., 2012, p. 159.

¹² CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*³, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 131.

¹³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal», en PÉREZ MANZANO, M., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 123, el principio de tipicidad consiste en una «actuación del juez que se ajuste a la semántica del enunciado y que se rija por los valores constitucionales y por métodos aceptados de interpretación».

¹⁴ SCOLETTA, M., «El principio de legalidad europeo», en DÍEZ PICAZO, L., NIETO MARTÍN, A. (Coord.), *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Madrid, 2010, p. 252, «la libertad individual se tutela [con esta garantía] en tanto posibilidad de orientar racionalmente los propios comportamientos vitales conforme a las valoraciones de desvalor expresadas por el ordenamiento jurídico vigente».

tentadas o empujadas a fundamentar en normas de Derecho internacional la existencia de una norma penal aplicable: esto es, en los supuestos de graves crímenes internacionales.

Antes de adentrarnos en este grupo problemático, es necesario repasar las notas que la jurisprudencia del TEDH atribuye constantemente al principio de legalidad. Con carácter general, se puede afirmar que la configuración que ha desarrollado el alto tribunal aspira a ser bastante exhaustiva, aunque no siempre lo consiga, lo que no puede sorprender porque el art. 7 es uno de los pocos preceptos que los Estados parte no pueden derogar en tiempos de guerra o emergencia (art. 15). El tribunal reconoce expresamente tres de las cuatro garantías que hemos atribuido al principio de legalidad en ordenamientos continentales como el nuestro. Un Estado parte habrá respetado la garantía criminal en la atribución de responsabilidad penal cuando (i) la definición de los tipos penales sea clara (*lex certa*)¹⁵, (ii) el juez se haya sujetado a la normal penal, esto es, se prohíbe la construcción extensiva de los tipos y el uso de la analogía contra reo (*lex stricta*)¹⁶, y (iii) se haya aplicado la norma vigente al tiempo de la comisión de los hechos, no cabe la aplicación retroactiva desfavorable (*lex praevia*)¹⁷.

Ahora bien, este esquema de garantías depende en buena medida de la letra-contenido de la norma, su identificación es lo que nos permite saber si hay claridad, si el juez se ha ajustado a ella y si la norma estaba en vigor al tiempo de los hechos. Como hemos advertido, teniendo en cuenta que es admisible el Derecho internacional con su variedad de fuentes formales (tratados, costumbre y principios generales) y que hay ordenamientos del *common law* con menor tradición codificadora adheridos al CEDH, el alto tribunal ha afirmado que Derecho a la luz del Convenio puede ser, en atención a su forma, tanto el escrito como el no escrito¹⁸, y, en atención a su origen, tanto el de origen legislativo como el de origen judicial¹⁹. Ante la ausencia de una *lex scripta*, el TEDH ha establecido que sea cual fuere el ámbito de vigencia del Derecho que se dice aplicable (nacional o internacional), sea cual fuere su forma (escrito o no escrito) y sea cual fuere su origen (legislativo o judicial), las normas que tipifican delitos deben ser «previsibles»²⁰.

El problema objeto de nuestra atención a partir de este momento reside en que el examen de la previsibilidad de una norma penal se ha llevado a cabo de dos modos

¹⁵ STEDH de 23 de julio de 2013 (Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia), par. 779, «it follows that the offences and the relevant penalties must be clearly defined in law».

¹⁶ STEDH de 25 de septiembre de 2009 (Liivik c. Estonia), par. 92, «it also lays down the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy».

¹⁷ STEDH de 22 de junio de 2000 (Coëme y otros c. Bélgica), par. 145, «it prohibits in particular extending the scope of existing offences to acts which previously were not criminal offences».

¹⁸ STEDH de 20 de octubre de 2015 (Vasiliauskas c. Lituania), par. 154.

¹⁹ STEDH de 23 de julio de 2013 (Khodorkovskiy c. Chipre), par. 139.

²⁰ Muy especialmente, las garantías *lex certa* y *lex stricta* son examinadas a través de la noción de previsibilidad. Los casos aquí abordados plantean supuestos en los que las fuentes escritas son insuficientes, pero esta noción también se emplea para evaluar casos en los que entra en juego una norma escrita. Asimismo, a veces se introduce el requisito de la «accesibilidad», que se da por satisfecho con la publicación oficial de la norma aplicable o de la jurisprudencia. Sobre ello: TIMMERMAN, M., *Legality in Europe. On the principle nullum crimen, nulla poena sine lege in EU law and under the ECHR*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 82 y ss.

distintos. Por un lado, distinguimos una aproximación objetiva a la previsibilidad en la que se toma en cuenta el contenido de la disposición legal aplicada, la labor jurisprudencial de interpretación, que siempre admitiría cierta aclaración gradual²¹, y la esencia del delito. Sin embargo, por otro lado, encontramos una aproximación subjetiva en la que el tribunal se introduce en la esfera de cognición del justiciable para desvirtuar dicho examen, pues accede a tener en cuenta «el número y estatus» de los destinatarios. Lo que a veces complementa con consideraciones sobre la «grave naturaleza» del delito en que se subsume la conducta del condenado.

