

31

Enero 2013

Revista Penal

Enero 2013

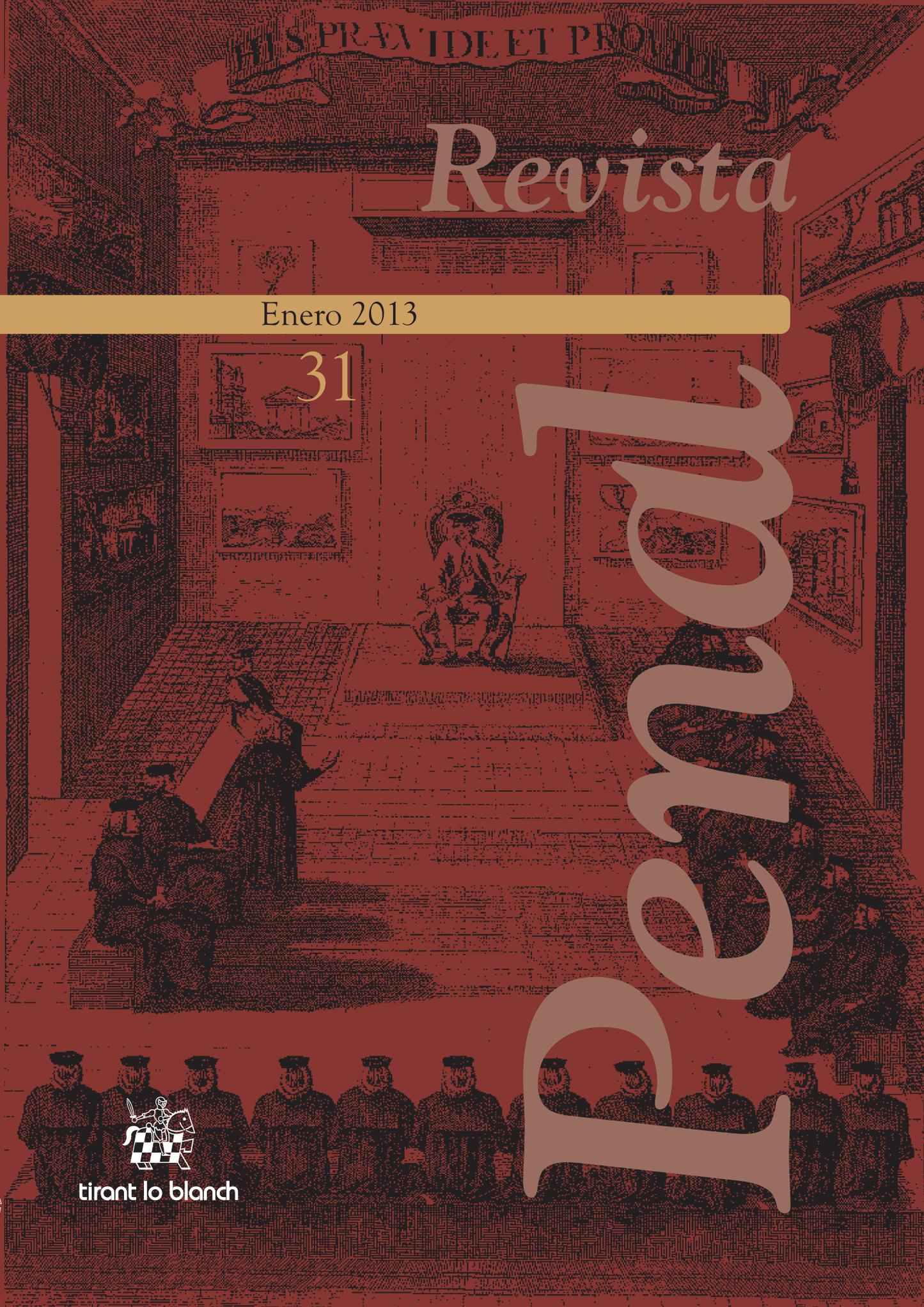
31

Revista

Penal



tirant lo blanch



# Revista Penal

Número 31

## Sumario

---

### Doctrina

– Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual “peligroso”, por <i>Viviana Caruso Fontán</i> .....	3
– Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico, por <i>Vicenta Cervelló Donderis</i> .....	22
– Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (A propósito de la STEDH Del Rio Prada c. España) por <i>María Luisa Cuerda Arnau</i> .....	52
– Observaciones sobre el principio de inviolabilidad de la libertad personal, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i> .....	70
– Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Manuel Gallego Díaz</i> .....	85
– El actuar en lugar de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: significado previo y posterior a la reforma del Código penal, por <i>María Soledad Gil Nobajas</i> .....	100
– El delito de tráfico ilegal de órganos humanos, por <i>M<sup>o</sup> del Carmen Gómez Rivero</i> .....	113
– La relevancia práctica del principio acusatorio (mejor denominado, principio de proporcionalidad), en la LORPM (art. 8 párrafo segundo): ¿aplicación obligatoria de las medidas de internamiento al menor cuando, por idéntica infracción, el CP no prevé pena privativa de libertad para el adulto?, por <i>Leticia Jericó Ojer</i> ....	140
– El uso de las nuevas tecnologías como método de blanqueo de capitales, por <i>Covadonga Mallada Fernández</i> .....	161
– La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado, por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....	171
– La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho penal de la seguridad? por <i>Inés Olaizola Nogales</i> .....	190
– El tratamiento de la homosexualidad en la legislación penal española, por <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i> .....	221
– El futuro del Derecho penal internacional, por <i>Gerhard Werle y Boris Burghardt</i> .....	247
<b>Sistemas penales comparados:</b> Detenciones ilegales (Illegal detention) .....	262
<b>Bibliografía:</b> Notas bibliográficas, por <i>Francisco Muñoz Conde y María Luisa Escalada</i> .....	326



Universidad  
de Huelva



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  
ferreolive@terra.es

### 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 Piedecabras. 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. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
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 Victor 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)
