

32

Julio 2013

Revista Penal

Julio 2013



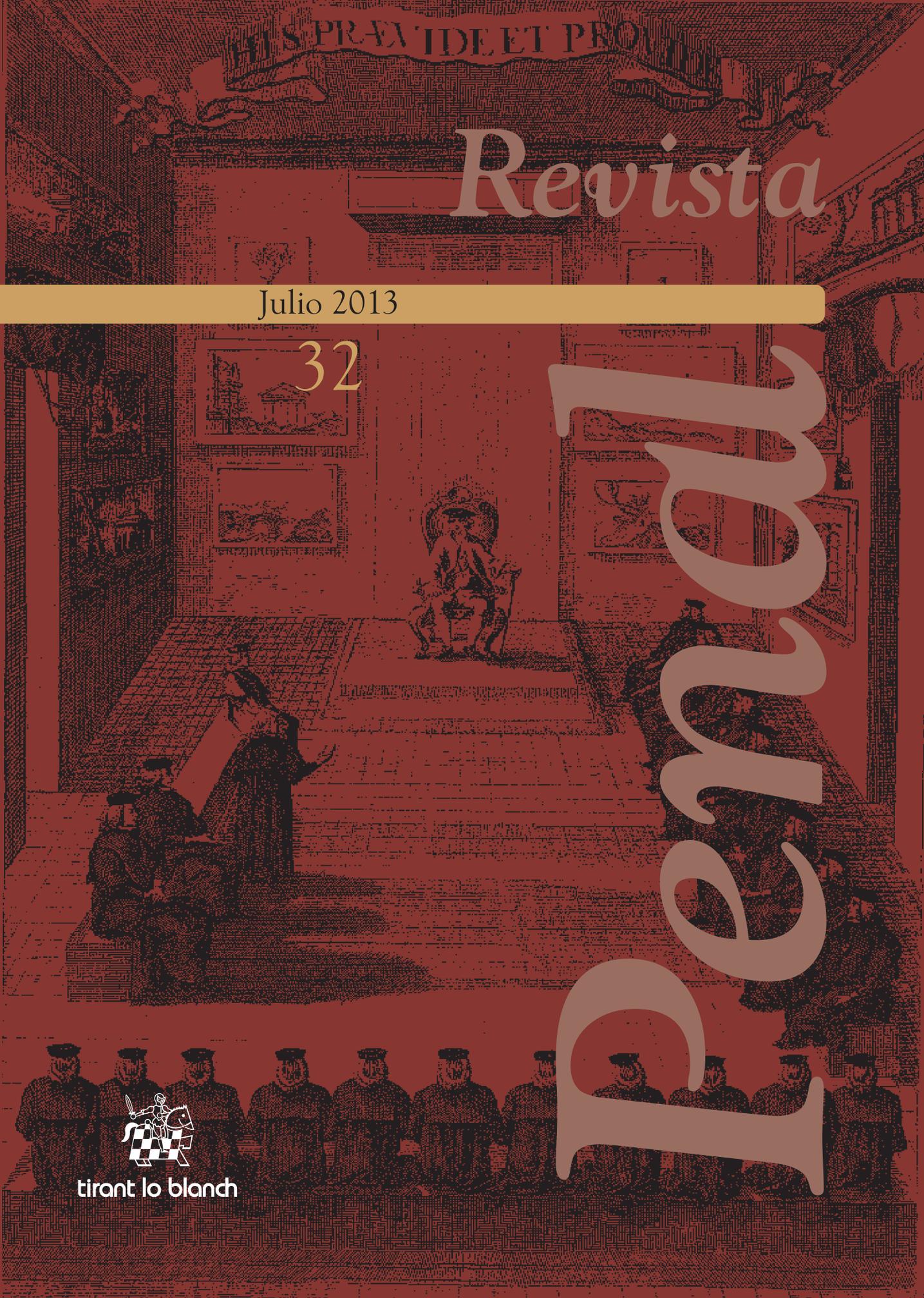
tirant lo blanch

S PRAVIDE ET PRO

Revista

32

Penal



# Revista Penal

Número 32

## Sumario

---

### Doctrina:

- Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos, por *Carmen Alastuey Dobón* ..... 3
- Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos (Derecho Penal mínimo máximo) por *Mercedes Alonso Álamo* ..... 23
- Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?, por *Kai Ambos e Ignaz Stegmüller*..... 41
- La protección de sistemas de información crítica y la Ley 53/07 de la República Dominicana sobre crímenes y delitos de alta tecnología, por *Désirée Barinas Ubiñas*..... 60
- Securitización, por *María Laura Böhm*..... 72
- Peligrosa irretroactividad y retroactividad para los peligrosos o socialmente indeseables por *Emiliano Borja Jiménez*..... 91
- La conducción tras el consumo de alcohol y drogas tóxicas: el inciso segundo del artículo 379.2 CP como infracción formal por *Luis Cáceres Ruiz*..... 113
- Reflexiones sobre los actos neutrales y la cooperación delictiva desde los criterios de la imputación objetiva, por *María José Cuenca García*..... 141
- La protección penal del medio ambiente a través de los delitos de incendio, por *Pastora García Álvarez y Carmen López Peregrín* ..... 153
- El terrorismo al amparo de la reforma efectuada por la Ley Orgánica 5/2010: concepto y elementos por *Elena Núñez Castaño*..... 179
- La imprescriptibilidad de las violaciones contra los derechos humanos cometidas en Uruguay (1973-1985) por *Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo* ..... 222
- CATORCE (14) AÑOS. Una propuesta de criterio “vinculante”, intocable desde los actuales postulados del Derecho penal de la seguridad, para la fijación del límite mínimo de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, por *María A. Trapero Barreales* ..... 250

**Sistemas penales comparados:** Corrupción en el sector público y privado (Corruption in public and private sector) ..... 283

### Crónicas:

- “Cruce de caminos”. Laudatio en honor de Hernán Hormazábal y José Ramón Serrano-Piedecasas Fernández, por *Eduardo Demetrio Crespo* ..... 331
- La pena de muerte en el International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era (IFCCLGE) por *Miguel Ángel Núñez Paz* ..... 335
- Notas sobre genoma humano y Derecho penal y comentarios a las XX Jornadas de Derecho y Genoma Humano, organizadas por la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Director Carlos M. Romeo Casabona, Bilbao 21 y 22 mayo 2013 por *Francisco Muñoz Conde*..... 337



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jferreolive@gmail.com

### Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac- Univ. Valencia	Joachim Vogel. Univ. München
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

### Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

### Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Elena Núñez Castaño (España)	R. Baris Erman (Turquía)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.



## Peligrosa irretroactividad y retroactividad para los peligrosos o socialmente indeseables

Emiliano Borja Jiménez

Revista Penal, n.º 32. - Julio 2013

### Ficha técnica

**Autor:** Emiliano Borja Jiménez

**Adscripción institucional:** Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La puesta en libertad del sujeto peligroso o socialmente indeseable, y su negación. a) La puesta en libertad del sujeto peligroso y socialmente indeseable en Alemania. b) La puesta en libertad del sujeto socialmente indeseable en España. 3. La respuesta de los tribunales constitucionales. a) La respuesta del Tribunal Constitucional alemán. b) La respuesta del Tribunal Constitucional español. 4. El TEDH y el regreso al Estado de Derecho del sujeto peligroso o socialmente indeseable. a) La argumentación formalista incompatible con la tutela material del derecho. b) La vulneración material del derecho y su justificación. b<sub>1</sub>) La custodia de seguridad indefinida es una pena más grave. b<sub>2</sub>) La nueva interpretación jurisprudencial de la consideración de los beneficios penitenciarios en la liquidación de la condena, constituye una pena más grave. c) El derecho a la libertad y la arbitrariedad de los poderes públicos en el sistema penal frente al sujeto peligroso o socialmente indeseable. 5. Conclusiones.

**Abstract:** In this paper, it is made a comparative study of two cases which were prosecuted before the European Court of Human Rights: “M. *versus* Germany” and “Del Río Prada *versus* Spain.” Both of them deal with a similar problem. Namely, they show a common criminal policy which tries to avoid the release of citizens considered dangerous ones or socially undesirable people. The prolongation of the deprivation of liberty is made through a breach of essential principles of the penal and constitutional system. The respective Constitutional Court of Germany and Spain, assumed a function of powers of State but didn’t play a role of Defender of Constitution. However the European Court of Human Rights declares a violation of the penal principles of legality and liberty, protected by the European Convention on Human Rights. To this end, the European Court uses a material interpretation of the violated rights and principles and rejects the formal arguments which hide that violation. In this way, the State of Law is nowadays defended by the European Court of Human Rights.

**Key Words:** Penal legality principle. Non-retroactivity principle concerning criminal laws to the detriment of the defendant. Dangerousness. Criminal policy. European Court of Human Rights.

**Resumen:** Se realiza un estudio comparativo de dos casos enjuiciados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: M. contra Alemania y Del Río Prada contra España. Pues ambos reflejan una problemática muy similar. Se muestra una política criminal común que pretende evitar la puesta en libertad de sujetos considerados peligrosos o socialmente indeseables. Esa prolongación de la privación de libertad se realiza violando principios básicos del sistema penal y constitucional. Tanto en Alemania como en España, los respectivos Tribunales Constitucionales actuaron como poder del Estado y no como Defensor de la Constitución. Y es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien declara violados los principios de legalidad penal y de libertad tutelados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para ello el TEDH recurre a una interpretación material de los derechos y principios menoscabados, y rechaza los argumentos formales que encubren su vulneración. De esta forma, el Estado de Derecho queda defendido ahora por el TEDH.

**Palabras clave:** Principio de legalidad penal. Principio de irretroactividad desfavorable al reo. Peligrosidad. Política Criminal. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**Observaciones:** El presente trabajo refleja alguna de las conclusiones de mi participación en el Proyecto I+D, otorgado por el Ministerio de Economía y Competitividad, “Derecho penal de la peligrosidad y medidas postdelictuales para prevenir la reincidencia en delitos sexuales y de violencia de género (II)”, (DER2012-38983), dirigido por el Prof. Dr. Enrique Orts Berenguer, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

**Recepción del artículo:** 06-02-2013

**Evaluación favorable:** 16-03-2013

### 1. Introducción

El Derecho Penal de nuestro entorno geopolítico y cultural se estructura con base en dos axiomas fundamentales: los principios de legalidad y culpabilidad. Ambos constituyen dos garantías básicas para el ciudadano que se aproxima o ingresa en el sistema penal. Según el primero, sólo podrá ser castigado cuando su comportamiento sea calificado como delito y sancionado con una pena por una ley anterior a su perpetración. El segundo le asegura que la imposición de la sanción penal se le aplicará en la medida en que en el momento de cometer la infracción, sea responsable de sus actos. De este modo, las sociedades democráticas utilizan el instrumento punitivo de forma racional y legítima, con la pretensión de alcanzar una pacífica convivencia de sus ciudadanos salvaguardando los bienes jurídicos fundamentales del individuo y de la comunidad.

A su vez, de estos principios se derivan otros que también han ido configurando el moderno Derecho Penal occidental. Interesa destacar ahora algunas de esas garantías clásicas y profundamente asentadas en el Estado de Derecho.

Así, el principio de irretroactividad, que prohíbe aplicar la ley penal a supuestos anteriores a su entrada en vigor, salvo que dicha ley favorezca al afectado. O el principio de responsabilidad por el acto aislado, que exige que el castigo tome en consideración el concreto hecho perpetrado, y no el carácter del infractor o la forma que éste tiene de conducirse en la vida. En este mismo sentido, se impone el axioma de la responsabilidad personal, que determina que el castigo sea la consecuencia del delito perpetrado por el sujeto, y no derive de otras circunstancias ni se le aplique a otros individuos ajenos al hecho enjuiciado. O la exigencia que establece que la pena sea adecuada no sólo a la gravedad del injusto perpetrado, sino también a la culpabilidad del autor (lo cual implica, por ejemplo, que sea más intensamente penado el delito doloso que el imprudente).

Estas garantías han representado tradicionalmente un límite del poder punitivo del Estado. Se han constituido en primados básicos del Derecho Penal democrático que han levantado (en conocida expresión del penalista alemán VON LISZT) una barrera infranqueable de su política criminal. Es decir, la tarea que corresponde a todo poder público de hacer frente al delito, con medidas de prevención y represión, se llevará conforme a los criterios e intereses que se consideren oportunos, pero no podrá superar las fronteras marcadas por estos principios constitucionales que inspiran el funcionamiento del sistema penal.

Evidentemente, el establecimiento de estas cautelas en dicho sistema penal en ocasiones trae como consecuencia que la forma de prevenir y castigar los delitos no sea del agrado de relevantes sectores de la ciudadanía, de los medios de comunicación de masas o de los políticos. Pues se considera que los delincuentes gozan de excesivas prerrogativas y las víctimas carecen de derecho alguno. Semejante política criminal se califica como excesivamente escrupulosa, en la medida en que un exceso de celo en las garantías constitucionales de los infractores conduce a una fuerte inseguridad ciudadana.

Esas tendencias críticas con el Derecho Penal garantista se han acentuado en las últimas décadas. La inseguridad ciudadana suele formar parte de las preocupaciones más relevantes de la población en los sondeos de opinión. Conscientes de ello, los medios de comunicación de masas tienden a exagerar las noticias relativas a casos penales, ampliando la sensación de la indefensión de la sociedad frente a delincuentes muy peligrosos. Pues las noticias, informaciones y opiniones sobre esta temática son objeto de atención por parte de la opinión pública. La publicidad y las tendencias de opinión, a su vez, forman parte de los intereses de los partidos políticos y de los gobernantes. Y los programas electorales se llenan de promesas de hacer frente a la criminalidad de forma cada vez más intensa y con

medidas punitivas más duras. Este proceso se está universalizando con el fenómeno de la globalización<sup>1</sup>.