Este segundo modo de examinar la previsibilidad del Derecho aplicable nos parece erróneo porque no satisface el fundamento garantista que subyace al principio de legalidad, sede en la que se evalúa la existencia y cualidad en abstracto del Derecho aplicable para el común de los destinatarios. En los casos en que no se identifica una norma escrita aplicable, el tribunal tendrá que poder encontrar en la práctica estatal legislativa y judicial indicios de la existencia de fuentes no escritas que otorguen al contenido de la norma de conducta cierta previsibilidad objetiva, es decir, estos indicios deben demostrar que existía un Derecho penal aplicable al caso y alumbrar las notas esenciales del mismo. La publicidad que ofrecía la ley escrita solo se satisface si el contenido de la norma, que se dice existente, es objetivamente previsible.

Esta imaginativa búsqueda de un sustitutivo de la *lex scripta* que facilite el examen de las restantes garantías ha puesto al TEDH contra las cuerdas cuando se ha tratado de confirmar la observancia del principio de legalidad ante condenas por crímenes internacionales ocurridos, precisamente, durante la segunda guerra mundial o en los años inmediatamente posteriores, cuando su codificación era muy reciente y la formulación de tales crímenes a través de una posible costumbre internacional se hallaba, más bien, *in status nascendi*. Casos en los que, a su vez, la más elemental noción de justicia dictaba que no debían quedar impunes. Las sentencias *Kononov c. Letonia* y *Vasiliauskas c. Lituania* son dos buenos ejemplos para contrastar estas dos aproximaciones al examen de la previsibilidad de una norma penal como condición para la satisfacción del principio de legalidad a la luz del CEDH. ¿Por qué ambas aproximaciones no responden al mismo fundamento garantista?

3. DOS MODOS DE AFRONTAR LA DEFICIENCIA DE FUENTES NORMATIVAS ESCRITAS: ASUNTOS KONONOV C. LETONIA Y VASILIAUSKAS C. LITUANIA.

3.1. Sentencia de la Gran Sala del TEDH en el asunto *Kononov c. Letonia*, de 17 de mayo de 2010.

Vasiliy M. Kononov (1923-2011) fue un ciudadano de nacionalidad letona y rusa que, en 1942, tras la invasión de las repúblicas bálticas por el ejército nacionalsocialista, entró a formar parte del ejército soviético. En 1943 se incorporó a un comando soviético de partisanos que tenía como objetivo sabotear las instalaciones militares, las líneas de comunicación y los puntos de abastecimiento del ejército alemán en una zona de Bielorrusia próxima a la frontera con Letonia, precisamente,

²¹ Sobre la compatibilidad del art. 7 CEDH con las interpretaciones judiciales desfavorables (en atención a interpretaciones previas): GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre el principio de legalidad penal y su alcance. De la previsibilidad como componente de la legalidad», en PÉREZ MANZANO, M., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 328 y ss.

límite con la región donde había nacido. Los hechos que motivaron la condena por los tribunales letones y la subsiguiente demanda ante el TEDH fueron objeto de controversia. La Gran Sala toma por probados los hechos confirmados por los tribunales nacionales en los siguientes términos: en mayo de 1944 el ejército alemán descubrió y aniquiló a un grupo de partisanos soviéticos en los alrededores de la localidad letona de Mazie Bati. Kononov y su unidad sospecharon que los lugareños habían espiado a los partisanos soviéticos siguiendo instrucciones del ejército alemán, por lo que decidieron tomar represalias contra ellos. Vestidos con los uniformes del ejército alemán, el 27 de mayo de 1944 Kononov y su grupo de partisanos entraron en Mazie Bati con actitud hostil. Ha sido probado que los habitantes de la localidad no estaban armados, que se estaban preparando para celebrar pentecostés, que fueron asesinados un total de nueve personas, entre ellas una mujer embarazada, y que quemaron varias granjas propiedad de los habitantes. Pese a lo que afirmaba el demandante, no se ha podido demostrar que alguno de los asesinados fuese policía auxiliar alemán (*Schutzmannen*) ni que la operación partisana respondiese a una orden de un tribunal soviético para juzgar a los supuestos espías²². En sentencia de 30 de abril de 2004, estos hechos fueron condenados como crimen de guerra y fue atribuida responsabilidad penal a Kononov, en tanto comandante oficial del grupo. En sentencia del Tribunal Supremo letón de 28 de septiembre de 2004 fue rechazado el recurso del ahora demandante.

Lo anterior motivó que Kononov denunciase ante el TEDH la violación de una serie de derechos fundamentales previstos en el CEDH, dándose trámite a la posible vulneración del art. 7 que, como hemos dicho, recoge el principio de legalidad penal. En sentencia de 24 de julio de 2008 el alto tribunal declaró que había habido violación de su derecho fundamental a la legalidad penal, lo que fue recurrido ante la Gran Sala por Letonia, siendo objeto de nuestra atención este último fallo. La Gran Sala reconoció que la condena de los tribunales internos solo pudo haberse dictado a la luz del Derecho internacional vigente al tiempo de los hechos, porque la legislación interna no conduciría a tal calificación como crimen de guerra, lo que planteó dos cuestiones principales. Primero, si había una base legal suficientemente clara en 1944 para condenar al demandante por dichos crímenes de guerra. Y, segundo, si existiendo esa base, la condena era previsible.