Zunyou Zhou (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morún (Rep. Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Victor Manuel Macías Caro (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

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  
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.



## Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (a propósito de la STEDH Del Río Prada c. España)

María Luisa Cuerda Arnau

Revista Penal, n.º 31. - Enero 2013

*A mi amigo Ignacio Sánchez Yllera,  
cuya generosidad intelectual no conoce límites*

### Ficha técnica

**Autora:** María Luisa Cuerda Arnau

**Adscripción institucional:** Catedrática de derecho penal - Universidad Jaume I (Castellón)

**Sumario:** I. Algunos problemas del sistema jurisdiccional español: el caso Parot como paradigma. II. Antecedentes del caso: la lentitud de la respuesta judicial. III. La imprevisibilidad. 1. La excarcelación de Henri Parot y la “solución” de la Audiencia Nacional. 2. La STS 167/2006: otro giro insospechado. 3 El ATS de 7 abril de 2008. IV. Crítica a la supuesta libertad interpretativa. V. Cambios jurisprudenciales e irretroactividad. 1 Los recursos de amparo frente a la aplicación de la doctrina Parot. 2. Principio de legalidad, interpretación de la ley y jurisdicción constitucional. 3. Alcance de la irretroactividad. 3.1 Irretroactividad de la ley en sentido material. 3.2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una visión sustancial del principio de legalidad. La ley y la interpretación de la ley. 3.3. La condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Del Río Prada contra España: un triunfo del Estado de Derecho.

**Abstract:** This article analyses the problems which presented the jurisprudential changes unfavorable to the accused. To this end, we study the “Parot doctrine” which has led to the condemnation of Spain by the European Court of Human Rights (SECHR Del Rio Prada against Spain, 2012). The paper defends the constitutional illegitimacy of the retroactive application of jurisprudential changes unfavorable to the accused as being contrary to the principle of legality in the material sense.

**Keywords:** prohibition of retroactivity in criminal law, retroactive unfavorable changes in case law, the principle of legality, “Parot case”, SECHR Del Rio Prada against Spain, 2012.