Semejante forma de ver las cosas, que ha ido asentándose en la ciudadanía, en los medios de comunicación, en la clase política (y con ella, en el legislador), sin embargo, ha afectado en menor medida a la forma de actuación de los operadores jurídicos, especialmente de los jueces y tribunales. Conocedores de su independencia y de su imparcialidad frente a las presiones sociales y políticas, el poder judicial de los países democráticos ha seguido aplicando la ley penal bajo el escrupuloso prisma de los principios constitucionales. Y si alguna vez las altas instancias judiciales han sido permeables a la consideración de criterios político-criminales antes que a la Ley, el Tribunal Constitucional velaba por la intangibilidad de las garantías jurídico-penales. Hasta que, también aquí, llegaron las nuevas propuestas de interpretación y aplicación del Derecho Penal.

En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su Sentencia de 17 de diciembre de 2009, declaró contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ciertas reformas legislativas en materia de la medida privativa de libertad “custodia de seguridad” (*Sicherungsverwahrung*), llevadas a cabo en Alemania, por atentar contra los derechos de libertad y seguridad, así como contra el mismo principio de legalidad penal<sup>2</sup>. Y este Tribunal Europeo, en resolución de 10 de julio de 2012 también declaró contrario al señalado instrumento internacional, por afectar a idénticos derechos y garantías, la actuación del Estado español a través de sus órganos jurisdiccionales, por la aplicación retroactiva de una nueva forma de computar el cumplimiento de la pena en sujetos condenados conforme al Código penal derogado de 1973 (la denominada “doctrina Parot”)<sup>3</sup>. Llama la atención, en ambos casos, que los respectivos tribunales constitucionales de Alemania y España habían refrendado la actuación, respectivamente, del legislador alemán y de los tribunales españoles, pese a la fragante violación de las

garantías jurídico-penales mencionadas. Ello representa una buena prueba de que estas tendencias político-criminales, que imponen la razón de Estado *seguridad* frente a *garantías constitucionales*, también han penetrado en la casa del Defensor de la Constitución.

El presente trabajo pretende explicar la relación entre esta política criminal expansionista y el progresivo debilitamiento de los principios penales tradicionales en la reforma legislativa y en la jurisprudencia. Esta tarea sería imposible, por inabarcable, si no se concretase un ámbito determinado de esa política criminal, un aspecto específico de la reforma legislativa o de la interpretación jurisprudencial y sus repercusiones en una determinada garantía afectada. Las tres referencias señaladas (marco político-criminal, actuación legislativa o jurisprudencial y derecho fundamental menoscabado) se encuentran muy definidas en las dos resoluciones del TEDH que se han mencionado párrafos atrás. Y ocurre que existe un paralelismo llamativo en estos dos casos.

Se trataba de sujetos que tras el cumplimiento de la privación de libertad originalmente impuesta, tenían que recobrar la libertad. El legislador o los tribunales, sin embargo, querían impedir esa puesta en libertad de los reos por considerarlos todavía peligrosos o socialmente indeseables. Con la intención de que siguieran encerrados, se aplicó retroactivamente un plazo más amplio de su privación de libertad. Los órganos jurisdiccionales y el Tribunal Constitucional avalaron esa aplicación retroactiva desfavorable a reo de la ley penal o de su interpretación. Y el TEDH consideró que dicha actuación violaba los derechos a la libertad y a la seguridad, y el principio de legalidad penal en su plasmación como prohibición de irretroactividad de medidas desfavorables al reo. Todo esto ha ocurrido, en asuntos distintos, en Alemania y en España.

Es por ello que, como criterio metodológico, y siguiendo el orden que se acaba de apuntar, se procede aquí al análisis, de forma común y paralela, de estas dos situaciones objeto de sendas resoluciones en el

1 En otros trabajos he defendido la tesis según la cual la ideología de la globalización está imponiendo un Derecho Penal funcionalista y simbólico, que en ocasiones atrae instituciones propias del denominado Derecho Penal del enemigo. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Globalización y concepciones del Derecho Penal*. Estudios Penales y Criminológicos, XXIX. Universidad Santiago de Compostela, 2010; págs. 141-206. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Acerca de lo universal y de lo particular del Derecho Penal*. Valencia, 2012. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites*. Revista General de Derecho Penal, núm. 18 (2012).

2 Sentencia del TEDH de 17 de diciembre de 2009, asunto núm. 19359/04 (caso M. contra Alemania).

3 Sentencia del TEDH de 10 de julio de 2012, asunto núm. 42750/09 (caso Del Río Prada contra España). En relación con el significado de esta sentencia, y la interpretación que realiza el TEDH en materia de principio de legalidad y su afectación a la ejecución penitenciaria, LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH. A propósito del caso Del Río Prada c. España*, STEDH, 3.ª, 10.07.2012 (42750/09) y la aplicación de la doctrina Parot. InDret 4/2012.

ámbito del enfrentamiento legislativo y jurisprudencial de la peligrosidad postdelictiva y su afectación a un principio fundamental como el señalado de irretroactividad de la ley penal desfavorable al sujeto afectado. La experiencia que nos muestran estos dos casos refleja que el poder público (legislativo o judicial) contempló como peligrosa la irretroactividad desfavorable al interno, y como conveniente el establecimiento de la retroactividad más gravosa al reo peligroso o socialmente indeseable. Peligrosa irretroactividad (la más gravosa) y por ello, se aplicó retroactivamente la desfavorable (al afectado considerado peligroso o socialmente indeseable).

### 2. La puesta en libertad del sujeto peligroso o socialmente indeseable, y su negación

La situación de partida que dio origen finalmente a la actuación del TEDH fue social y jurídicamente distinta en Alemania y en España, aunque la perspectiva político-criminal era bastante similar.

#### *a) La puesta en libertad del sujeto peligroso y socialmente indeseable en Alemania*

Corresponde con el supuesto de hecho enjuiciado por la famosa Sentencia del TEDH de 17 de diciembre de 2009<sup>4</sup>. Para comprender exactamente el alcance del problema, es necesario realizar una muy breve explicación de la evolución jurídica y significado de la medida de custodia de seguridad en este país, y su afectación a quien, considerado peligroso, debía ser puesto en libertad.

En Alemania existe una medida de seguridad privativa de libertad prevista para sujetos imputables que reflejan peligrosidad tras el cumplimiento de la condena. Se denomina custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*). Esta institución fue introducida con la reforma de 24 de noviembre de 1933 (durante el régimen nacionalsocialista)<sup>5</sup>. No es éste el lugar adecuado para explicar detenidamente todos los requisitos de la medida y su evolución a lo largo del tiempo, dado que esta tarea ya fue objeto de un trabajo anterior<sup>6</sup>. Ahora tan sólo interesa destacar resumidamente algunas de sus reformas para situar el concreto caso objeto de enjuiciamiento ante el TEDH.

Tal y como se acaba de señalar, la custodia de seguridad constituye una medida de auténtica privación de libertad que, con el internamiento pretende proteger a la sociedad frente a futuros delitos y rehabilitar al sujeto. Desde su introducción en los años treinta, hasta 1998 no fue reformada (salvo en la antigua República Democrática de Alemania, donde se derogó en 1952). En este periodo, sin embargo, apenas se aplicó por su origen poco conciliable con las garantías democráticas. Se exigía para la imposición de la medida un pronóstico de peligrosidad revelado en el hecho, su constatación tras el cumplimiento de la condena y ciertos requisitos formales (tendencia al delito, condenas anteriores). Hasta el año 1998, la medida de internamiento no podía exceder de 10 años.

En este año, sin embargo, se aprobó la Ley contra los delitos sexuales y otros crímenes peligrosos<sup>7</sup>. Y con ella, se agravó la custodia de seguridad, entre otras razones, porque, como se acaba de señalar, se eliminó,

4 Tras la publicación de la mentada resolución, en Alemania, surgieron algunos comentarios relevantes. Así, GRABENWARTER, Christoph: *Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland*. *Juristen Zeitung* (2010); págs. 857 y ss. KINZIG, Jörg: *Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland*. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2010); págs. 233 y ss. LAUE, Christian: *Die Sicherungsverwahrung auf dem europäischen Prüfstand: zugleich eine Anmerkung zu EGMR, M. vs. Deutschland v.17.12.2009-19359/04*. *Juristische Rundschau* (2010); págs.198 y ss. RADTKE, Henning: *Konventionswidrigkeit des Vollzugs erstmaliger Sicherungsverwahrung nach Ablauf der früheren Höchstfrist? Inners-taatliche Wirkungen und Folgen des Urteils des EGMR vom 17.12.2009*. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2010); págs. 537 y ss.

5 Sobre la evolución legal de la custodia de seguridad y sus fundamentos históricos y político-criminales, ALEX, Michael: *Nach-trägliche Sicherungsverwahrung: ein rechtsstaatliches und kriminalpolitisches Debakel*. Diss, Bochum, 2010. BALTZER, Ulrich: *Die Sicherung des gefährlichen Gewalttäters: Eine Herausforderung an den Gesetzgeber*. Wiesbaden, 2005. BARTSCH, Tillmann: *Sicherungsverwahrung: Recht, Vollzug, aktuelle Probleme*. Baden-Baden, 2010. BÖHM, María Laura: *Der 'Gefährder' und das 'Gefährdungsrecht': eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgerichts über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung*. Göttingen, 2011. KINZIG, Jörg: *Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäte. Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung*. (2. Aufl.). Berlin, 2010. MILDE, Oliver: *Entwicklung der Normen zur Anordnung der Sicherungsverwahrung in den Jahren von 1998 bis 2004*. Hamburg, 2008. MUSHOFF, Tobias: *Strafe, Maßregel, Sicherungsverwahrung: Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*. Frankfurt a. M., 2008.

6 En este sentido, el trabajo citado en nota 1, BORJA JIMÉNEZ, E.: *Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites...* cit.

7 *Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*, de 26 de enero de 1998.

bajo ciertas circunstancias, el límite de internamiento de diez años que quedó a partir de entonces indeterminado. Tuvieron lugar sucesivas reformas que agravaban cada vez más intensamente los efectos de la medida o facilitaban su aplicación a un número más elevado de casos. Pero ahora no quiero extenderme más en este punto.

En la mentada STEDH de 17 de diciembre de 2009 se trataba de determinar la conformidad con los arts. 5.1 y 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>8</sup> de la aplicación de la reforma alemana de la custodia de seguridad de 1998, que eliminó el plazo límite de esta medida, establecido hasta entonces en diez años (sustituyéndolo por otro de carácter indefinido).

En este caso, expuesto muy resumidamente, el demandante, que contaba con una muy amplia carrera delictiva, fue condenado en el año 1986 a una pena de prisión de cinco años, con la previsión de que tras el cumplimiento de la condena se le impondría una custodia de seguridad (que en aquel tiempo, estaba limitada a un máximo de diez años)<sup>9</sup>. Llegado el año 2001, el custodiado solicitó su puesta en libertad, pero se le aplicó retroactivamente la reforma legal de 1998, y como todavía se le consideraba peligroso, continuó privado de libertad, según resolución de los tribunales competentes. El asunto terminó en el Tribunal Constitucional que, en la Sentencia de 5 de febrero de 2004, mantuvo la constitucionalidad de la reforma legal de 1998 y de las decisiones judiciales que la aplicaban. El argumento, sobre el que se volverá en apartados posteriores, partía de la premisa de que la prohibición de retroactividad de medidas sancionatorias expresada en el art. 103, párrafo segundo, de la Ley Fundamental de Bonn (GG en adelante), sólo alcanzaba a la pena, y no a la medida de seguridad. Y como la custodia de seguridad es una medida, y no una pena, no se violaría este principio constitucional básico del Derecho Penal.

En realidad, en este supuesto, y en otros muchos más, se trataba de impedir que un sujeto muy peligroso abandonara el establecimiento de internamiento. Su condena había sido de cinco años de prisión. Por ser

peligroso, se le habían añadido diez años más de privación de libertad como medida de seguridad para evitar que perpetrara durante ese periodo ulteriores hechos delictivos. Pero cuando, conforme a la legislación vigente en el momento en que cometió los ilícitos y fue enjuiciado, tenía que recobrar la libertad, se le aplica retroactivamente una reforma penal que establece un encierro indeterminado (que podría ser, por tanto, indefinido). De hecho, una condena de 5 años de prisión se convirtió, hasta el momento en que dictó sentencia el Alto Tribunal europeo, en una privación de libertad de 23 años, de los cuales más del triple (18 años) correspondían a la aplicación de la custodia de seguridad.

La irretroactividad desfavorable se concibió como peligrosa. Y se contempló como conveniente la aplicación retroactiva más gravosa, pues se trataba de un sujeto peligroso, de un sujeto socialmente indeseable.

#### *b) La puesta en libertad del sujeto socialmente indeseable en España*

El caso enjuiciado por el TEDH en la Sentencia de 10 de julio de 2012 (asunto *Del Río Prada contra España*) también muestra ciertos paralelismos con el anterior. Se trataba de un reo de delitos de terrorismo que tenía un amplísimo historial delictivo (cuyas condenas sumaban más de 3000 años de prisión). Con arreglo a la normativa que regía cuando los hechos fueron perpetrados (Código penal de 1973), el máximo de cumplimiento de la pena de reclusión era 30 años. Conforme a la doctrina jurisprudencial tradicional que constantemente había interpretado las reglas de aplicación de las penas del C. p. de 1973, sobre esos 30 años en conjunto se determinaban los beneficios penitenciarios que disminuían la privación de libertad. Pero cuando un compañero de la recurrente años atrás, Henri Parot, otro reo de terrorismo con una sangrienta carrera criminal a sus espaldas, tenía que abandonar la cárcel, los tribunales españoles decidieron cambiar las reglas de determinación de la pena de cumplimiento en su relación con la aplicación de beneficios penitenciarios<sup>10</sup>. La razón era la misma

8 Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; ...

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.

9 En este sentido, STEDH de 17 de diciembre de 2009, núms. 12-37.

10 La denominada "doctrina Parot" se estableció en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 197/2006, de 28 de febrero.

que en el caso alemán. Se quería impedir que Parot y sus compañeros de banda terrorista y otros criminales indeseables abandonaran “tan pronto” la prisión<sup>11</sup>. Y es entonces cuando se busca una excusa para ello. Y se encuentra en una nueva forma de computar la pena de cumplimiento que toma en consideración los paliativos punitivos en cada una de las condenas particulares y no en el conjunto de los 30 años<sup>12</sup>.