(i) En cuanto a la base legal para condenar por un crimen de guerra, existían dudas sobre (a) la posibilidad de poder atribuir directamente responsabilidad penal a un individuo con base en el Derecho internacional, como norma *self executing*; y, confirmado lo anterior, (b) si existía una definición de las conductas constitutivas de crímenes de guerra previa al Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg.

La primera duda planteaba si a la luz de la costumbre internacional y de los instrumentos legales aprobados desde mediados del siglo XIX, se podía derivar la existencia de responsabilidad penal individual o si, por el contrario, el Derecho internacional se limitaba a atribuir responsabilidad a los Estados. Para el TEDH empujaría a favor de la primera tesis, junto con algunos antecedentes a nivel nacional, la IV Convención de la Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, que habría cristalizado las leyes y costumbres de la guerra en aquel

²² TEDH de 17 de mayo de 2010 (Kononov c. Letonia), par. 15-24.

momento. Asimismo, tras la primera guerra mundial y durante la segunda guerra mundial, el trabajo de la Comisión Internacional y de la Comisión de crímenes de guerra de Naciones Unidas habría ofrecido contribuciones significativas para el desarrollo del principio de responsabilidad penal individual en Derecho internacional. Por último, la Gran Sala destaca que el Estatuto del TMI de Núremberg de 1945 proporcionó una definición no exhaustiva de conductas subsumibles en los crímenes de guerra y que este reconoció que las reglas humanitarias previstas en la Convención de La Haya de 1907 debían ser vistas como declarativas del estado de las leyes y costumbres de la guerra en 1939, siendo que las violaciones de tales provisiones podrían dar lugar a responsabilidad penal del individuo por violación del Derecho internacional. El TEDH considera, por tanto, que «en mayo de 1944 los crímenes de guerra eran definidos como actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra y que el Derecho internacional había definido los principios básicos subyacentes a tales crímenes, así como un rango extenso de actos que los constituyen. Los Estados estaban habilitados (sino requeridos) a tomar pasos en el castigo de individuos por tales crímenes»²³. La imposición de responsabilidad penal al individuo conforme al ordenamiento internacional ya sería posible en 1944.

El alto tribunal también examina si existió base legal contemporánea suficientemente clara para delimitar los crímenes de guerra que habían sido imputados a Kononov. La Gran Sala apunta al art. 23 del anexo de la Convención de la Haya de 1907, relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, para identificar el carácter criminal de los hechos ocurridos en Mazie Bati. El art. 23 (b) prohibía matar o herir «a traición» a individuos pertenecientes al ejército o nación hostil, lo que se podía observar en el uso engañoso que hicieron del uniforme alemán. Y el art. 23 (c) prohibía matar o herir al combatiente que se ha rendido y que se ha declarado fuera de combate. Tanto si los habitantes de la localidad eran considerados civiles como combatientes, las condiciones de su ejecución habrían violado las leyes y costumbres de la guerra que protegen al enemigo rendido y, en este caso, desarmado. Asimismo, recuerda que el asesinato de una mujer embarazada se califica constantemente como crimen de guerra desde el embrión codificador estadounidense de 1863 (Lieber Code).

(ii) La segunda gran cuestión que el tribunal tuvo que dilucidar fue si, a la luz del Derecho internacional que se afirmó aplicable al caso, la condena por crímenes de guerra era «previsible». Las alegaciones que el demandante había hecho advertían que la Gran Sala se vería tentada a desviarse del examen de la previsibilidad objetiva, como así ocurrió. La defensa de Kononov excedió en sus alegaciones el examen de la cualidad del Derecho aplicable al caso y afirmó que «simplemente era imprevisible que fuese procesado por crímenes de guerra. Su proceso no tenía precedentes: fue la primera vez que un soldado, luchando contra las fuerzas del eje, se encontró a sí mismo acusado casi cincuenta años más tarde... *él nunca pudo haber imaginado* que Letonia consideraría décadas después que había sido ocupada ilegalmente por la URSS y que sus acciones serían consideradas criminales» (cursivas nuestras)²⁴. Con otras palabras, «en 1944 él [Kononov] era un joven soldado en una situación de combate detrás de la línea enemiga y *distanciado* de los desarrollos internacionales descritos,

²³ STEDH de 17 de mayo de 2010 (Kononov c. Letonia), par. 213.

²⁴ STEDH de 17 de mayo de 2010 (Kononov c. Letonia), par. 168.

en tales circunstancias *no pudo haber previsto* que los hechos por los que ha sido condenado podían haber constituido crímenes de guerra»²⁵ (cursivas nuestras).