**Resumen:** El artículo analiza los problemas que presentan los cambios jurisprudenciales desfavorables al reo. A tal efecto, se estudia la llamada “doctrina Parot”, que ha motivado la condena a España por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH Del Río Prada contra España, 2012). En el trabajo se defiende la ilegitimidad constitucional de la aplicación retroactiva de los cambios jurisprudenciales desfavorables al reo por ser contrarios al principio de legalidad en sentido material.

**Palabras clave:** prohibición de retroactividad, retroactividad desfavorable y cambios jurisprudenciales, principio de legalidad, doctrina Parot, STEDH Del Río Prada contra España (2012).

**Recepción del artículo:** 27-07-2012.

**Evaluación favorable:** 03-09-2012.

## I. Algunos problemas del sistema jurisdiccional español: el caso Parot como paradigma

En un reciente artículo<sup>1</sup> escrito con la inestimable colaboración del maestro Vives me referí al “caso Parot” como paradigma de dos de los principales problemas que aquejan al sistema jurisdiccional español, que son su lentitud y su imprevisibilidad<sup>2</sup>. Para cerciorarnos de que así es basta con que cada uno vuelva los ojos al partido judicial correspondiente y analice el devenir de algún asunto notorio, pues es en estos donde los referidos problemas se hacen más evidentes. En el ámbito de mi Comunidad autónoma no faltan ejemplos de todos conocidos que bien pudieran servir como banco de prueba si no fuera porque razones diversas aconsejan dejarlos aquí a un lado. Pero hay otros muchos y, de entre ellos, el caso Parot es un buen ejemplo de ambas cosas. Por otra parte, los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional<sup>3</sup> y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>4</sup> sobre la llamada doctrina Parot son sobrado motivo para tomarlo de ejemplo.

## II. Antecedentes del caso: la lentitud de la respuesta judicial

No me propongo hacer un diagnóstico de las múltiples causas que motivan el que la nuestra sea una Administración de Justicia lenta. Las causas son muy variadas y, exigen un sosegado proceso de reflexión que obliga a contemplar desde la atribución de competencias, a la simplificación de los procesos o la correcta implantación de sistemas alternativos de resolución de conflictos, hasta la racionalización del sistema de recursos. En todo caso, de lo que aquí se trata es de algo distinto: dejar bien sentado que no estamos ante un mero problema de eficiencia de los servicios públicos, sino que hablamos, ante todo, de un coste inasumible para los derechos fundamentales.

Los antecedentes del caso que nos sirve de hilo conductor resultan muy elocuentes. Henry Parot fue detenido en 1990 y, a partir de esa fecha, empezaron a recaer

contra él hasta veintiséis sentencias condenatorias dictadas por la Audiencia Nacional por hechos acaecidos desde el 2 de noviembre de 1978 hasta el 2 de abril de 1990.

El 26 de abril de 2005 la Audiencia Nacional dictó un auto en el que, estimando la pretensión del Ministerio Fiscal, consideró que existían dos momentos claramente diferenciables en el periodo en que el condenado cometió sus actividades delictivas: el primero desde el año 1979 hasta el 16 de abril de 1982 y el segundo desde el año 1984 hasta la fecha de su detención el 2 de abril de 1990. La razón de diferenciar ambos periodos era que Parot participó en comandos diferentes estando sin delinquir durante el periodo intermedio. Con ese razonamiento, la Sala acordó la acumulación de condenas por los hechos cometidos hasta el año 1982 y otra acumulación desde el año 1984 hasta su detención.