La demandante ingresó en prisión en febrero de 1989, por delitos relacionados con actividades terroristas, cuyas penas, como se ha dicho, superaban los 3000 años de prisión. Esta condena no fue objeto de discusión ante el TEDH por la recurrente, ni tampoco se atacó su legalidad. La Audiencia Nacional determinó el 30 de noviembre de 2000, merced a la conexión jurídica entre los distintos procesos y delitos, y el correspondiente concurso real de infracciones, el máximo de cumplimiento de 30 años (límite que venía impuesto por el art. 70. 2 del C. p. de 1973 y que no ha sido discutido por nadie). Sobre esos 30 años se aplicaron los beneficios penitenciarios, tal y como era interpretado habitualmente, y consagrado por la STS núm. 529/1994, de 8 de marzo<sup>13</sup>. Dicha Audiencia Nacional, en resolución de 15 de febrero de 2001 fija el 27 de junio de 2017, como plazo absoluto de extinción de condena.

Conforme con esta jurisprudencia tradicional, el 24 de abril de 2008 el centro penitenciario estableció, como fecha de finalización del cumplimiento de la condena, el 2 de julio de 2008, merced a la aplicación de beneficios penitenciarios por trabajos realizados por la reo en prisión. Sin embargo, el 19 de mayo de 2008, la Audiencia Nacional solicitó a la autoridad penitenciaria que realizase un nuevo cálculo, por entender que tras la STS 197/2006 los criterios de liquidación de la condena eran otros. La misma Audiencia fijó, conforme a esta doctrina Parot, el 27 de junio de 2017 como nueva fecha del cumplimiento definitivo de la pena de prisión impuesta a Del Río Prada (es decir, el límite absoluto inicialmente establecido para la liquidación de la condena)<sup>14</sup>.

El recurso que interpuso ante la Audiencia Nacional y el amparo que solicitó ante el Tribunal Constitucional fueron desestimados.

Conforme a la doctrina jurisprudencial que regía en el momento en que Del Río fue enjuiciada, tendría que haber abandonado la prisión a principios de julio de 2008. Con posterioridad a su condena, cuando tiene que ser puesta en libertad, se le aplica retroactivamente una jurisprudencia que cambia los criterios de determinación de la pena de cumplimiento, y alarga su condena casi 9 años más. Esta nueva doctrina se crea para im-

11 Son muchos los trabajos que se han publicado en relación con esta “doctrina Parot”. Citaré algunos representativos. ORTOS BERENGUER, E.: *Comentarios a la Sentencia de la Sala Segunda de lo penal del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero (caso Parot)*. ReCrim (2009); págs. 27 y ss. SANJUÁN GARCÍA, P.: *La redención de penas en la acumulación de condenas: La “Doctrina Parot”*. Lex nova: La revista, núm. 54 (2008). DOLZ LAGO, M.: *Doctrina Parot aplicada al doble cómputo de la prisión provisional en la acumulación de condenas*. Diario La Ley, núm. 7679 (2011). MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Reflexiones sobre el “caso Troitiño”, la “doctrina Parot” y los vaivenes jurisprudenciales en materia de terrorismo*. La Ley, núm. 7654 (2011). MELGAR, J.: *La vigencia de la “doctrina Parot”, entrelazada con el caso “Troitiño”: algunos aspectos de actualidad en el cumplimiento sucesivo de las penas*. Diario La Ley, núm. 7635 (2011). DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R.: *El “caso Troitiño” y la “Doctrina Parot”*. Actualidad Administrativa, núm. 14 (2011); pág. 1. LLOBET ANGLÍ, M.: *Caso Parot en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (Coord.): Casos que hicieron doctrina en el Derecho Penal*. Madrid, 2011; págs. 895 y ss. CALDERÓN MALDONADO, F. A.: *Cumplimiento de las penas: análisis de la Doctrina Parot y del denominado doble cómputo de la prisión provisional*. Diario La Ley, núm. 7671 (2011).

12 Veamos un sencillo ejemplo de la transformación en la cuantía del cumplimiento de la condena que supone la doctrina Parot. Imaginemos que un sujeto es condenado en 1985 (bajo la vigencia del Código penal de 1973) por tres delitos a las penas de 18, 12 y 6 años de prisión. Durante 20 años cumple condena, y en todo ese tiempo trabaja en el centro penitenciario. El art. 100 del C. p. de 1973 establecía que cada dos días trabajados se redimía uno de privación de libertad. Se observarán los siguientes resultados del cambio jurisprudencial.

1. Doctrina tradicional (con anterioridad a la STS 197/2006, resolución que establece la denominada doctrina Parot). Máximo de cumplimiento 30 años. Sobre esta pena se aplican los beneficios penitenciarios. 20 años cumpliendo y trabajando, redimen 10 años. Es decir, 20 años cumplidos y 10 redimidos, 30 años. El sujeto quedaría en libertad tras 20 años de ingreso en la cárcel.

2. Doctrina Parot (tras la STS 197/2006). De esos 20 años de cumplimiento tomamos 12 y extinguimos la primera condena (12+6)=18. Tomamos los 8 años restantes y extinguimos la segunda condena (8+4)=12. Pero como ya no quedan más años para redimir pena, la tercera, de 6 años, tendría que ser cumplida bajo las mismas reglas. Para extinguirla necesitaría de otros 4 años más de trabajo en prisión (4+2=6).

De tal manera que, con la doctrina Parot, el sujeto tendría que cumplir 24 años y no 20 para extinguir todas las penas. Y si la suma total en vez de 36 años, fuera mayor (a partir de 45 años), el reo debería cumplir inexorablemente 30 años, siendo totalmente irrelevante la redención de pena por trabajo realizado en el centro penitenciario.

13 STEDH de 10 de julio de 2012, núms. 25 y ss.

14 STEDH de 10 de julio de 2012, núms. 9 y ss.

pedir que sujetos peligrosos, o, al menos, indeseables socialmente, recobren la libertad. De nuevo, como en el caso alemán, la irretroactividad de la aplicación de la pena desfavorable es concebida como peligrosa. Por el contrario, se aplica desfavorablemente (prolongando en 9 años la privación de libertad) una nueva interpretación en la determinación de la sanción a efectos de su efectivo cumplimiento. Al considerado como sujeto socialmente indeseable, se le aplica retroactivamente la ley penal más lesiva a sus derechos, pues se pretende que no recupere todavía su vida social en libertad.

### 3. La respuesta de los tribunales constitucionales

Con bastante frecuencia, los tribunales ordinarios se oponen a medidas político-criminales del poder ejecutivo o legislativo que, con el fin de enfrentarse a sujetos peligrosos o socialmente indeseables, superan los límites del Derecho Penal democrático. Y si esos tribunales se dejaban llevar por esa nueva tendencia a combatir la inseguridad ciudadana, el Tribunal Constitucional ha actuado como dique de contención en la tutela del Estado de Derecho. Pero en estos dos casos que ahora se examinan paralelamente, llama la atención que ni unos ni otro pusiesen límite a la fragante violación de una garantía penal como es el principio de legalidad en su versión de prohibición de la retroactividad de la ley desfavorable.

En el caso alemán, los tribunales ordinarios se limitaron a seguir las pautas de la reforma de 1998. Y cuando M. solicitó su liberación, que concluía tras 15 años de privación de libertad conforme a las reglas vigentes cuando fue enjuiciado, se le denegó aplicando la nueva ley sin cuestionamiento ninguno<sup>15</sup>. Ciertamente es que los informes de los especialistas concluían que M. seguía siendo una persona peligrosa, y que, además de la reforma de 1998, el § 2. 6 del StGB (Código penal alemán) amparaba la retroactividad de las medidas de

seguridad en este país<sup>16</sup>. Pero también es verdad que los órganos jurisdiccionales no se plantearon en ningún momento que estos preceptos y su aplicación podrían violar derechos constitucionales del interno.

En España ya se ha visto que fue la misma Audiencia Nacional quien conminó a la autoridad penitenciaria para que aplicase la nueva doctrina jurisprudencial de determinación del cumplimiento de la condena en la consideración de los beneficios penitenciarios<sup>17</sup>. En realidad, la posición de este órgano judicial era coherente con la que había mantenido cuando se le solicitó la acumulación de condenas del interno Henri Parot, que dividió en dos periodos, superando considerablemente los 30 años de cumplimiento efectivo e impidiendo la puesta en libertad del reo<sup>18</sup>.

Lo común de estos dos casos, como ya se ha apuntado, es que ambos sujetos, con una larga carrera delictiva, tenían que abandonar la prisión (conforme a la legalidad cuando fueron enjuiciados), y retroactivamente, por reforma legal en un caso, por modificación de doctrina judicial en otro, se prolongó su privación de libertad. En las correspondientes decisiones judiciales que impedían esa puesta en libertad y que prolongaban el internamiento, se aplicaba retroactivamente, en perjuicio del custodiado y de la reo, respectivamente, una reforma legislativa y un cambio jurisprudencial interpretativo de la norma penal. Esa aplicación retroactiva directa o indirecta de la norma penal desfavorable al reo suponían al menos, en M., 8 años, y en Del Río, 9 años de encierro añadido en relación con lo que correspondería de acuerdo a su situación legal inicial. Claro está, que esa fragante violación del principio de irretroactividad desfavorable al reo debería apoyarse en un poderoso argumento jurídico que formalmente la neutralizase. En el caso alemán, dicho argumento jurídico se sustentaba en el hecho de que la prolongación del interna-

15 El Tribunal Regional de Marburg, el 10 de abril de 2001 resolvió, aplicando la nueva legislación, que el demandante debía continuar en custodia de seguridad. El Tribunal de Apelación de Frankfurt am Main rechazó el correspondiente recurso, corroborando la resolución del anterior, en decisión de 26 de octubre de 2001. Al respecto, STEDH de 17 de diciembre de 2009 (asunto M. contra Alemania), núms. 17 y ss.

16 § 2. Validez temporal... (6) En las medidas de corrección y prevención, si legalmente no se establece otra cosa, regirá la ley vigente al tiempo de la resolución.

17 Por auto de 10 de julio de 2008, la Audiencia Nacional rechaza el recurso de súplica de la demandante frente a su decisión del 23 de junio de 2008 que había fijado, siguiendo la doctrina Parot de la STS 197/2006, el 27 de junio de 2017 como fecha de cumplimiento definitivo de la condena. STEDH de 10 de julio de 2012, núms. 16 y 17. Con posterioridad, este tribunal confirmó de nuevo su posición a través del Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de 13 de octubre de 2009, dictado en la ejecutoria núm. 36-1985, por el que se desestima el recurso de súplica interpuesto contra la providencia de 30 de julio de 2009, por la que se acuerda fijar como fecha de licenciamiento definitivo de la recurrente el día 27 de junio de 2017. En este sentido, Antecedentes del Auto del TC 94/2012, de 21 de mayo.

18 Auto de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2005, cuya casación dio lugar precisamente al nacimiento de la doctrina Parot en la mencionada STS 197/2006, de 28 de febrero.

miento no constituía una mayor pena, sino una nueva forma de cumplimiento de una medida de seguridad (la custodia de seguridad) que en el StGB no goza, como se ha visto, de la garantía de la irretroactividad desfavorable al afectado. En el caso español se abogó en la consideración de que no había modificación alguna de la normativa penal, sino tan sólo de su interpretación jurisprudencial, la cual queda exenta de la mentada prohibición. Si el Tribunal Constitucional alemán (*BVerfG*) y el Tribunal Constitucional español (TC) hubieran actuado realmente como el Defensor de la Constitución, habrían levantado el velo formal que cubría la violación del derecho fundamental, y habrían continuado con la función de tutela del Estado de Derecho. No fue así. Se formulase expresamente (*BVerfG*) o en silencio (TC), se le dio más relevancia a la protección de la sociedad ante la excarcelación de un sujeto peligroso, o al derecho de las víctimas a un castigo más severo del autor, que a la garantía penal individual.

### a) La respuesta del Tribunal Constitucional alemán

Ciertos problemas de constitucionalidad que planteaba la medida de custodia de seguridad fueron abordados por el Tribunal Constitucional alemán en las Sentencias de 5 de febrero de 2004<sup>19</sup> y 10 de febrero de 2004<sup>20</sup>. Ahora sólo me referiré a la primera de ellas, que fue objeto de ulterior enjuiciamiento en la citada STEDH de 17 de diciembre de 2009 (asunto M. contra Alemania).

El 28 de noviembre de 2001, la representación de M. interpuso recurso ante el *BverfG* contra las resoluciones que determinaron la continuidad de su internamiento tras la expiración del plazo de 5 años de condena y 10 de custodia de seguridad<sup>21</sup>. El *BverfG* examinó, por tanto, la constitucionalidad de la reforma de la institución operada en 1998, que eliminó el límite temporal de diez años en la primera imposición de la custodia de seguridad, pudiendo ser ésta indefinida, y aplicándo-

se, además, retroactivamente a sujetos que la cumplían conforme a la normativa anterior (lo que ocurría en el caso de M.). Aquí, como se ha señalado, se planteaba la inconstitucionalidad de la regulación por atentar al principio de irretroactividad desfavorable al reo (en este caso, custodiado) que expresamente viene recogido en el apartado segundo del art. 103 de la Ley Fundamental (GG).

El *BVerfG* estimó la constitucionalidad de esta regulación, atendiendo, fundamentalmente, al argumento de que el principio de irretroactividad de las sanciones desfavorables al reo afectaba sólo a la pena y no a la medida de seguridad. No es mi intención entrar aquí en esta argumentación, sobre la que volveré al analizar la Sentencia del TEDH (que la combatió). Ahora me interesa destacar otro aspecto en el que dicha resolución también apoyó su tesis para fundamentar la legitimidad de la retroactividad de la custodia de seguridad indefinida (sin límite de plazo). Y, a pesar de que el cumplimiento de esta medida de seguridad se realiza en el mismo establecimiento que las penas de prisión, y de que el ámbito de derechos del afectado es idéntico (fundamentalmente, la privación de libertad), el Alto Tribunal no aplica la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley desfavorable por un mero “eti-quetamiento”. Si el legislador califica la sanción como medida de seguridad, no gozará de los límites que se le atribuyen a la pena. Y ello acudiendo al argumento de que los derechos individuales ceden ante el deber de protección de la comunidad frente a los sujetos altamente peligrosos que previamente han cumplido su condena<sup>22</sup>.