Las consideraciones sobre las creencias, representaciones y conciencia de la antijuridicidad de un comportamiento no son objeto de estudio en sede de legalidad penal. No obstante, esta argumentación de la defensa de Kononov condicionó el razonamiento de la Gran Sala al hilo del carácter previsible de la condena, pues su atención no solo se dirigió al Derecho internacional vigente en 1944. Tratando de responder a la defensa, el TEDH insiste en admitir tanto una aproximación objetiva como subjetiva al concepto de previsibilidad, pues este «depende en grado considerable del contenido del instrumento en cuestión, el campo designado a cubrir y *el número y estatus de aquellos a que se dirige*. Las personas que ejercen una actividad profesional tienen que proceder con un grado elevado de precaución cuando ejercen su ocupación y puede ser esperado que tomen un cuidado especial en la evaluación de los riesgos que tal actividad conlleva» (cursivas nuestras)²⁶. Esto conduce a que el TEDH entienda que se ha respetado el principio de legalidad penal por razones ajenas a la vigencia y cualidad del Derecho presuntamente aplicable: teniendo en cuenta la posición del autor como «oficial militar al mando» y la «naturaleza flagrantemente ilegal» de los hechos, incluso la más fugaz reflexión de Kononov habría advertido que tales comportamientos corrían el riesgo de ser contrarios a las leyes y costumbres de la guerra en 1944, particularmente, como crímenes de guerra, y que, en tanto comandante, se le podía hacer responsable penal. Al atender a su posición en la organización de partisanos y a la grave naturaleza de los delitos cometidos, el tribunal mezcla la pregunta sobre la previsibilidad objetiva del Derecho aplicable (su vigencia y cualidad) con otra cuestión: si atendidas las circunstancias era previsible (más bien, exigible) que Kononov se representase la posibilidad de ser condenado.

Aunque el tribunal había señalado con anterioridad que «las leyes y costumbres internacionales de la guerra en 1944 eran suficientes, por sí mismas, para hallar responsabilidad penal individual», lo cierto es que el vaivén argumental y el salto a la esfera de cognición del demandante son una buena prueba de la tensión que se vivió en su seno ante la insuficiencia de las fuentes normativas internacionales. No sorprende que el voto particular del juez Costa, al que se adhirieron dos jueces más, observe esa falta de claridad tanto en el Derecho internacional como en el ordenamiento interno. A su juicio, exclusivamente a la luz del Derecho que se dice aplicable, sí ha habido violación del art. 7 del CEDH²⁷.

3.2. Sentencia de la Gran Sala del TEDH en el asunto *Vasiliauskas c. Lituania*, de 20 de octubre de 2015.

Vytautas Vasiliauskas es un ciudadano lituano nacido en 1930. Se tiene por probado que, tras la derrota del ejército alemán, colaboró y formó parte de las estructuras policiales comunistas en la República Socialista Soviética de Lituania, en particular, a partir de 1952 comenzó a trabajar como agente operacional para el

²⁵ STEDH de 17 de mayo de 2010 (Kononov c. Letonia), par. 234.

²⁶ STEDH de 17 de mayo de 2010 (Kononov c. Letonia), par. 235.

²⁷ Voto particular del juez Costa, en STEDH de 17 de mayo de 2010 (Kononov c. Letonia), par. 7-23, «al tiempo de los hechos, las leyes domésticas y las leyes internacionales no eran suficientemente claras en relación con los crímenes de guerra, ni la distinción entre crímenes de guerra y delitos ordinarios».

Ministerio del Interior. Por razón de su aplicado desempeño recibió diferentes reconocimientos y ello le aupó, apenas dos años después de su incorporación, hasta la membresía del Partido Comunista de la URSS. Tras el derrumbamiento del mundo soviético y la recuperación de la independencia de Lituania, Vasiliauskas fue enjuiciado y condenado por haber colaborado el 2 de enero de 1953 en el asesinato de dos hermanos lituanos, partisanos y miembros de la resistencia a la ocupación soviética. El 4 de febrero de 2004 el tribunal lituano de Kaunas condenó este hecho como participación en un crimen de genocidio a una pena de prisión de seis años. Esta condena se justificaba, en el contexto de la ocupación soviética, porque Vasiliauskas «sabía el objetivo principal del Ministerio del Interior, que era erradicar físicamente un *grupo político* separado, los partisanos lituanos, que constituían parte de la población lituana»²⁸ (cursivas nuestras). Aunque en la Convención contra el Genocidio de 1948 se define dicho crimen a través de las acciones perpetradas con la intención de destruir, en todo o en parte, un «grupo nacional, étnico, racial o religioso», esta condena era conforme a la legislación interna lituana porque en 1998 su legislador extendió los posibles sujetos pasivos del delito de genocidio a los «grupos políticos o sociales».

A partir de esta sentencia, el ahora demandante recurrió tanto en apelación como ante el Tribunal Supremo la condena de su comportamiento como genocidio. Los dos argumentos principales eran que la definición de genocidio contenida en el Código Penal lituano excedía los términos de la Convención contra el Genocidio de 1948 y que, aun no excediéndola, los hermanos asesinados hacía tiempo que habían desertado del grupo de partisanos y no podían ser identificados como miembros de grupo alguno. Estos argumentos fueron rechazados en ambas instancias. Lo más destacable de la argumentación es que el tribunal de apelación, para ajustarse a la definición de genocidio de la Convención, afirma que «se sigue que los partisanos lituanos podían ser atribuidos no solo a un grupo político, sino también a uno nacional y étnico»²⁹. En cuanto a la pertenencia de los hermanos al grupo de partisanos, documentos internos del Ministerio del Interior confirmarían que efectivamente eran integrantes del mismo.