La STS 197/2006<sup>5</sup>, de 28 de febrero resuelve el recurso de casación interpuesto por Henry Parot y, por las razones que luego veremos, estima el mismo por entender que todos los delitos por los que había sido condenado se encuentran relacionados con su actividad dentro de la banda terrorista E.T.A. y que, por ende, ha de operarse una única acumulación de penas para todos ellos, con el límite legal de treinta años de cumplimiento. Sin embargo, el TS se pronuncia también sobre algo que nadie le había planteado: sobre el modo de computar el beneficio de redención de penas por el trabajo. En cuanto a esto, entendió que el beneficio de la redención de penas por el trabajo consagrado en el art. 100 CP 1973 ha de aplicarse no al máximo de cumplimiento, sino a cada una de las penas impuestas en las diversas condenas, por lo que la forma de cumplimiento de la condena total se producirá del siguiente modo: “se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo a la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcancen las limitaciones impuestas en la regla segunda del art. 70 del Código penal de 1973<sup>6</sup>. Llegados a este estadio, se producirá la

1 La imprevisibilidad del sistema jurisdiccional español: el caso Parot como paradigma (con epílogo de Tomás S. Vives Antón: crónica de una muerte anunciada), en prensa.

2 VIVES ANTÓN, T.S., El laberinto jurídico español, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./CUERDA ARNAU, M.L. (dir.), Amenazas la seguridad nacional: terrorismo, criminalidad organizada y nuevas tecnologías, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 21 y ss.

3 El 29 de marzo de 2012 el TC dictó treinta sentencias (SSTC 39/2012 y correlativas), de las cuales tres son estimatorias [SSTC 39/2012 (Tol 2513335), 57/2012 (Tol 2513456), 62/2012 (Tol 2513456)] y el resto desestimatorias del amparo.

4 Caso Del Río Prada contra España, 10 de julio de 2012 (Tol 2579501).

5 (Tol 846378).

6 El texto entonces vigente decía así: “No obstante lo dispuesto en la regla anterior (sc la acumulación de las penas), el máximum de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del tripló del tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en

extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante” (FJ 4º).

Contra dicha resolución interpone recurso de amparo Henry Parot y, cuatro años después, por ATC 179/2010, de 29 de noviembre se inadmite el mismo por no haber agotado todos los recursos, toda vez que no había instado la oportuna nulidad de actuaciones denunciando la incongruencia *extra petita* en que el TS había incurrido. El recorrido procesal de las causas contra Henry Parot abarca, pues, casi veinte años desde el momento en que fue detenido y comenzó el enjuiciamiento de unos hechos acaecidos una década antes.

La cuestión es que no es sólo a él a quien afecta el criterio de acumulación de penas introducido por la STS 197/2006, sino que éste se extiende a un número considerable de condenados a penas graves que ven como el correspondiente tribunal encargado de aprobar el licenciamiento definitivo ajusta éste a la doctrina sobre acumulación fijada en aquella sentencia y, por tanto, devuelve a la Administración penitenciaria su propuesta si esta no recoge esa nueva interpretación<sup>7</sup>. Ello motiva el que acudan en amparo un considerable número de penados a los que se ha aplicado el nuevo criterio; alguno de ellos estando ya en libertad, reingresando en prisión por este motivo.

Pues bien, hasta el 29 de marzo de 2012 el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre el tema. Y ni siquiera lo hace sobre todos los admitidos a trámite. Además, hay que hacer notar que en ningún caso se decretó la suspensión de la ejecución de las penas. Ello ha obligado al Tribunal Constitucional a reconocer

que en dos de los tres amparos concedidos los interesados han estado privados de libertad fuera de los casos permitidos por la ley porque en aplicación del marco legal existente en el momento de comisión del hecho delictivo y computando la redención de penas por el trabajo conforme al criterio firme e intangible establecido por el propio órgano judicial encargado de la ejecución, el recurrente había cumplido ya la pena que le fue impuesta. “Por tanto, concluye el Tribunal, aunque el recurrente fue privado legítimamente de libertad, una vez cumplida la pena en los términos anteriormente expuestos, nos encontramos ante una privación de libertad fuera de los casos previstos por la ley, pues el título que la legitimaba se ha extinguido. Por ello, el exceso de tiempo pasado en prisión constituye una privación de libertad carente de base legal y lesiva del derecho fundamental a la libertad consagrado en el art. 17.1 CE (STC 322/2005, de 12 de diciembre, FFJJ 2 y 3; STEDH de 10 de julio de 2003, Grava c. Italia §§ 44 y 45)” (STC 39/2012 y 57/2012, de 29 de marzo, F.J. 8)

### III. La imprevisibilidad

Sin duda, este segundo problema es, si cabe, más preocupante que el anterior y tiene, según creo, más difícil solución porque su causa hay que buscarla en una forma de entender el Derecho que quienes la profesan estiman acertada y, así, claro está, es difícil que se sometan a enmienda. Veamos lo ocurrido en el asunto Parot y así resultará más evidente la génesis, el desarrollo y el impacto de tal modo de proceder.