De lo expuesto en la resolución reseñada (y lo mismo se podría decir de esta otra de 10 de febrero de 2004, que no es objeto de estudio en la presente contribución) hay que señalar que, en efecto, el Tribunal Constitucional alemán superó las funciones que normalmente competen a un órgano de estas características, para situarse en una posición ideológica cercana a los objetivos que persigue el Estado en la lucha contra la peligrosidad de

19 *BVerfG* Sentencia de 5 de febrero de 2004 (2 BvR 2029/01), citada por la doctrina como *BVerfGE* 109, 133.

20 *BVerfG* Sentencia de 10 de febrero de 2004 (2 BvR 834, 1588/02), citada por la doctrina como *BVerfGE* 109, 190.

21 STEDH de 17 de diciembre de 2009, núms. 26 y ss.

22 El mismo *BVerfG* entró en contradicción en las dos resoluciones señaladas al principio de este subapartado. Pues en la primera (5 de febrero de 2004) afirmaba que el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable a reo no era aplicable a la custodia de seguridad por carecer ésta de naturaleza punitiva. Y en la segunda (10 de febrero de 2004), en cambio, declaró inconstitucional dos leyes de dos Estados federados que regularon la custodia de seguridad *a posteriori* por entender que dichas leyes tenían naturaleza penal y esa competencia es exclusiva del Estado central. En este sentido, la crítica de BÖHM, María Laura: *El ente inseguritas y la inseguridad del Derecho Penal. Reflexiones a partir del caso alemán*. Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 3 (abril, 2012); págs. 156 y ss., 161, nota 23.

los ciudadanos (que ya la han manifestado en hechos delictivos enjuiciados)<sup>23</sup>.

En esta decisión del *BVerfG*, en efecto, latían los mismos temores que en la regulación de la custodia de seguridad. Se trataba de impedir que determinados sujetos, calificados como altamente peligrosos, fueran liberados tras el cumplimiento de la condena y de la medida de seguridad de diez años. Se temía la reacción de los medios de comunicación ante la alarma social que podría derivar de esa puesta en libertad. De nuevo aparece el valor simbólico de decisiones del Defensor de la Constitución. Son decisiones con un contenido político-criminal, que persiguen lograr un aparente “efectivismo” en la lucha contra la criminalidad de los sujetos más peligrosos, separándose de su auténtica tarea: la defensa de las garantías y principios constitucionales de todos los ciudadanos, incluidos los más peligrosos. Pero el tiempo demostraría que dicho “efectivismo”, como todo “efectivismo” en la época de la globalización, es más aparente que real<sup>24</sup>.

#### b) La respuesta del Tribunal Constitucional español

Tras agotar la vía judicial, Del Río Prada recurrió en amparo al TC. Este Alto Tribunal denegó, en el correspondiente recurso de amparo, la suspensión de la pri-

vacación de libertad por Auto 94/2012, de 21 de mayo de 2012. La recurrente presentó demanda frente al TEDH, y posteriormente, dado que la resolución del Tribunal Europeo le era favorable (en primera instancia), desistió a dicho recurso de amparo, desistimiento que fue aceptado por Auto 164/2012, de 17 de septiembre de 2012. Previamente, el TC había denegado el amparo constitucional a varias decenas de internos que recurrieron las resoluciones de los tribunales que aplicaban la doctrina Parot (salvo casos excepcionales en los que la Audiencia Nacional había roto la propia firmeza de sus resoluciones). Las razones de la denegación se encuentran en esa serie de resoluciones, y que, muy resumidamente, paso a exponer<sup>25</sup>. No quiero entrar en todos los argumentos empleados por el TC, no es éste el objeto del presente trabajo. Me voy a centrar en lo que el TC no consideró y sin embargo, fue relevante para el TEDH<sup>26</sup>.

El art. 25. 1 de la CE recoge el principio de legalidad de los delitos y de las penas (también de las infracciones y sanciones administrativas)<sup>27</sup>. Este principio no se habría violado, según estima el TC, porque a los internos que recurrieron por la aplicación retroactiva de la doctrina Parot no se les impuso una pena mayor que la contemplada por la Ley a los delitos perpetrados. Distingue el TC, citando doctrina del TEDH, entre cuestio-

23 Una de las autoras que mejor ha estudiado esta perspectiva ideológica de esta primera etapa del *BVerfG*, lo ha explicado con un gran acierto: “La prevención difusa y la intervención tajante son las funcionalidades del ‘Derecho del riesgo’ que ponen en contacto la cadena de significaciones de las técnicas de peligro (‘prevención’, ‘factores de riesgo’, etc.) y la lógica del combate (‘defensa’, ‘neutralización’). De este modo se adoptan en el discurso del Derecho Penal (términos como...) ‘protección’ y ‘defensa’ frente a ‘peligros/riesgos’. Esta situación va más allá en la articulación de las actuales funciones. Las funciones del Tribunal Constitucional también parecen haber sido articuladas. Mientras que el Tribunal Constitucional velaba en el ámbito jurídico-penal por la observancia de las garantías y principios constitucionales y penales, aquí el Tribunal vela por el respeto y cumplimiento de ese cometido (jurídico-)estatal del Derecho Penal, esto es, por la ‘protección’ y ‘defensa’ de la población. Proteger a la población es equivalente con satisfacer funciones jurídico-estatales. Los principios del Estado de Derecho ya no se expresan como tutela de los derechos individuales de un ‘delincuente’, sino como tutela de la población ante ‘peligros/riesgos’. El Derecho Penal pasa a ser ‘Derecho del riesgo’ y el delincuente, a ‘peligroso’”. BÖHM, María Laura: *Der ‘Gefährder’ und das ‘Gefährdungsrecht’: eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgerichts über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung*. Göttingen, 2011; pág. 149.

24 El *BVerfG* llega a expresar afirmaciones del siguiente calado: “... la necesidad de seguridad de la comunidad (sería prioritaria) frente al derecho fundamental a la libertad del demandante, y consecuentemente, niega su pretensión de puesta en libertad” Auto del Tribunal Constitucional alemán de 22 de diciembre de 2009. Al respecto, BÖHM: *Der ‘Gefährder’ und das ‘Gefährdungsrecht’*... cit.; pág. 103.

25 Dado que esta jurisprudencia constitucional fue combatida dos meses después por la sentencia del TEDH de 10 de julio de 2012, apenas existen trabajos que se centren en ella. Entre los más recientes, y con referencias muy generales, ARRATIBEL PASTOR, I.: *La redención de penas y la doctrina Parot llegan al TC*. Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3 (2012); págs. 99-101. TAJADURA TEJADA, J.: *La doctrina Parot*. Claves de Razón Práctica, núm. 222 (2012); págs. 98-109. MARTÍN PALLÍN, J. A.: *La Doctrina Parot severamente rechazada*. Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 848 (2012); pág. 3. BENÍTEZ DE LUGO GUILLÉN, J. M.: *El Tribunal de Estrasburgo y la ‘doctrina Parot’*. El siglo de Europa, núm. 983 (2012); pág. 24. MUÑOZ CLARES, J.: *Sobre la llamada ‘doctrina Parot’*. Revista General de Derecho Penal, núm. 18 (2012). LANDA GOROSTIZA: *Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH*... cit.

26 La STC 40/2012, de 29 de marzo, contiene la argumentación más relevante que constituye el núcleo duro de la posición del Alto Tribunal, así como el voto particular que manifiesta una opinión disidente de la mayoría. Caben destacar, además, entre otras, las SSTC 113 y 114/2012, de 24 de mayo; 108/2012, de 21 de mayo; 14, 41, 57, 62, 67, 68 y 69/2012, de 29 de marzo.

27 Art. 25. 1 de la CE: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

nes relativas a la propia pena, y cuestiones relativas a la ejecución de la pena. Ahí reside el problema fundamental en este caso. Según el TC, pues, el principio de legalidad implica que al sujeto no se le imponga pena mayor que la establecida por la Ley a los hechos que perpetró. Esta pena se considera, en el caso de concurso real de delitos conforme a la legislación vigente en el tiempo en que ocurrieron los hechos (C. p. de 1973), de 30 años. Y la doctrina de la famosa STS 197/2006, aunque supone un aumento de la pena a cumplir frente a los criterios tradicionales jurisprudenciales de aplicación de beneficios penitenciarios, nunca supera este límite. Dado que la nueva interpretación no alcanzaría a la pena en sí misma considerada, sino a su ejecución, se destierra, por tanto, la subsunción de los supuestos objeto de los recursos en el ámbito del principio de legalidad del art. 25. 1 de la CE<sup>28</sup>.

También parece deducirse de la argumentación del TC que no habría prohibición de retroactividad de esta jurisprudencia desfavorable (exigencia derivada del principio de legalidad) dado que dicha garantía afecta a la pena en sí misma considerada y no a su ejecución. La consideración de beneficios penitenciarios, en definitiva, que podría suponer (y suponía en la mayoría de los casos) una reducción de condena de hasta un tercio, no afectaría a la propia pena sino a su aplicación concreta. Además, el cambio operado en el cómputo de dichos beneficios penitenciarios se realizaría no tanto desde el ámbito de la ley, sino de la jurisprudencia. Y el mismo TC expresa que los cambios de criterio jurisprudencial no han de tratarse en el marco del principio de legalidad (art. 25. 1 de la CE), sino desde otras perspectivas, como es el derecho de igualdad (art. 14 de la CE), cuya violación, en este último supuesto, también es rechazada (con la asombrosa afirmación de que la resolución que sustenta este cambio de jurisprudencia, la STS 197/2006, no había sido combatida, lo cual era imposible en la mayoría de los casos).

Rechazada la violación del principio de legalidad penal y su manifestación como prohibición de re-

troactividad de sanciones desfavorables, el menoscabo del derecho a la libertad se examina desde la perspectiva de su infracción a través de resoluciones jurisdiccionales. De esta forma se intenta examinar la conculcación del derecho a la libertad en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE). Y de nuevo la respuesta es negativa recurriendo otra vez a esa trampa de que no se impugna la STS de 28 de febrero de 2006 sino las resoluciones de la Audiencia Nacional que aplicaron su doctrina, que desde el punto de vista formal son inatacables. De este modo el TC evita entrar en el fondo material del asunto y se desvía por una serie de consideraciones formalistas. Esto es, no responde a la cuestión de si un cambio jurisprudencial que rompe con una interpretación (sólidamente asentada, sin quiebra alguna, y establecida por ese mismo tribunal) en la forma de determinación del cómputo de beneficios penitenciarios por trabajos realizados, y que implica siempre mayor privación de libertad que la prevista cuando el sujeto fue enjuiciado y condenado, viola un derecho fundamental consagrado en la Constitución. A esta cuestión añadiría algo más. Y es que dicho cambio jurisprudencial se origina y se elabora para que determinado sujeto, o determinados sujetos, considerados socialmente indeseables o incluso peligrosos (terroristas sanguinarios), no abandonen la prisión.

Ciertamente, lo que no explica el Alto Tribunal es que la nueva doctrina asentada por la STS 197/2006 supone, para una mayoría de los afectados, una privación de libertad muy superior a la que era prevista cuando realizaron los hechos punibles y fueron enjuiciados. En lo que sí tiene toda la razón el TC es que no hay una aplicación retroactiva del art. 78 del C. p. de 1995, aunque se consideraron la filosofía y la política criminal que latía en él.

También asiste la razón al Defensor de la Constitución cuando señala que no es su función revisar la interpretación de los textos legales que realizan los tribunales ordinarios<sup>29</sup>. En este caso no es necesario

28 STC 40/2012, de 29 de marzo (FJ 6), a la que se hará referencia en representación de todas aquellas resoluciones que admitieron la constitucionalidad de la denominada doctrina Parot. "6. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que no nos encontramos en el ámbito propio del derecho fundamental consagrado en art. 25.1 CE, que es el de la interpretación y aplicación de los tipos penales, la subsunción de los hechos probados en los mismos y la imposición de la pena en ellos prevista (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16; 163/2004, de 4 de octubre, FJ 7; 145/2005, de 6 de junio, FJ 4; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 4, entre otras muchas), sino en el de la ejecución de una pena privativa de libertad, cuestionándose el cómputo de la redención de penas por el trabajo, sin que de la interpretación sometida a nuestro enjuiciamiento se derive ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto".

29 "Llegados a este punto, hemos de recordar que no es función de este Tribunal la interpretación de la legalidad ordinaria y, en lo que aquí interesa, que no nos corresponde pronunciarnos directamente sobre cómo interpretar y aplicar al caso el art. 70 en relación con

hacerlo. Es posible que la interpretación del TS en la Sentencia 197/2006 sea más acorde con el tenor literal del precepto y con la sistemática de otras disposiciones de cumplimiento de condenas que la que él mismo plasmó y mantuvo sin fisura alguna con anterioridad a la doctrina Parot. Lo que no parece admisible es que ambas interpretaciones sean posibles a la luz de la CE<sup>30</sup>, pues entre ellas hay una diferencia de muchos años de privación real de libertad. Y sin recurrir a argumentos técnico-jurídicos a favor de una u otra (que los hay, y de gran envergadura), habría que preguntarse (lo que no hace el TC) cuál de las dos interpretaciones es constante y reiterada, crea seguridad jurídica, es accesible y previsible. Y habría que tener presente, además, si se trata de una interpretación que mejora la práctica de la Ley penal, sin violar derechos fundamentales. Y la respuesta es clara. Esta nueva jurisprudencia rompe con toda una forma de determinación del cómputo de la pena a cumplir que estaba asentada durante décadas en los tribunales y guiada por el espíritu y la filosofía del Código penal de 1973. Cuando los últimos reos que todavía se someten al viejo y agotado texto punitivo tienen que recuperar la libertad, se realiza una nueva interpretación de una ley penal que prácticamente ya no le queda vigencia. Lo cual supone que, de la noche a la mañana, la mayoría de los afectados sufren un aumento de prisión de un tercio. Y todo este cambio, por claras razones político-criminales que no se quieren expresar ni por el TS ni por el TC. Dichas razones radican en

que, como he señalado, no se podía permitir que Henri Parot y otros reos de su misma clase abandonaran los centros penitenciarios. La resolución que sustentaba la doctrina Parot y otras que le siguieron no deberían haber tenido cabida en un Estado de Derecho.