Ante la negativa de la jurisdicción interna, Vasiliauskas interpone en 2005 demanda ante el TEDH por vulneración del art. 7 del Convenio, esto es, por haber sido violado el principio de legalidad penal. Es importante señalar previamente que, antes de la sentencia de la Gran Sala, en 2014 el Tribunal Constitucional lituano adelantaba la solución a que llegaría el TEDH. Resolvió que el art. 99 del Código Penal lituano, que regula el delito de genocidio, era compatible con la Constitución lituana en los amplios términos en que había sido configurado. Ahora bien, aclaraba que la persecución y el castigo retroactivo de crímenes que solo han sido definidos de acuerdo con la ley interna lituana quiebra el principio de legalidad penal y las obligaciones internacionales a que se ha sometido el país. El procesamiento por genocidio cometido contra un grupo social o político, cuando el hecho ha tenido lugar antes de su introducción en el Código Penal en 1998, iría en contra de la Constitución y del Estado de Derecho³⁰. Es legal la aplicación de las normas internacionales existentes al tiempo

²⁸ STEDH de 20 de octubre de 2015 (Vasiliauskas c. Lituania), par. 31.

²⁹ STEDH de 20 de octubre de 2015 (Vasiliauskas c. Lituania), par. 36.

³⁰ STEDH de 20 de octubre de 2015 (Vasiliauskas c. Lituania), par. 60.

de la comisión de los hechos por los tribunales nacionales, aunque hubiesen sido transpuestas al ordenamiento interno con posterioridad (*principio II de Núremberg*). Sin embargo, vulnera la Constitución lituana y el principio de legalidad ampliar el contenido de las normas internacionales entonces vigentes y aplicarlas retroactivamente con el aparente paraguas de la legislación interna.

Ante esta situación, los cuatro argumentos esgrimidos por la defensa de Vasiliauskas fueron los siguientes: (i) la inclusión de grupos políticos y sociales en la definición de genocidio en el Código Penal lituano no está cubierta por las normas de Derecho internacional; (ii) el propio Tribunal Constitucional lituano así lo habría admitido en 2014 y, en consecuencia, habría proscrito la persecución retroactiva del genocidio contra tales grupos; (iii) no hay base fáctica para afirmar que los hermanos asesinados fuesen miembros del «grupo político» partisanos; y (iv), aun reconociendo que fuesen partisanos, el delito de genocidio solo castigaría las acciones dirigidas contra civiles desarmados. Por su parte, el gobierno sostiene (i) que los partisanos eran representantes de la nación y etnia lituana y de gran relevancia para todo el grupo nacional, contabilizándose más de 20.000 asesinatos de partisanos en apenas una década; y (ii) que no era decisivo la exclusión de los grupos políticos en la definición de genocidio de la Convención de 1948. Ello solo habría sido un compromiso político de las potencias. Más bien, la inclusión de los grupos políticos en la Resolución de la AGNU 96 (I) de 1946, adoptada por unanimidad y que compelmía a la elaboración de la Convención, evidenciaría que en tal momento la persecución por motivos políticos y el exterminio de grupos políticos constituía un crimen de genocidio a la luz del Derecho internacional³¹.

El TEDH, en primer lugar, atribuye fidelidad a las pesquisas obtenidas por los tribunales nacionales y considera probado que los dos hermanos asesinados eran partisanos. En segundo lugar, señala que no hay duda de que la normativa nacional aplicada a Vasiliauskas no estaba en vigor al tiempo de los hechos, por lo que la única manera de no violar el principio de legalidad penal sería que la condena se pudiese fundamentar en el estado del Derecho internacional al tiempo del suceso. En este sentido, el TEDH considera que en 1953 el crimen de genocidio era claramente reconocido como crimen internacional, pues había sido codificado cinco años antes, por lo que su prohibición era «accesible» al demandante. Ahora bien, el alto tribunal tiene que comprobar también si era «previsible» que el hecho cometido por el demandante fuese calificado como genocidio según el estado del Derecho internacional en aquel momento. Conforme al Derecho internacional escrito o codificado, no habría motivo para separarse de la estricta definición que se plasmó en la Convención contra el Genocidio de 1948, sobre todo, porque ha sido reiterada en posteriores textos internacionales como el Estatuto de los Tribunales Penales Internacionales de Yugoslavia y Ruanda o en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. El TEDH sostiene que el hecho de que algunas naciones hayan ampliado a posteriori el delito de genocidio a ataques contra grupos políticos o sociales no altera la realidad de que el texto de la Convención contra el Genocidio ni los había recogido en 1953, ni los ha incorporado a día de hoy³². Ante su inexistencia en las normas

³¹ STEDH de 20 de octubre de 2015 (Vasiliauskas c. Lituania), par. 121-146.

³² STEDH de 20 de octubre de 2015 (Vasiliauskas c. Lituania), par. 170.

escritas, el TEDH examina el estado del Derecho internacional consuetudinario al tiempo de los hechos. Tampoco aquí puede haber una respuesta positiva: a pesar de algunas opiniones doctrinales de la época a favor de su inclusión, como la de Lemkin, o el texto de la señalada Resolución de la AGNU 96 (I) de 1946, el TEDH entiende que no habría base suficiente para incluir a los grupos políticos como sujeto pasivo en la definición consuetudinaria de genocidio. En conclusión, el tribunal afirma que en 1953 el Derecho internacional codificado no incluía a los grupos políticos en la definición de genocidio, ni podía ser establecido con suficiente claridad que la costumbre internacional proporcionase una definición más amplia que la señalada en el art. II de la Convención contra el Genocidio³³. Sentado lo anterior, si se considera a los partisanos como grupo político, habría habido aplicación retroactiva y vulneración del art. 7 CEDH.