---

que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años”.

7 Aunque la cuestión no reviste complejidad alguna, en algunos artículos doctrinales sobre el tema se advierte cierta confusión en lo relativo a la secuencia procesal que sigue a la firmeza de una sentencia, por lo que me permitiré hacer alguna aclaración al respecto. Tras el auto que declara la firmeza y ordena la ejecución, se dicta el mandamiento de ingreso en prisión, y, a partir de ahí, la secuencia es la siguiente: el secretario judicial propone al tribunal sentenciador, que es el órgano que la aprueba, la liquidación de condena tomando en consideración, en su caso, los días de detención y de prisión provisional. Pero este no es más que un mero cálculo inicial que fija el día de ingreso y salida de manera provisional. Por su parte, si fuera aplicable, la Administración penitenciaria propondrá al Juez de Vigilancia Penitenciaria lo que proceda en relación con la concesión/denegación de redenciones de pena por el trabajo, y contra la decisión de este último podrá interponerse recurso de apelación ante el tribunal sentenciador. Una vez firme la redención que corresponda, y con una antelación mínima de dos meses antes del previsible cumplimiento de la condena, el director del establecimiento penitenciario formula al tribunal sentenciador una propuesta de libertad definitiva, indicando el día en que debiera estimarse extinguida la condena. Es en este trámite donde la aplicación de la doctrina Parot entra en juego, puesto que si la Administración penitenciaria ha computado los beneficios sin sujetarse a lo dicho en la STS 167/2006, el tribunal devuelve la propuesta para que aplique el nuevo criterio. Una vez comprobado que se ha procedido conforme a lo ordenado, el tribunal sentenciador dicta el auto de licenciamiento definitivo y emite el mandamiento de puesta en libertad. Como veremos, para asegurarse de que ningún tribunal aprobase una propuesta de libertad en la que el cómputo se hubiera hecho con arreglo al anterior criterio, por auto de 7 de abril de 2008 el Tribunal Supremo admitió el recurso de casación contra el auto de licenciamiento definitivo.

En el caso de que las penas por cumplir sean varias, la secuencia no se altera. Sólo hay que tomar en cuenta un trámite adicional, pues el órgano jurisdiccional que hubiere dictado la última sentencia deberá fijar el límite de cumplimiento de las penas impuestas conforme a la regla 2ª del art. 70 CP 1973 o art. 76 CP 1995.

## 1. La excarcelación de Henri Parot y la “solución” de la Audiencia Nacional

Como ya todo el mundo sabe, Henri Parot, autor de múltiples asesinatos y otros muchos delitos graves, había sido condenado a miles de años de prisión, si bien operaba como límite de cumplimiento el de 30 años vigente en el Código penal conforme a cuyas prescripciones había sido juzgado y con arreglo al cual los penados podían redimir penas por el trabajo. Así las cosas, corría el año 2005 y su excarcelación parecía inminente. Ello generó una cierta polémica que, aventada desde diferentes instancias con espurias finalidades<sup>8</sup>, acabo por conferirle una repercusión mediática de la que en el fondo carecía. El asunto llegó incluso a motivar una comparecencia en el Congreso del Ministro de Justicia<sup>9</sup>, quien tampoco desaprovechó otras sedes para hacer comentarios tan poco pertinentes como el realizado en la cadena Ser afirmando que desde el Ministerio se haría todo lo posible para evitar que se produjeran estas excarcelaciones, aludiendo expresamente a la “posibilidad de construir (sic) una nueva imputación por continuidad de vinculación con la banda armada o por amenazas proferidas desde la cárcel, como ya hicimos —recordaba con cierta satisfacción— con Ignacio de Juana Chaos”<sup>10</sup>.