Y en efecto, se violaba el principio de legalidad desde una perspectiva material<sup>31</sup>, no formal. Porque al tiempo de perpetrar los hechos, la pena a cumplir venía reducida en un tercio por aplicación de los beneficios penitenciarios. Y con posterioridad, cuando el sujeto finaliza el cumplimiento de su condena con arreglo a dicho criterio, esa pena deja de reducirse en un tercio (o nada, si la suma previa de las condenas superaba los 45 años de prisión), aumentando de forma imprevisible e inaccesible, la privación de libertad. Como se verá más adelante, la seguridad jurídica plasmada en la accesibilidad y previsibilidad de las consecuencias punibles al hecho delictivo constituye la auténtica calidad de la ley penal. O, dicho de otra forma, constituyen los requisitos que fundamentan materialmente el principio de legalidad penal.

De ahí que, tal y como propone el voto particular de la magistrada ASÚA BATARRITA, la aplicación por los tribunales de la doctrina Parot atenta al principio de legalidad penal del art. 25. 1 de la CE y dicho atentado se plasma en el menoscabo de otro derecho fundamental cual es la libertad personal consagrado en el art. 17. 1 de la CE (junto a este otro de la tutela judicial efectiva del art. 24. 1 de la CE)<sup>32</sup>. Esta posición sería mante-

el art. 100 CP 1973, y sobre cuál ha de ser el límite de cumplimiento y el modo de computar las redenciones, pues se trata de decisiones de ejecución de lo juzgado que, de acuerdo con el art. 117 CE corresponden en exclusiva a los órganos judiciales (STC 147/1988, de 14 de julio, FJ 2; en el mismo sentido, 237/1998, de 14 de diciembre, FJ 3; 31/1999, de 8 de marzo, FJ 3). STC 40/2012, de 29 de marzo (FJ 7)".

30 Así se expresa el voto particular de la magistrada Adela ASÚA BATARRITA: "Ciertamente, un precepto penal cuyo tenor literal permitiera acoger dos interpretaciones tan dispares en cuanto a sus efectos penológicos no reuniría las condiciones requeridas de calidad normativa, que derivan de la garantía constitucional de la legalidad penal". STC 40/2012, Voto Particular, núm. 3 *in fine*.

31 En este sentido, las acertadas palabras de CUERDA ARNAU: "Por consiguiente, el problema es un problema de legalidad, relativo, en suma, a si la interpretación realizada por el TS respeta o no ese canon constitucional, que apela a la certeza, la claridad y la previsibilidad. Sentado lo anterior, lo que sigue es reafirmar la función que tiene asignada la jurisdicción constitucional. Nadie duda de que la interpretación de la legalidad ordinaria corresponde a los jueces y tribunales y, en última instancia, al Tribunal Supremo (art. 123 CE). Ahora bien, tampoco puede dudarse de que dentro de las funciones asignadas al TC está la de enjuiciar la constitucionalidad de tal interpretación cuando ésta pueda comprometer derechos y garantías constitucionales. En este caso, en primer lugar, el TS interpreta una ley ya derogada y, en segundo lugar, lo hace no como siempre se entendió esa ley sino de un modo absolutamente distinto e imprevisible. Se produce, en suma, un cambio radical de criterio cuando la ley ya ha perdido vigencia ¿Hay algo que comprometa en mayor medida la garantía representada por el principio de legalidad?". CUERDA ARNAU, M. L./VIVES ANTÓN, T. S.: *La imprevisibilidad del sistema jurisdiccional español: el caso Parot como paradigma*. Libro homenaje al Prof. Dr. Rodrigo Fabio SUÁREZ MONTES. En prensa.

32 "El conjunto de los razonamientos expuestos conduce, a mi juicio, de forma patente, a concluir que la interpretación aplicada por remisión a la doctrina sentada en la STS 197/2006 puede calificarse de imprevisible porque adiciona al tenor literal de la ley una exigencia no incluida en ella como es la de que el cumplimiento de la condena deba realizarse en toda su extensión 'en un centro penitenciario', excluyendo con ello la regla general del Código penal de 1973 de redención de penas por trabajo. Asimismo, resulta incoherente en el contexto del sistema normativo del Código penal de 1973 y aboca a resultados incongruentes en la selección de la norma aplicable. A ello se une que la fundamentación material aducida en apoyo del cambio de criterio, aunque resulte más ajustada a criterios de justicia material y de técnica legal, no se coherencia con las premisas político-criminales que inspiraban la redención de penas por trabajo y las pautas sis-

nida por el TEDH, pero considerando estas garantías afectadas a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

#### 4. El TEDH y el regreso al Estado de Derecho del sujeto peligroso o socialmente indeseable

Un sujeto peligroso (con un amplio historial delictivo) en Alemania y otros socialmente indeseables, (por tratarse de terroristas con crímenes de sangre) en España, tenían que recuperar su libertad según la norma aplicable cuando realizaron los hechos y fueron enjuiciados. Los medios de comunicación afilaban sus dientes frente a la posibilidad de que estos ciudadanos se reincorporaran a la sociedad. Los poderes públicos vinculados fuertemente al sistema penal (poder legislativo en Alemania, poder judicial en España) decidieron aplicar retroactivamente una nueva norma (reforma legal en Alemania, cambio jurisprudencial en España) para evitar que los afectados recuperasen su libertad. La nueva norma<sup>33</sup>, por tanto, perjudicaba (y gravemente) los derechos del peligroso y del socialmente indeseable. El *BVerfG* alemán y el TC español decidieron cambiar de tarea y, bien expresamente (caso alemán), bien tácitamente (caso español) se sumaron a las nuevas corrientes político-criminales que velan por el derecho de la sociedad y de las víctimas a la seguridad frente a sujetos peligrosos o socialmente indeseables.

La violación material de las garantías constitucionales de los reos se burlan con quiebros formalistas que evitan pronunciarse sobre las cuestiones fundamentales. Y es entonces cuando el Estado de Derecho se echa a temblar. Es posible que este tipo de situaciones rodaran constantemente por un plano inclinado que conduce a la inseguridad jurídica y a la ausencia de derechos de no ser por la intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, con excelente criterio (al menos en estos dos casos), ha dado un paso al frente para oponerse a este constante debilitamiento del Estado de Derecho.

No es mi intención ahora llevar a cabo un exhaustivo comentario de ambas resoluciones, ya hay algunos trabajos dedicados a ello<sup>34</sup>. Ahora me interesa más desvelar la metodología que de forma paralela emplea el Alto Tribunal Europeo para deshacer el entramado formalista que esconde la violación de las libertades de los afectados. También quisiera reflejar la formulación teórica que presenta el TEDH para llevar a cabo una mayor protección material del principio de legalidad y sus derivados en relación con el derecho a la libertad del sujeto peligroso o socialmente indeseable.

Antes de nada, hay que recordar que en ambas resoluciones se trataba de determinar la conformidad con los arts. 5.1 y 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>35</sup> de estas dos situaciones que venimos recordando.

---

temáticas y técnicas del aquel Código penal ya derogado, que es el aplicado al supuesto que motiva este recurso de amparo... Por ello, considero que debiera haberse estimado el presente recurso de amparo por vulneración de los arts. 17.1, 24.1 y 25.1 CE". STC 40/2012, Voto Particular, núm. 7 *in fine*.

33 Es posible que alguien piense que la doctrina Parot es una mera interpretación de unos preceptos legales del C. p. de 1973. Es algo más. Crea una norma que antes no existía. Si admitimos (y creo que cualquier jurista estará de acuerdo) que no es lo mismo norma y texto legal, una interpretación radicalmente diferente de éste puede modificar aquélla. La STS 197/2006 modificó la consecuencia jurídica del cómputo real de la condena a efectos de su cumplimiento efectivo en el marco de la aplicación de los beneficios penitenciarios. Distinta es la problemática de si el Tribunal Constitucional debe pronunciarse sólo sobre el tenor literal del texto formal que contiene la norma o puede también enjuiciar la misma norma materialmente considerada. Personalmente, siguiendo a VIVES ANTÓN, soy partidario de esta segunda posición. "Parece claro que la mera existencia de una Constitución normativa hace que la ley no sea válida sólo por su forma, sino que, al no ser ya la norma suprema, ha de serlo también en virtud de su contenido. Dicho de otro modo para que la ley sea válida su contenido normativo ha de ser constitucionalmente legítimo. El objeto del juicio de constitucionalidad no es ya meramente el texto de la ley, sino el contenido normativo que ese texto expresa y, por lo tanto, la separación tajante entre texto y contenido normativo resulta imposible". CUERDA ARNÁU, M. L./VIVES ANTÓN, T. S.: *La imprevisibilidad del sistema jurisdiccional español: el caso Parot como paradigma*. Libro homenaje al Prof. Dr. Rodrigo Fabio SUÁREZ MONTES... cit.

34 Al respecto, *vid supra* notas 3 y 4, tomando en consideración, especialmente para el caso alemán, la monografía de REMDE, Carina: *Die Zukunft präventiven Freiheitsentzugs vor dem Hintergrund der EMRK*. Hamburg, 2012. Para el caso de España habría que añadir, de pronta aparición, el trabajo de CUERDA ARNÁU, M. L.: *Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (A propósito de la STEDH Del Rio Prada c. España)*. Revista Penal, núm. 31 (2013); págs. 52-69.

35 Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;

Artículo 7. No hay pena sin ley.

En un caso, la conformidad con el CEDH se enjuiciaba en relación con la aplicación de la reforma alemana de la custodia de seguridad de 1998, que eliminó el plazo límite de esta medida, establecido hasta entonces en diez años (sustituyéndolo por otro de carácter indefinido). En otro caso, era la aplicación de la jurisprudencia de la denominada doctrina Parot, que modificaba el cumplimiento real de la condena, agravándola siempre, y que se llevó a cabo con posterioridad al enjuiciamiento de los sujetos afectados, lo que constituía el objeto de debate en relación con el respeto a los preceptos señalados.

*a) La argumentación formalista incompatible con la tutela material del derecho*

Ya se ha visto que tanto el *BVerfG* como el TC rechazaron los correspondientes recursos sin aceptar la violación del principio de irretroactividad de normas desfavorables al reo y del derecho a la libertad. En ambos casos, el núcleo esencial de la argumentación se expresaba bajo una consideración formalista que no permitía atacar el problema desde su misma raíz. El TEDH se esfuerza precisamente por enfrentar estas cuestiones formales con la lógica de la razón de ser de los principios y derechos del afectado tutelados en el CEDH.

En el caso alemán, el *BVerfG* se basó, en el sentido apuntado, en una serie de consideraciones formalistas. El argumento, ya explicado, partía de la premisa de que la prohibición de retroactividad de medidas sancionatorias expresada en el art. 103, párrafo segundo, de la GG, sólo alcanzaba a la pena, y no a la medida de seguridad. Y como la custodia de seguridad es una medida, y no una pena, no se violaba este principio constitucional básico en Derecho Penal. Este razonamiento se sostuvo, ante el TEDH<sup>36</sup>.

En el caso español, la vulneración de la prohibición de retroactividad de la mayor punibilidad también se quiso esconder bajo el ropaje de otro planteamiento formalista. Y en efecto, se recurre a una distinción que

utilizó ya el propio TEDH en otros enjuiciamientos<sup>37</sup> (bajo circunstancias muy diferentes), entre medidas que afectan a la pena en sí misma considerada y medidas relativas a la ejecución o determinación de la pena concreta. El principio de irretroactividad desfavorable al reo derivado del art. 7. 1, segundo inciso, entonces, se limitaría a la condena abstracta y no tendría vigencia en relación con su aplicación a efectos de cumplimiento en consideración a los beneficios penitenciarios. De ahí se deduciría que el máximo de condena, según las reglas de acumulación de penas del C. p. de 1973, era 30 años. Y como la nueva jurisprudencia nacida con la STS 197/2006 respetaba ese límite de 30 años, no habría vulneración alguna del art. 7. 1 del CEDH<sup>38</sup>.

Pero esta interpretación, que puede defenderse desde una dogmática jurídica tan purista como alejada de la realidad, no tomaba en consideración las circunstancias que la reforma legal (Alemania) y la nueva doctrina jurisprudencial (España) imprimían en el agravamiento material de la privación de libertad de los sujetos peligrosos o socialmente indeseables. En Alemania M. tenía que abandonar el centro de cumplimiento tras quince años de encierro (cinco en prisión, diez en custodia de seguridad), según la normativa vigente cuando realizó los hechos y fue enjuiciado. Del Río Prada tendría que haber abandonado el centro penitenciario el 2 de julio de 2008, conforme se aplicaba la determinación de la condena (teniendo en consideración los trabajos realizados en prisión) según la interpretación, sin fisuras, de los tribunales en el momento en el que ésta cometió los hechos, también en el que fue procesada, enjuiciada y condenada.

Pero cuando ambos tienen que recuperar su libertad, se les prolonga su privación. A M., indefinidamente, porque la reforma legal alemana así lo estableció. Y a Del Río Prada, casi nueve años, hasta el 27 de junio de 2017, porque la nueva regla jurisprudencial, que nunca rigió estando vigente el C. p. de 1973, así lo determinó. Y los alegatos a favor de este grave exceso en el encierro de los afectados se pueden resumir

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.

36 STEDH de 17 de diciembre de 2009 (M. contra Alemania). En los núms. 113 y ss. se recogen los argumentos que presentó el gobierno germánico, que se apoyaron, como era lógico, en la jurisprudencia del *BVerfG*.