El último argumento que haría compatible la condena estatal con el art. 7 del CEDH fue el esgrimido hábilmente por el tribunal de apelación lituano y luego asumido por la defensa del gobierno, esto es, que los partisanos eran también encuadrables como grupo nacional protegido por el delito de genocidio. Efectivamente, el TEDH reconoce que este grupo puede ser considerado como un grupo distintivo o emblemático del grupo nacional, abarcado por el objetivo soviético de destrucción parcial («en parte») del pueblo lituano. Sin embargo, el alto tribunal se muestra reticente porque este modo de ver las cosas habría emergido varias décadas después en el ámbito de los tribunales internacionales de Yugoslavia y Ruanda. En 1953 solo estaría claro que la expresión «en parte» exigía un mínimo cuantitativo o sustancial, los partisanos tendrían que ser un grupo significativo del grupo nacional lituano. Lo que, a juicio del TEDH, no habría sido probado por los tribunales domésticos. Vasiliauskas o cualquier otra persona no habría podido prever (objetivamente) en 1953 que el asesinato de partisanos lituanos constituía el crimen de genocidio del grupo nacional o étnico lituano, pues lo que caracterizaba a este heterogéneo grupo era su lucha política por la independencia de Lituania. El significado ordinario de la definición del delito de genocidio prevista en el Convenio de 1948 no permitiría extender naturalmente el significado de grupo étnico o nacional a los partisanos. De lo contrario, el tribunal cree que incurriría en un caso de analogía *in malam partem*, lo que haría imprevisible la condena. Para el TEDH, el fallo de los tribunales lituanos no fue consistente con la esencia del crimen de genocidio en Derecho internacional al tiempo de los hechos y no pudo ser razonablemente previsible para Vasiliauskas. Por tanto, concluye que ha habido una violación del derecho a la legalidad penal del demandante.

El mérito de esta sentencia reside en que, pese a que el tribunal pareciera volver a introducir la aproximación subjetiva a la noción de «previsibilidad» en la definición del párrafo 157, lo cierto es que en ningún momento de la argumentación se desplaza de aquello que representa el verdadero objeto de análisis del principio de legalidad penal: la cualidad y existencia del Derecho que se dice aplicable. El tribunal examina las normas internacionales convencionales y consuetudinarias, no se introduce en la esfera de cognición del demandante ni hace alusiones a su posición o estatus, tampoco a la gravedad de los hechos (que lo eran). En sede de legalidad no

³³ TEDH de 20 de octubre de 2015 (Vasiliauskas c. Lituania), par. 178.

hay espacio para esas consideraciones. Ante la insuficiencia de las fuentes del Derecho internacional, el examen de la previsibilidad (objetiva), como sustituto garantista de la *lex scripta*, requiere que se responda a dos preguntas nítidas: (1) ¿hay indicios que confirmen la existencia del Derecho internacional que se dice vigente al tiempo del suceso? (2) Respondido lo anterior afirmativamente: ¿hay elementos suficientes que permitan identificar el contenido más elemental o «esencia» del crimen que se imputa? Solo hay Derecho aplicable y conformidad con la garantía criminal garantizada en el art. 7 del CEDH si la respuesta a esta pregunta también es positiva.

4. EL VOTO PARTICULAR DEL JUEZ PINTO DE ALBUQUERQUE EN EL ASUNTO ILNSEHER C. ALEMANIA: SE CONFIRMAN LOS RECELOS DOCTRINALES.

La anterior reflexión crítica sobre una posible aproximación subjetiva a la noción de «previsibilidad», especialmente útil en tanto sustitutivo de la *lex scripta*, como hemos indicado, piedra angular del restante contenido garantista del principio de legalidad penal, ya había sido puesta de manifiesto por la doctrina³⁴. Sin embargo, no deja de ser meritorio que esta crítica haya ocupado un espacio en los pronunciamientos del TEDH, como así ha ocurrido a tenor del voto particular del juez Pinto de Albuquerque en el asunto *Ilmseher c. Alemania*, de 4 de diciembre de 2018.

Los hechos que suscitaron la demanda ante el TEDH pueden ser resumidos como sigue: Daniel Ilmseher, nacido en 1978, asaltó y estranguló en junio de 1997 a una mujer que practicaba deporte en un camino forestal, para posteriormente dejar su cuerpo semidesnudo y satisfacer su deseo sexual. El autor fue condenado a una pena de prisión de diez años y, tras su cumplimiento, continuó privado de libertad en detención preventiva conforme a una normativa que había entrado en vigor con posterioridad a los hechos y a la condena. Tras un tedioso proceso de recursos y con dos pronunciamientos divergentes del BVerfG, interpuso demanda ante el alto tribunal europeo por presuntas violaciones de los artículos 5.1, 6 y 7.1 del CEDH.