37 Sobre esta distinción, y la evolución de la doctrina del TEDH, con gran rigor y profundidad, LANDA GOROSTIZA: *Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH. A propósito del caso Del Río Prada c. España...* cit. (especialmente el texto que corresponde con las notas 34 y ss.).

38 STEDH de 10 de julio de 2012 (Del Río Prada contra España). En los núms. 35 y ss. se recoge el argumento principal del gobierno español, que también se apoya en la jurisprudencia del TC y en la de otros casos del TEDH.

en apenas unas palabras. Se trata de una medida de seguridad y no de una pena. Se trata de la forma de ejecutar la condena, y no de la pena genérica e inicialmente impuesta.

Afortunadamente, el TEDH no se conformó con este superficial disfraz jurídico. Fue a la comprobación de la vulneración material de los derechos consagrados en el CEDH y de su correspondiente justificación.

### b) La vulneración material del derecho y su justificación

El art. 7. 1 del CEDH establece el principio de legalidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano y como veto a la arbitrariedad de los poderes públicos en el marco del sistema penal. El sujeto tiene que conocer el alcance de sus actos y las consecuencias jurídicas que vienen acarreadas a los mismos. Para ello la norma que define los comportamientos humanos como delitos y les atribuye una sanción, tiene que ser accesible. Dicha accesibilidad, a su vez, determina la previsibilidad, la asunción cognitiva de lo que puede ocurrir si se viola la ley. La accesibilidad y la previsibilidad de las consecuencias de la infracción de la norma constituye el fundamento material de la garantía individual del principio de legalidad. Y al mismo tiempo, limita la arbitrariedad del poder punitivo. Por esa razón el art. 7. 1 del CEDH viene encabezado por la referencia de que no hay pena sin ley.

Los fundamentos de la accesibilidad y de la previsibilidad se quiebran cuando ese poder público traslada consecuencias punibles más gravosas a momentos pretéritos en que no regían dichas consecuencias punibles. Es por ello que el último inciso de ese art. 7. 1 establece que no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

Desde mi punto de vista, el planteamiento que tendría que haber realizado tanto el *BVerfG* como el TC debería haber comenzado aquí. Es decir, la cuestión a resolver residiría en si a M., si a Del Río Prada se le impuso una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción fue cometida. Pero para desarrollar este planteamiento, no basta con desechar formalmente la subsunción de estos casos a la exigencia de la prohibición de la irretroactividad desfavorable. No basta con decir “a M. no se le aplica la regla porque no se le impuso mayor pena, sino una medida de seguridad indefinida”. No basta con afirmar que “a Del Río Prada no se le aumentó la condena, sino que se ejecutó de forma distinta”. Ahí se quedaron las instituciones alemanas y españolas.

En cambio, el TEDH da un paso más. Se pregunta si a M., si a Del Río Prada, se les aplicó realmente una pena mayor de la que venía determinada por la norma cuando perpetraron los hechos, con independencia de la etiqueta que la ley o los tribunales quieran colocarle. Esta línea metodológica se llevó a cabo, de forma paralela, en los dos supuestos examinados. Sin embargo, con la intención de perfilar más nítidamente ambas realidades, se considera oportuno llevar a cabo una explicación individualizada de las dos formas argumentativas.

b<sub>1</sub>) La custodia de seguridad indefinida es una pena más grave

Así, en el caso alemán, el TEDH, después de un pormenorizado análisis de la petición del demandante, consideró que el Estado alemán había violado el art. 7. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues se entendió que la aplicación retroactiva de la nueva regulación de la medida de custodia de seguridad, aumentando el plazo de diez años a indefinido, chocaba con el principio de legalidad, y por ende, atacaba frontalmente al principio de irretroactividad de medidas sancionadoras desfavorables al reo. En el sentido señalado, el problema con el que se encontró el Tribunal de Estrasburgo, alegado por el Estado alemán y argumentado con base en la jurisprudencia del mismo *BVerfG*, era que la custodia de seguridad venía caracterizada en el *StGB* como una medida de seguridad y no como una pena. Pero el Alto Tribunal europeo, demuestra con argumentos difíciles de rebatir que la *Sicherungsverwahrung* alemana, tanto en su estructura, como naturaleza y forma de ejecución, es una auténtica pena, y además, de las más graves (si no la más grave) del ordenamiento punitivo alemán. Teniendo la medida una indiscutible naturaleza punitiva, es claro que le alcanza la garantía de la irretroactividad en lo desfavorable, violada en el caso examinado, y en otros muchos en los que se aplicó la reforma de 1998. La República Federal de Alemania presentó un recurso de revisión del presente caso el 10 de mayo de 2010, que fue rechazado. La fundamentación de la petición atendía a los problemas de seguridad que se podrían generar en el interior del Estado merced a la liberación de unas decenas de sujetos altamente peligrosos para la sociedad. Para el TEDH, sin embargo, el derecho a la libertad y a la seguridad jurídica expresada en la prohibición de retroactividad de normas punitivas desfavorables al reo o custodiado está por encima de estas razones de Estado.

A esta resolución del TEDH le siguieron otras que continuaron el mismo camino<sup>39</sup>. Esta jurisprudencia del Alto Tribunal Europeo tuvo una influencia decisiva en el Tribunal Constitucional alemán, quien el 4 de mayo de 2011, en una resolución histórica<sup>40</sup>, y en contra de su propia jurisprudencia, declaró contrario a la Ley Fundamental de Bonn (GG) casi toda la regulación de la custodia de seguridad en este país<sup>41</sup>.

Y el TEDH llegó a esta conclusión tras una profunda investigación en la que trataba de averiguar si materialmente había una decisiva diferenciación entre la pena y la custodia de seguridad. Teóricamente, la pena tiene un mayor carácter retributivo y su imposición se fundamenta en el daño perpetrado y en la culpabilidad del autor. La medida de seguridad, en principio, tiene carácter preventivo y terapéutico y su ejecución se fundamenta en la peligrosidad del sujeto. Pero la realidad no respondía a tan nítidas distinciones teóricas.

Se recurrió al Derecho Comparado en una serie de países europeos firmantes de la CEDH, en relación con esa distinción entre penas y medidas de seguridad. Y aquí se constató una falta de unidad en el tratamiento de una y otra institución jurídica. De hecho, el TEDH afirma tras este estudio que un mismo tipo de sanción

empleada para combatir la peligrosidad postcondena de un sujeto aparece en unos Estados como una pena adicional y en otros como una medida de seguridad<sup>42</sup>. Es por ello que el Alto Tribunal europeo continúa su razonamiento aseverando que lo decisivo, a efectos de interpretar una posible violación del CEDH, no es tanto la calificación de la institución que lleve a cabo el sistema jurídico del Estado demandado, sino la naturaleza que dicha institución observe a la luz del Convenio. Y examinando materialmente la custodia de seguridad germánica, se aprecia que, al igual que la pena de prisión, se impone por un tribunal y se ejecuta por otro órgano jurisdiccional (ambos integrantes del sistema penal)<sup>43</sup>, implica privación de libertad e incluso el encierro (en Alemania) se lleva a cabo en establecimientos penitenciarios ordinarios (si bien en módulos separados y con un régimen disciplinario más relajado)<sup>44</sup>. Además, expresa el TEDH, la custodia de seguridad se aplica a sujetos que reiteradamente han sido declarados culpables por haber perpetrado hechos de cierta gravedad, y a pesar de ello, no son objeto de especiales medidas, instrumentos o instituciones que se dirijan específicamente a prevenir su peligrosidad. Más todavía, se apunta en este sentido que los custodiados

39 Así, destacan, entre otras, las siguientes Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: 13 de enero de 2011, núm. 17792/07, *Kallweit v. Germany*; 13 de enero de 2011, núm. 20008/07, *Mautes v. Germany*; 13 de enero de 2011, núm. 27360/04 y 42225/07, *Schummer v. Germany*. En relación con éstas y otras resoluciones del TEDH en este asunto, *EGMR 21.10.10, Sicherungsverwahrung innerhalb der Zeit der Tat und der Verurteilung gesetzlich vorgeschriebenen Höchstdauer konventionsgemäß. Grosskopf gegen Deutschland*. Europäische Grundrechte Zeitschrift, núm. 38 (2011); págs. 20 y ss. *EGMR 13. 1. 11, Nachträglich verlängerte Sicherungsverwahrung. Kallweit gegen Deutschland*. Europäische Grundrechte Zeitschrift, núm. 38 (2011); págs. 255 y ss.

40 En relación con esta resolución, y con sus antecedentes y otras posteriores derivadas de la misma, han aparecido muchos trabajos tras los inicialmente mencionados. Entre ellos, destacan SCHÖCH, Heinz.: *Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung*. Goldammer's Archiv für Strafrecht, núm. 159 (2012); págs. 14 y ss. KINZIG, Jörg: *Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung*. Neue Juristische Wochenschrift, núm. 64 (2011); págs. 177 y ss. STRENG, Franz: *Die Zukunft der Sicherungsverwahrung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts: Zum Urteil des Zweiten Senats des BVerfG vom 4.5.2011*. Juristenzeitung, núm. 17 (2011); págs. 827 y ss. VOLKMAN, Uwe: *Fremdbestimmung, Selbstbehauptung, Befreiung: Das BVerfG in der Frage der Sicherungsverwahrung*. Juristenzeitung, núm. 17 (2011); págs. 835 y ss. HÖRNLE, Tatjana: *Der Streit um die Sicherungsverwahrung: Anmerkung zum Urteil des 2. Senats des BVerfG vom 4. 5. 2011*. Neue Zeitschrift für Strafrecht, núm. 31 (2011) págs. 488 y ss. KILCHLING, Michael: *Die Zukunft der Sicherungsverwahrung?* Monatsschrift für Kriminologie und Strafrecht, núm. 94 (2011); págs. 1-3. MÜLLER, Jürgen Leo/STOLPMANN, Georg/FROMBERGER, Peter/HAASE, Kessy Ann: *Legalbewährung nach Gutachten zur nachträglichen Sicherungsverwahrung*. Monatsschrift für Kriminologie und Strafrecht, núm. 94 (2011); págs. 253 y ss. ALEX, Michael: *Die Anhörung im Bundestag zur Neuordnung der Sicherungsverwahrung: Ein Beispielfall für die parlamentarische Geringschätzung von Sachverständigen*. Monatsschrift für Kriminologie und Strafrecht, núm. 94 (2011); págs. 266 y ss. MITSCH, Wolfgang: *Was ist Sicherungsverwahrung und was wird aus ihr?* Juristische Schulung, núm. 9 (2011); págs. 785 y ss. PEGLAU, J.: *Das BVerfG und die Sicherungsverwahrung: Konsequenzen für Praxis und Gesetzgebung*. Neue Juristische Wochenschrift, núm. 64 (2011); págs. 1924 y ss.

41 La relación entre el caso M. contra Alemania del TEDH y la ulterior sentencia del BVerfG la estudia, profundamente, el trabajo de SCHÖCH, H.: *Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung*. Goldammer's Archiv für Strafrecht (2012); págs. 14-31.

42 STEDH de 17 de diciembre de 2009, núms. 74 y 75, también 126.

43 STEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 131: "... en lo que concierne a la determinación e implementación de la resolución de la custodia de seguridad, la Corte constata que la custodia de seguridad se impone por un tribunal sentenciador (penal), (y) su ejecución se establece por los tribunales responsables de la ejecución de sentencias, esto es, por tanto, tribunales pertenecientes al sistema penal de justicia, en un proceso separado..."

44 STEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 127.

no son objeto de un concreto tratamiento frente a otros reos comunes de larga duración. La forma de reducir la posibilidad de cometer futuros delitos, por tanto, se limitaría al internamiento hasta el límite de la duración legalmente establecida<sup>45</sup>.

Esta forma de ejecutarse la custodia de seguridad determina que en ella se aprecie no sólo las finalidades de prevención especial resocializadora, sino también intimidatoria. Dicho elemento de disuasión que comporta la medida de seguridad indefinida tendría características punitivas. Es decir, materialmente la imposición de una custodia de seguridad sin límite temporal constituye una pena adicional en la medida en que persigue la protección de la sociedad frente al sujeto peligroso a través de su internamiento indeterminado. Y no sólo se trataría de una simple pena de prisión cualquiera, como ya se ha señalado anteriormente, sino de una de las más severas, quizás, incluso, la más grave<sup>46</sup>.

En conclusión, se contempla materialmente la custodia de seguridad como una pena adicional impuesta al culpable de determinado delito o delitos que revelan su peligrosidad. Pues sus finalidades intimidatorias preventivo-especiales y preventivo-generales (disuasoria, según la terminología del TEDH) se constituirían como elementos esenciales, y con mayor relevancia, que el objetivo resocializador. Y así se ha considerado atendiendo a la forma en que se aplica esta institución en la realidad penitenciaria. En este sentido afirma el TEDH con rotundidad, que en todo caso el objetivo preventivo (intimidatorio) puede ser considerado como una pretensión punitiva y ser entendido como un elemento constitutivo de la noción de punibilidad<sup>47</sup>. A efectos, por tanto, de la CEDH, la custodia de seguridad regulada en el StGB es considerada como una pena<sup>48</sup>. Más

todavía, la transformación legal de la custodia de seguridad de diez años a indefinida, y su materialización a través del correspondiente órgano judicial penitenciario, sería considerada como una medida que afectaría, no ya a la mera aplicación o ejecución de la pena, sino a la constitución de la pena en sí misma considerada<sup>49</sup>. Finalmente, tratándose sustancialmente de una pena, la reforma legal de 1998 que se le aplicó a M., y que agravó su custodia de seguridad de diez años hasta su prolongación indefinida, violaba la prohibición establecida expresamente en el art. 7. 1 (segundo inciso) de la CEDH (“Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”)<sup>50</sup>.

b<sub>2</sub>) La nueva interpretación jurisprudencial de la consideración de los beneficios penitenciarios en la liquidación de la condena, constituye una pena más grave

En el caso español, el TEDH también se pregunta si la nueva interpretación jurisprudencial que aplica los beneficios penitenciarios a reos condenados con arreglo al C. p. de 1973 tomando en consideración todas las penas (y no el límite de los 30 años), es una medida que afecta meramente a la ejecución de la sanción punitiva o compromete a su propia esencia y sustancia<sup>51</sup>. Pero más relevancia le otorga al hecho de si en la época en que la demandante llevó a cabo los hechos y fue enjuiciada, existía una regla, determinada por la práctica jurisprudencial, estable, permanente, sin variaciones, claramente asentada en relación con la forma del cumplimiento de la condena en atención a la redención de penas por el trabajo realizado en prisión. Y, claro está, llega a una primera conclusión en el sentido de que dicha regla, afirmada por el TS y seguida por el

45 STEDH de 17 de diciembre de 2009, núms. 128 y 129.

46 STEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 132: “Therefore, the Court cannot but find that this measure appears to be among the most severe —if not the most severe— which may be imposed under the German Criminal Code”. El TEDH apostilla que en el caso concreto de M. (sujeto peligroso custodiado), la medida de seguridad superó en más de tres veces la duración de la pena impuesta por los mismos hechos.