El objeto de la controversia en cuanto al principio de legalidad penal (art. 7.1) tiene que ver con la definición de pena a la luz del convenio y si, por tanto, ha podido existir aplicación retroactiva de una pena no prevista al tiempo de los hechos. El demandante alegó violación de la garantía penal o principio *nulla poena sine lege*: la detención preventiva, para la que no estaba prevista una duración máxima, tenía naturaleza de «pena» y no estaba en vigor al tiempo de los hechos, su aplicación habría violado la prohibición de retroactividad³⁵. Frente a ello, el TEDH concluye que no ha podido haber violación del principio de legalidad penal porque, en sintonía con la jurisprudencia del BVerfG, la detención preventiva no es una pena a los efectos del

³⁴ CORRECHER, MIRA, J., *Principio de legalidad penal: ley formal vs. Law in action*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 563 y ss., el TEDH adopta «un criterio de previsibilidad subjetiva que parecía incluso abandonado por la doctrina anglosajona, donde se traspasa al ciudadano la responsabilidad de conocer, no únicamente los cambios legales en sentido estricto, sino también los derivados de los giros interpretativos de la jurisprudencia ... parece así entenderse esta previsibilidad subjetiva en términos de reprochabilidad, entendiendo este concepto en términos de cognoscibilidad de la ley penal»; VANACORE, G., «Legality, culpability and dogmatic: a dialogue between the ECtHR, Comparative and International Criminal Law», *International Criminal Law Review*, vol. 15, 2015, p. 833, en el examen subjetivo de la previsibilidad «los jueces centran su atención en si el individuo pudo comprender la ilegalidad de sus acciones y en si pudo predecir que estas serían punibles».

³⁵ TEDH de 4 de diciembre de 2018 (*Ilmseher c. Alemania*), par. 175-186.

art. 7 del CEDH, es decir, la detención preventiva no se halla bajo el paraguas de la legalidad penal. Esto fue duramente criticado por el magistrado disidente³⁶.

Ahora bien, a los efectos de la garantía criminal y de la argumentación observada en los asuntos Kononov y Vasiliauskas, nos interesa el voto particular del juez Pinto de Albuquerque porque desenmascara decididamente la errónea aproximación subjetiva a la noción de previsibilidad. Con carácter general, para Pinto de Albuquerque el TEDH solo protege a través del principio de legalidad penal la ausencia de arbitrariedad en la imposición de una condena, esto es, la prohibición de retroactividad de las normas penales (*lex praevia*). En cuanto a la exigencia de que la ley penal sea clara (*lex certa*), cuestiona la habitual aceptación de descripciones típicas vagas y el amplio margen concedido a la jurisprudencia evolutiva, lo que dirige a un aumento de la incertidumbre. También se examinaría de modo deficiente el requisito de que la aplicación judicial se ajuste a la norma (*lex stricta*), dado que es suficiente con que la interpretación judicial no exceda la esencia del delito y que sea razonablemente previsible. En particular, sobre la aproximación subjetiva a la previsibilidad, pone de manifiesto que «la severidad del delito es también invocado como un elemento de la previsibilidad, considerando la criminalización de ciertos crímenes como “obvia”»³⁷, lo que acabamos de comprobar en el asunto Kononov a través de la expresión «naturaleza flagrantemente ilegal». En definitiva, la práctica jurisprudencial del TEDH sería profundamente decepcionante: «el nivel de protección es evaluado individualmente y según el asunto, dependiendo del asesoramiento legal posible y del estatus profesional del acusado, así como de su capacidad técnica. En otras palabras, los requisitos de *lex stricta* y de *lex certa* combinan el mismo tipo de test de previsibilidad subjetiva. Y aun peor, este estándar se presta a la confusión dogmática práctica y teórica, en tanto mezcla cuestiones de diferente naturaleza, a saber, el principio de legalidad y el principio de culpabilidad (*ignorantia legis non excusat*, error de Derecho o error de prohibición)»³⁸.

Pinto de Albuquerque concluye que la sentencia en el asunto *Ilseher c. Alemania* sería la ruptura del último dique de contención garantista por un motivo más. Si ya habría quedado probado que la comprensión del principio de legalidad había sido «minimalista» en los requisitos de *lex certa* y *lex stricta*, a causa del test de la previsibilidad subjetiva, la exclusión de la detención preventiva fuera del paraguas de protección que ofrece el principio de legalidad penal, por no ser una pena, habría terminado por apagar el único reino de protección efectiva que quedaba: el requisito de *lex praevia*³⁹.

³⁶ Voto particular del juez Pinto de Albuquerque, en STEDH de 4 de diciembre de 2018 (*Ilseher c. Alemania*), par. 70: «Los estados están reduciendo el alcance del principio de legalidad y el alto tribunal está jugando solo, externalizando el castigo a otras sanciones no cubiertas por el art. 7, tales como la confiscación administrativa en Italia y la detención preventiva en Alemania».

³⁷ Voto particular del juez Pinto de Albuquerque, en STEDH de 4 de diciembre de 2018 (*Ilseher c. Alemania*), par. 92.

³⁸ Voto particular del juez Pinto de Albuquerque, en STEDH de 4 de diciembre de 2018 (*Ilseher c. Alemania*), par. 92.

³⁹ Voto particular del juez Pinto de Albuquerque, en STEDH de 4 de diciembre de 2018 (*Ilseher c. Alemania*), par. 127: «la conversión retroactiva de una medida de seguridad punitiva limitada temporalmente en un confinamiento pseudo-médico potencialmente infinito, impuesto a delincuentes

5. CONCLUSIONES.

A lo largo de los anteriores pronunciamientos hemos visto que, pese a la creciente codificación, todavía hay un grupo de delitos, los crímenes internacionales cometidos durante la segunda guerra mundial y en los años inmediatamente posteriores, en los que a veces se antoja difícil encontrar una base normativa clara y precisa que sustente la atribución de responsabilidad penal individual, especialmente si se trata de condenar aplicando directamente el ordenamiento internacional.

El carácter reprochable de las conductas descritas y el objetivo de evitar la sensación de impunidad, no creemos que permita justificar razonamientos como el llevado a cabo por el TEDH en el asunto Kononov para respaldar una condena estatal. Lo que decantó el pronunciamiento del alto tribunal europeo no fue la evaluación del Derecho internacional que se afirmaba aplicable, sino otro tipo de consideraciones que se asientan en el principio penal de culpabilidad y que fueron introducidos a través de un examen subjetivo de la noción «previsibilidad». Ello no resulta deseable porque a pesar del distinto tratamiento que recibe la ignorancia del Derecho en los ordenamientos continentales (eximente) y en los sistemas de *common law (defense)*, y que tiene su razón de ser en las distintas comprensiones del delito, lo cierto es que en ninguno de ellos la ignorancia sobre la ilicitud de la conducta se evalúa en sede de legalidad, por muy grave que sea la naturaleza de los hechos enjuiciados. Creemos que lo correcto es no salirse del camino transitado por la argumentación del asunto Vasiliauskas, esto es, examinar el Derecho codificado aplicable y, a falta de este, acudir a otros instrumentos legislativos y jurisdiccionales y a la práctica de los Estados para identificar normas de Derecho consuetudinario. El principio de legalidad solo sirve al valor «seguridad jurídica» si las conclusiones sobre el Derecho aplicable son iguales para todos los destinatarios. Las consideraciones sobre el número o estatus del delincuente o sobre la grave naturaleza del delito nos alejan de una sistemática garantista.

Las alarmas de la doctrina penal han terminado por precipitar en el voto particular del juez Pinto de Albuquerque, lo que es de celebrar. Este solo admite, y no sin críticas, una aproximación objetiva en el examen de la previsibilidad de una norma penal. Ello es especialmente importante porque el reconocimiento y la autoridad de la jurisprudencia del TEDH ha dado lugar a un proceso de fertilización de las jurisprudencias de otros tribunales internacionales, como ha sido el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia o la propia Corte Penal Internacional. Estos tribunales han importado la noción de «previsibilidad» en el examen del principio de legalidad penal y, como hemos tenido la oportunidad de señalar en otro lugar, a veces se han visto tentados de incorporar la aproximación subjetiva aquí rechazada. Lo que a la luz de un instrumento de protección de derechos humanos es poco deseable, se convierte en intolerable cuando se trata de atribuir directamente responsabilidad penal a un individuo.

Creemos que el TEDH debería abandonar esta aproximación subjetiva a la noción de «previsibilidad» si de verdad quiere garantizar el derecho fundamental a la

condenados con desórdenes mentales establecidos ex nunc, es una interpretación abusiva, histórica y dogmáticamente poco razonable».

legalidad penal. La interpretación de otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la tradición garantista de los sistemas que participan del CEDH y el peligro de «contagiar» la labor de los tribunales penales internacionales son poderosos argumentos a su favor. Una protección no minimalista de tan cualificado derecho fundamental así lo exige. Concluimos como comenzamos: de Kononov a Vasiliauskas, de la previsibilidad subjetiva a la previsibilidad objetiva, del contenido minimalista del principio de legalidad penal a su auténtico contenido garantista.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Carlos III, Madrid, 2015

BIRNBAUM, J. M. F., «Bemerkungen über einige zum Behufe der Lehre von der Rechtskenntniss gemachte Einteilung der Verbrechen und Strafgesetze», *Neues Archiv des Criminalrechts*, Vol. XI, 1830

CANOSA USERA, R., «Derechos y libertades en la Constitución de 1812», *Revista de Derecho Político*, núm. 82, 2011

CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*³, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

CORRECHER, MIRA, J., *Principio de legalidad penal: ley formal vs. Law in action*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

GALLANT, K. S., *The principle of legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2009

GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre el principio de legalidad penal y su alcance. De la previsibilidad como componente de la legalidad», en PÉREZ MANZANO, M., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016

GRECO, L., *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Duncker & Humblot, Berlín, 2009

HENKEL, H., *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat. Die geistigen Grundlagen*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1934

HOMMEL, C.F., *Philosophische Gedanken über das Criminalrecht*, Breslavia, 1784

LAMARCA PÉREZ, C., «Principio de legalidad penal», *Eunomía*, núm. 1., 2012

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal», en PÉREZ MANZANO, M., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., FAKHOURI GÓMEZ, Y., «Principios del Derecho Penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del Derecho Penal», en *el mismo* (Coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, AEBOE, Madrid, 2019

SCOLETTA, M., «El principio de legalidad europeo», en DÍEZ PICAZO, L., NIETO MARTÍN, A. (Coord.), *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Madrid, 2010

TIMMERMAN, M., *Legality in Europe. On the principle nullum crimen, nulla poena sine lege in EU law and under the ECHR*, Intersentia, Cambridge, 2018

VANACORE, G., «Legality, culpability and dogmatic: a dialogue between the ECtHR, Comparative and International Criminal Law», *International Criminal Law Review*, vol. 15, 2015