47 “In any event, as the Court has previously found, the aim of prevention can also be consistent with a punitive purpose and may be seen as a constituent element of the very notion of punishment (see *Welch*, cited above, § 30)”. STEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 130.

48 STEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 133.

49 STEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 135.

50 STEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 137 (“In view of the foregoing, the Court concludes that there has been a violation of Article 7 § 1 of the Convention”).

51 No es mi intención realizar una investigación sobre la evolución de la interpretación del principio de legalidad penal en la jurisprudencia del TEDH. Recientemente se han publicado excelentes trabajos que se ocupan de esta problemática. CUERDA ARNÁU, M. L.: *Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (A propósito de la STEDH Del Rio Prada c. España)*... cit.; págs. 68 y 69. LANDA GOROSTIZA, J.-M.: *Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH. A propósito del caso Del Rio Prada c. España, STEDH, 3.ª, 10.07.2012 (42750/09) y la aplicación de la doctrina Parot*. InDret 4/2012.

resto de tribunales inferiores, tomaba en consideración el límite de los 30 años de la condena para aplicar estos beneficios penitenciarios. Y se pregunta también, si por esta razón, Del Río Prada podía razonablemente prever y conocer esta forma de acortamiento de la condena. También la respuesta es aquí afirmativa<sup>52</sup>. Podía contar con, siguiendo dicha práctica jurisprudencial, que un tercio de su condena, cuyo límite eran esos 30 años, sería reducido por trabajos en prisión, pues esa era la realidad del cumplimiento de la pena que podía vivir por la experiencia relatada en el caso de otros compañeros de la banda terrorista que se hallaban en prisión.

A ello el TEDH añade otras precisiones en relación con los principios penales, como, por ejemplo, la manifestación realizada en el sentido de que el axioma de la legalidad de los delitos y de las penas establecido en el art. 7. 1 de la CEDH prohíbe la interpretación extensiva desfavorable al reo<sup>53</sup>. Y en este sentido añade que la nueva doctrina del TS aumenta retroactivamente la pena de la demandante en casi 9 años, lo cual hace inoperantes los beneficios penitenciarios. Es por ello que se considera que esta diferenciación entre la imposición de la pena en sí misma considerada y sus modalidades de ejecución, deja de tener relevancia en el caso presente cuando aparece una sanción mucho más grave (casi un tercio superior)<sup>54</sup>. Aún así, estima el TEDH que la denominada “doctrina Parot” afecta más al mismo alcance de la pena impuesta que a la forma de su ejecución, precisamente porque alarga su duración considerablemente<sup>55</sup>. Además, como resalta el TEDH, no existió precedente de esta nueva jurisprudencia, y se aplica tras estar vigente ya el Código penal actual más de diez años (la fecha de la STS es de 28 de febrero de 2006)<sup>56</sup>. Todo ello sin que hubiera concurrido ninguna nueva circunstancia que justificara el cambio jurisprudencial. En el fondo, aunque el TEDH no lo menciona, concurría una nueva circunstancia, ésta que determinaba que Henri Parot tenía que abandonar la prisión, y ello determinó un cambio de política criminal en el TS.

La nueva regla, por tanto, se ejecuta muy posteriormente a la realización de los hechos, del enjuiciamiento, y de la vigencia del C. p. de 1973 e incluso prácticamente en el final del cumplimiento de la condena de

la demandante, trasladando el espíritu de las reformas del C. p. de 1995 al texto derogado. Era imposible que Del Río Prada pudiera en su día (cuando los hechos se llevaron a cabo y enjuiciaron) prever este cambio de aplicación de la ley y saber que su condena podía superar casi en un tercio a la que era liquidable en esos tiempos<sup>57</sup>. Con la nueva liquidación de la condena, la Audiencia Nacional impuso pena más grave que la establecida en el momento de perpetrarse los hechos, y con ello se produce una violación del art. 7. 1 del CEDH<sup>58</sup>.

Al igual que en el caso M. contra Alemania, el TEDH huye del etiquetamiento formalista para analizar la violación de la garantía de la legalidad de los delitos y de las penas tutelada en la CEDH. Para ello tiene que romper con varias calificaciones de purismo técnico-jurídico que hubieran determinado el blindaje del menoscabo al correspondiente derecho fundamental. No se trata de una mera interpretación jurisprudencial que varía con el cambio de circunstancias, sino de una auténtica regla que determina el alcance de la pena impuesta. No se trata de una mera transformación de los criterios dosimétricos de la ejecución de la pena, sino del establecimiento de otra pena distinta (determinada con posterioridad y de mayor gravedad). La nueva pena se aplica, en perjuicio de reo, retroactivamente, imponiéndose cuando el C. p. había perdido vigencia hacía ya casi 15 años, cuando habían transcurrido los hechos, se había enjuiciado a la demandante y estaba a punto de finalizar su condena. Se vulneraba el primer fundamento del principio de legalidad, la seguridad jurídica. Pues de ninguna forma se pudo prever con anterioridad al nacimiento de esta norma jurisprudencial que la condena podría aumentar un tercio conforme a los criterios que había seguido en el pasado el mismo tribunal que la generó.

*c) El derecho a la libertad y la arbitrariedad de los poderes públicos en el sistema penal frente al sujeto peligroso o socialmente indeseable*

Hasta aquí se ha podido comprobar que en los casos M. en Alemania, y Del Río Prada en España, se

52 Sentencia del TEDH de 10 de julio de 2012 (Del Río Prada contra España), núms. 53-55, 60-61.

53 STEDH de 10 de julio de 2012, núm. 57.

54 STEDH de 10 de julio de 2012, núm. 58.

55 STEDH de 10 de julio de 2012, núm. 59.

56 STEDH de 10 de julio de 2012, núm. 62.

57 STEDH de 10 de julio de 2012, núm. 63.

58 STEDH de 10 de julio de 2012, núm. 64.

vulneró el principio de legalidad de los delitos y de las penas. Pues tanto a uno como a otra se le impuso una sanción más grave que la que estaba estipulada legalmente cuando acontecieron los hechos por los que fueron condenados. La violación del principio de legalidad se proyectaba sobre la violación del principio de irretroactividad de medidas desfavorables al reo. Dado que, también en ambos casos, la pena más grave estuvo determinada (legalmente en M., jurisprudencialmente en Del Río Prada) con posterioridad al momento de ejecución de las infracciones punibles y de su enjuiciamiento.

El menoscabo de estas garantías constitucionales, a su vez, incidió realmente sobre ambos sujetos en uno de sus derechos fundamentales más valiosos: la libertad. En efecto, de haber progresado la interpretación de los respectivos órganos jurisdiccionales de uno y otro país, e incluso del *BVerfG* y del TC, M. podría seguir encerrado toda su vida y Del Río Prada hasta el año 2017. La intervención del TEDH ha frenado esta prolongación de la privación de libertad, pero no ha podido evitar los excesos que ya se han cometido, y se están todavía perpetrando. Así, a M. le correspondían, como máximo, 15 años interno (cinco de prisión y diez de custodia de seguridad), mientras que en realidad estuvo encerrado 23 años. Y Del Río Prada debería haber abandonado el centro penitenciario en el verano de 2008, y, sin embargo, continúa en él cuatro años y medio después.

Desde la hipótesis que constantemente se está defendiendo en este trabajo, esa privación de libertad obedecía, en ambos casos, a una clara intención de no permitir que los sujetos abandonasen su prisión. Pues tanto en Alemania como en España, se estaba imponiendo una política criminal de endurecimiento punitivo frente a sujetos peligrosos y terroristas, fuertemente auspiciada por los medios de comunicación. Los dos supuestos presentados aquí reflejarían, desde mi punto de vista, los excesos de esa política criminal que no se para ante la barrera (no siempre infranqueable) del Derecho Penal garantista. No obstante, interesa ahora examinar, desde una perspectiva comparativa y común, si dichas privaciones de libertad estuvieron justificadas o, por el contrario, fueron arbitrarias a la luz del CEDH.

En los dos supuestos se trataba de determinar si la decisión de los tribunales competentes de no conceder la finalización de la custodia o de la condena (por determinar así una reforma legal o una interpretación jurisprudencial posterior), vulneraba el derecho a la libertad tutelado en el art. 5. 1, letra (a), del CEDH<sup>59</sup>.

En dicho precepto, se justifica la privación de libertad cuando es ordenada legalmente por una sentencia dictada por el órgano jurisdiccional competente. Y ambos sujetos fueron internados por sentencia firme de tribunales competentes tras el correspondiente proceso legal en una primera fase que nadie discute. Pero cuando se sobrepasan los términos de lo inicialmente establecido o previsto en la respectiva condena, ahí aparecen las dudas, más que razonables, sobre la legalidad de estas posteriores detenciones en centro penitenciario.

En este sentido, también se exige que el periodo de privación de libertad que se ataca como arbitrario (a partir del 8 de septiembre de 2001 en el caso de M., a partir del 3 de julio de 2008, en el caso de Del Río Prada) esté conectado causalmente, y de forma suficiente, con la condena del tribunal sentenciador. Y esta relación de causalidad no se comprende exclusivamente en términos cronológicos, sino, sobre todo, de motivación: las condiciones básicas del internamiento tienen que corresponder con las establecidas en la sentencia condenatoria<sup>60</sup>.

En relación con este segundo periodo, el límite temporal máximo del cumplimiento de la custodia de seguridad que impuso el tribunal sentenciador a M. en 1986 era 10 años, el vigente entonces con arreglo a la normativa del *StGB*. La ulterior privación de libertad que superaba esos diez años, no fue establecida por ese tribunal sentenciador, sino por otro distinto que aplicaba la *reforma in peius* establecida por la ley de 1998 (que suprimía ese plazo de los 10 años, quedando a partir de entonces indeterminado). De esta forma, “... la Corte considera que no hubo la suficiente conexión causal entre la condena del demandante por el tribunal sentenciador en 1986 y la posterior privación de libertad tras el periodo de custodia de seguridad de diez años, que sólo fue hecho posible por la ulterior reforma de la ley de 1998”<sup>61</sup>.

Mayores dificultades tiene el TEDH para justificar la violación del art. 5. 1, letra (a), de la CEDH en el

59 Al respecto, *vid supra*, nota 8.

60 SSTEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 97; y 10 de julio de 2012, núm. 72. Ambas resoluciones expresan en este punto una doctrina muy asentada en el TEDH.

61 STEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 100.

supuesto español. Pues ciertamente la Audiencia Nacional había considerado inicialmente como fecha de finalización del cumplimiento de la condena de la demandante finales de junio de 2017. Luego no se puede decir que la prolongación de su privación de libertad a partir del 3 de julio de 2008 no estuviera prevista en la sentencia condenatoria.

Para escapar de esta consideración inobjetable, el TEDH rechaza de nuevo la consideración formalista del argumento y opta por una interpretación material. Aunque ciertamente Del Río Prada fue condenada a 30 años de prisión, esta condena era formal, pues materialmente a ella se le reducía aproximadamente un tercio de la condena en virtud de la aplicación de los beneficios penitenciarios por trabajos realizados en prisión. La calidad de la ley, por tanto, determinaba que a ella le era accesible y previsible el dato de que su internamiento sería de poco más de 20 años, lo cual venía siendo la regla general sin excepción alguna para supuestos de acumulación de penas de gran entidad. Al producirse el cambio de interpretación jurisprudencial por el TS, se lleva a cabo un alargamiento de la condena a cumplir en casi 9 años, rompiéndose así la previsión establecida por el tribunal sentenciador y esta prolongación del encierro, y con ella, la conexión entre la condena de aquél y la ulterior privación de libertad a partir del 3 de julio de 2008. Pues "... ella no pudo prever en el momento en el que todas sus penas fueron acumuladas que el método de cálculo de la remisión de penas sería objeto de un cambio jurisprudencial del Tribunal Supremo en 2006 y que ese cambio le sería aplicable de forma retroactiva"<sup>62</sup>. Ciertamente creo que esta argumentación es válida para fundamentar la violación del art. 7. 1, pero no la del 5. 1, letra a), del CEDH en relación con la condena de España.

La conclusión en ambos casos es la misma. En consecuencia, en el supuesto de M., hubo una vulneración del art. 5. 1 de la CEDH<sup>63</sup>. Y el TEDH también estima que a partir del 3 de julio de 2008, el internamiento de la demandante ya no es regular, existiendo, por tanto, un menoscabo del art. 5. 1 de la Convención<sup>64</sup>.

Como consecuencia de todo ello, el TEDH condena los respectivos países a dejar inmediatamente en libertad al custodiado y a la reo, y a indemnizarles económicamente a causa del periodo que estuvieron internados ilegalmente en prisión<sup>65</sup>.

## 5. Conclusiones

Hasta épocas muy recientes, tanto los tribunales supremos como los tribunales constitucionales de los países democráticos, han constituido una auténtica barrera frente a la Política Criminal de los gobiernos y legisladores cuando ésta superaba los límites marcados por el respeto a unos mínimos en el marco de los derechos humanos. Los fines del gobierno, o incluso del legislador, se han ido circunscribiendo a mantener el orden público y la paz social frente a la inseguridad ciudadana. También en los Estados democráticos, el poder necesita límites externos a su misma institucionalización, pues la tendencia es superar las fronteras de lo que razonablemente debería ser un moderado ejercicio del mismo. Dichas fronteras al moderado y razonable ejercicio del poder punitivo han venido tradicionalmente establecidas por los órganos jurisdiccionales o constitucionales que se han encargado de velar por el respeto a los derechos fundamentales y las libertades públicas, fuera el Tribunal Supremo, fuera el Tribunal Constitucional. Dependiendo del sistema jurídico que imperase en cada país, uno u otro han ido anulando los actos de gobierno, los decretos o las leyes de los parlamentos que vulneraban de una u otra forma las garantías de los ciudadanos. Y ello aun cuando las razones alegadas por los poderes ejecutivo o legislativo estuvieran fundamentadas en un interés general en el mantenimiento de la seguridad ciudadana. En este sentido, se traen a colación el clásico reforzamiento de ideas de proteger a las víctimas inocentes de desalmados delincuentes, de buscar el necesario castigo a los delitos, de evitar la impunidad, de velar por la tranquila y segura convivencia entre personas honradas, impedir que los delitos "salgan gratis" a los delincuentes, o que "estos se vayan de rositas", etc. Es entonces cuando las máximas instancias políticas del Estado, gobierno y parlamento, reaccionan proponiendo y aprobando leyes que, como si de un eficaz medicamento se tratase, están diseñadas para curar estos males y hacer frente a la enfermedad del delito.

Sería ahora prolijo recurrir a todos los ejemplos que hemos encontrado en las últimas décadas de esta exacerbación punitiva. He tomado en consideración dos casos en los que la violación de derechos fundamentales fuera incuestionable (en la medida en que ha sido objeto de sendas resoluciones en este sentido del

62 STEDH de 10 de julio de 2012, núm. 74.

63 STEDH de 17 de diciembre de 2009, núm. 105.

64 STEDH de 10 de julio de 2012, núm. 75.

65 STEDH de 17 de diciembre de 2009, núms. 138 y ss., STEDH de 10 de julio de 2012, núms. 83 y ss.

TEDH). En ellos se percibe muy bien los excesos de una política criminal de (aparentemente) máxima seguridad ante sujetos peligrosos o socialmente indeseables que han satisfecho su pena y su deuda con la Justicia. Y también es común en este objeto de análisis la extensión de esta ideología “efectivista”, de lucha sin cuartel contra la inseguridad ciudadana, a las permeables decisiones de los órganos jurisdiccionales o constitucionales más elevados de la nación, quienes deberían velar por el fortalecimiento del Estado de Derecho. Dado que se tiene la impresión de que ese principio de protección a ultranza de la sociedad y de las futuras víctimas puede justificar violaciones de principios constitucionales básicos que informan al Derecho Penal garantista.

Estos tribunales han reaccionado de forma paralela en Alemania y España desde la perspectiva ideológica, aunque bajo presupuestos legales totalmente distintos. Con todo, si se mira bien, la problemática se asemeja bastante.

En Alemania, una serie de sujetos de alta peligrosidad tenían que pasar al estado de ciudadanos libres, pues se cumplía el plazo máximo de 10 años de custodia de seguridad tras el cumplimiento de su condena. Para evitar esta liberación, el legislador reformó el *StGB* en 1998, y agravó esta medida al prolongar indefinidamente su duración. La reforma se aplicó retroactivamente a esos sujetos para que siguieran encerrados indefinidamente.

En España tenían que abandonar la prisión un grupo de reos de delitos de terrorismo que se consideraban peligrosos, en tanto que tras muchos años de cumplimiento de condena, ni habían manifestado arrepentimiento alguno por los execrables crímenes perpetrados, ni abandonaron la organización terrorista ETA, ni demostraron deseo alguno de dejar las armas cuando alcanzaran la libertad. Si España hubiera conocido una institución como la custodia de seguridad alemana, es posible que éste fuera un caso claro de aplicación. Pero como no existía esta posibilidad, la Audiencia Nacional primero, y después el Tribunal Supremo, llevaron a cabo una jurisprudencia que cambió la forma de computar la acumulación de penas y los beneficios penitenciarios de los internos, de tal suerte que éstos pasaron al tiempo de cumplir su condena (con los criterios que había seguido unánimemente la jurisprudencia cuando fueron sentenciados) de tener derecho a gozar de libertad, a prolongar su prisión en casi un tercio más. El TS español, por tanto, aplicó esta nueva forma de determinar la pena de cumplimiento (que nunca antes había aplicado) y estableció retroacti-

vamente una nueva pena, más grave, y que impedía al condenado abandonar su reclusión en el momento que le correspondía, según había sido la interpretación sin fisuras de esos tribunales (Audiencia Nacional y Tribunal Supremo) con anterioridad.

La razón de este cambio, aunque no viniera expresamente manifestada en la resolución que estableció esta doctrina, es la misma que llevó al legislador alemán a agravar en sucesivas reformas la institución de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*). Y no es otra que evitar que sujetos muy peligrosos o socialmente indeseables volvieran a recobrar la libertad (en el caso alemán) tras la finalización de su custodia o, (en el caso español), tras el cumplimiento de su pena. El legislador alemán y los tribunales españoles, fundados en ese motivo, y con gran presión de los medios de comunicación, justificaron la clara vulneración de un principio esencial del Derecho Penal democrático, el axioma que impide aplicar retroactivamente medidas punitivas desfavorables al interno (sea custodiado o reo) derivadas de una reforma legal o nueva jurisprudencia, que aconteció con posterioridad a la imposición de la medida de seguridad o al establecimiento de la condena.

En ambos casos, los afectados recurrieron a los respectivos tribunales constitucionales (*BVerfG* alemán, TC español). Y en ambos supuestos, los respectivos órganos constitucionales rechazaron la inconstitucionalidad de la ley de reforma (en el caso alemán) o denegaron el amparo (salvo alguna situación excepcional, en el caso español). La pregunta que habría que responder es cómo es posible que una tal tamaña violación de derechos fundamentales, evidente para la gran mayoría de la doctrina especializada, fuera pasada por alto por tan relevantes instancias jurisdiccionales o constitucionales.

La respuesta la podemos encontrar en la influencia ideológica que se produce en estas instituciones en las últimas décadas, en la influencia del “efectivismo”, de la respuesta formal a los problemas sociales más relevantes sin una solución material a los mismos, en el mensaje simbólico de las resoluciones jurisdiccionales para calmar la alarma social, en el recurso a la tecnocracia como fundamento de la gestión de los conflictos y en el abandono de los valores (con sus derechos fundamentales y garantías constitucionales). Pues dichos valores son contemplados como obstáculos de aquella gestión eficaz y necesaria de los asuntos relacionados con la seguridad ciudadana<sup>66</sup>.

66 Sobre la influencia de la ideología de la globalización en la política criminal diseñada para hacer frente a la peligrosidad del sujeto imputable, ya me he pronunciado en varias ocasiones. Entre otros, BORJA JIMÉNEZ, E.: *Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena*

El problema, por tanto, reside en que los órganos constitucionales, merced a su politización creciente, se convierten en órganos ideológicos del Estado, y van perdiendo poco a poco su independencia y la función que motivó su creación: la defensa de la Constitución frente a los actos de los tres poderes que pudieran contradecirla, y en especial, la defensa de los derechos fundamentales y de las libertades de los ciudadanos frente al poder público. Por el contrario, el Tribunal Constitucional, y en ocasiones, el Tribunal Supremo ya no contemplan si el acto obedece a una ley inconstitucional por violar los principios más básicos del Texto Fundamental, o si la resolución jurisprudencial crea una doctrina más gravosa a los derechos del reo que se aplica retroactivamente. En realidad, se está actuando desde otra perspectiva.

Cuando el *BVerfG* establece que no es inconstitucional la prolongación de la privación de libertad a quien se le impuso una medida de seguridad cuyo límite era diez años (y que una ley posterior elimina ese límite hasta quedar indefinido), no está pensando tanto en el fundamento del Estado de Derecho que supone la seguridad jurídica y el principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables al interno (plasmación de dicho valor constitucional). Sino que más bien está calculando los riesgos de la seguridad ciudadana y la repercusión de la alarma social si permite que un sujeto peligroso quede en libertad tras el cumplimiento de su condena y de la ulterior custodia de seguridad. Y, en idéntico sentido, cuando el TC español decide que no viola ningún principio constitucional cambiar el criterio jurisprudencial que aplicaba ciertos beneficios penitenciarios a una pena conjunta de treinta años, y los proyecta sobre las concretas penas individuales (lo que suponía de facto extender el castigo en torno a un tercio más), tampoco piensa en esos mismos fundamentos constitucionales que vertebran el sistema penal. Más bien tiene en mente la tragedia que supone la excarcelación de un terrorista peligroso que no se arrepiente de los execrables crímenes perpetrados.

Se está entonces asumiendo la ideología de la globalización, porque se pretende, efectivamente, contribuir a una mayor seguridad ciudadana, eliminando los obstáculos que representan la teoría tradicional y (aparentemente) superada del Estado de Derecho.

Pero cuando llegamos a un órgano jurisdiccional internacional, totalmente independiente, que enjuicia a

los Estados de Europa en el ámbito del respeto a los derechos humanos concentrados en el correspondiente convenio europeo, entonces la perspectiva es otra. Es la perspectiva de un órgano jurisdiccional que vela realmente por el respeto material de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los Estados democráticos de Derecho europeos. Y como no podía ser de otra forma, ha entendido, con excelente criterio, que ciertas leyes de reforma de la *Sicherungsverwahrung* y las decisiones últimas del *BVerfG* (en el caso de Alemania), como la famosa “doctrina Parot” creada por el TS y avalada por el TC (caso español), son contrarios, en uno y otro, al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Y, en efecto, en ambos casos, la respuesta del Tribunal de Estrasburgo fue muy similar. La aplicación retroactiva de la reforma de la custodia de seguridad alemana o de la nueva doctrina jurisprudencial española del establecimiento del cómputo de cumplimiento de la pena, era contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pues se atentaba al principio de legalidad penal (y su derivado de prohibición de retroactividad desfavorable al reo) y a los derechos de libertad y seguridad. En ambos casos el TEDH conminaba a los respectivos países para que restituyesen la libertad a los demandantes afectados. Y ello se explica porque el Alto Tribunal europeo no ha visto la necesidad de contribuir con la función de protección de la sociedad frente a la peligrosidad de reos que han cumplido su condena. Ni tampoco se somete a las feroces presiones de los medios políticos o de comunicación de masas de los Estados parte. Se limita a determinar la existencia o inexistencia, en la actuación de los poderes públicos de esos Estados parte, de violaciones de los derechos humanos contenidos en el correspondiente convenio europeo. Una función propia del Estado de Derecho que no se ve superada por la ideología tecnocrática y “efectivista” de la globalización. O, visto desde otro prisma, dicha actuación del TEDH puede estimarse que fortalece ese otro aspecto de la mundialización que contribuye a extender en toda Europa la necesidad de respetar materialmente los derechos humanos.

En el fondo, estas medidas “efectivistas”, destinadas a neutralizar al sujeto peligroso o socialmente indeseable, procedentes del pensamiento de la globalización, cuando el tiempo las templó suficientemente, se descubre que no son, en absoluto, eficaces. El proceso de

endurecimiento de la custodia de seguridad en Alemania ha conducido, finalmente, a la práctica derogación de casi toda la institución, con un mayor problema de seguridad e incertidumbre en relación con los sujetos peligrosos liberados. Y algo similar ocurrirá con la doctrina Parot, y la necesaria puesta en libertad de muchos presos que han recurrido al TEDH. Y cuando se prescinde de las libertades y garantías del ciudadano, y se sustituyen por un tecnicismo recubierto de razones de Estado, lejos de resolverse las deficiencias, los conflictos y los problemas de seguridad, se crean otros de mayor envergadura. Y es por ello que desde la

perspectiva de un Estado democrático, es obligado dar marcha atrás, con la consecuencia de la pérdida inútil de un potente caudal de derechos humanos, violados innecesariamente<sup>67</sup>.

Aunque parece obvio, en estos tiempos de grandes pérdidas de derechos sociales y civiles, habrá que recordar que la mejor Política Criminal es aquella que profundiza en el Estado social y en el Estado de Derecho. Y si no podemos profundizar en ello, al menos habrá que insistir para que perdure y no sucumba. En el TEDH hemos encontrado un fuerte aliado para recuperar, aunque sea mínimamente, éste, nuestro Estado de Derecho.

---

67 En este sentido, explica H.-J. ALBRECHT cómo la evolución de la política de seguridad imperante en estos días en los países occidentales, pese a su fracaso, continúa por la vía del endurecimiento punitivo. "... El fuerte incremento de la criminalidad que se percibió en todos los países industriales occidentales en los años sesenta y setenta puso de manifiesto, en definitiva, los límites del poder estatal y de la persecución penal en los controles de la criminalidad... Ni las inversiones en la política del bienestar, ni tampoco las inversiones en el sistema de control penal están necesariamente vinculadas con efectos manifiestos sobre las cifras de criminalidad... Esto también lleva consigo modificaciones en la política criminal, que a partir de ahora se identifica cada vez menos con la claramente poco rentable pretensión de reducir la criminalidad, sino con una *expresiva* programática que sitúa el centro de gravedad en tranquilizar a la opinión pública y en el (re-)establecimiento de la confianza de la población en las instituciones estatales". ALBRECHT, Hans-Jörg: *Kriminologische Perspektive: Sicherheit und Prävention in strafrechtlichen Sanktionensystemen* en KOCH, Hans-Georg (Coord.): *Wegsperrten? Freiheitsentziehende Massnahmen gegen gefährliche, strafrechtlich verantwortliche (Rückfall-)ITäter. Internationaler Vergleich. Kriminologische Perspektiven*. Berlin, 2011; págs. 431 y ss., 445.