En ese contexto tan poco propicio a la reflexión, se pronuncia la Audiencia Nacional por auto de 26 de abril de 2005. En él, como ya hemos visto, se acoge la tesis del Ministerio Fiscal que rechaza una única acumulación por entender que lo impide la interrupción de la actividad terrorista durante más de dos años. El argumento era bastante peregrino y no cabía esperar que prosperase a la luz de la propia doctrina de la Audiencia Nacional pero lo cierto es que se impuso el criterio del fiscal y el Tribunal dictó la resolución que ya conocemos. Esta es la primera de las resoluciones imprevisibles que el caso ha de depararnos. Tan imprevisible que al Tribunal Supremo no le duelen prendas a la hora de afirmar que “carece de cualquier fundamento, y que ni tiene anclaje en la ley (art. 70 2ª CP 1973), ni en la jurisprudencia de esta sala casacional que la interpreta” (FJ 5º). Ante afirmaciones de tan grueso calado es innecesario añadir comentario alguno.

No acaban, sin embargo, ahí las decisiones sorprendentes. La actuación del Ministerio Fiscal en este asunto

resulta también muy elocuente. Pese al carácter del órgano, pronto abandonó su propia línea argumental y apoyó el recurso de casación interpuesto por Parot contra el auto de la Audiencia Nacional que, precisamente, se había limitado a acoger el criterio de la Fiscalía.

## 2. La STS 167/2006: otro giro insospechado

Llegamos así a la STS 167/2006, de 28 de febrero, que resuelve el recurso de casación de Parot, apoyado, como decía, por el Ministerio Fiscal.

El Tribunal no podía sino estimar el recurso porque era una obviedad que se trataba de delitos conexos, relacionados todos ellos con su actividad en ETA y cometidos antes de la primera sentencia condenatoria, sin que la regla segunda del art. 70 del Código penal de 1973 condicionara la aplicación de las limitaciones que proclama a la existencia de una suerte de continuidad delictiva. Puesto que el único criterio que justifica la unidad de enjuiciamiento no es una vinculación temporal, sino un criterio de conexidad, había de operarse una única acumulación de penas para todos ellos, con el límite legal de treinta años de cumplimiento sucesivo (vid. FJ 5º).

Pero el Tribunal da un giro insospechado e introduce el polémico criterio de cómputo de los beneficios penitenciarios. Merece la pena transcribir literalmente el fundamento jurídico cuarto, a fin de ser rigurosamente fieles a sus argumentos:

CUARTO. Ahora bien, una interpretación conjunta de las reglas primera y segunda del mencionado art. 70 del Código penal, texto refundido de 1973, nos lleva a considerar que el límite de treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario. Las razones que nos llevan a esta interpretación son las siguientes: a) una primera aproximación gramatical nos conduce a tener presente que, en modo alguno, el Código penal considera la limitación de treinta años como una nueva pena, y que sobre ella se aplican las redenciones de que pueda beneficiarse el reo, sencillamente porque no dice eso; b) todo lo contrario: pena y condena resultante son dos módulos diferentes; la terminología del Código penal se refiere a la limitación resultante con el término de “condena”, de modo que construye los diversos máximos de cumplimiento de tal condena con respecto a las respectivas “penas” impues-

8 Entre otras cosas, no hay que olvidar que el **principal partido de la oposición no perdía ocasión de vincular las supuestas excarcelaciones de etarras con la existencia de negociaciones entre ETA y el ejecutivo.**

9 Vid. <http://www.elmundo.es/elmundo/2006/02/08/espana/1139402549.html>.

10 Vid. <http://www.elmundo.es/elmundo/2006/02/08/espana/1139392645.html>.

tas, tratándose de dos módulos distintos de computación, que se traducen, conforme a la regla primera, en el cumplimiento sucesivo de las diversas penas por el orden de su gravedad, hasta llegar a los dos tipos de máximos que diseña el sistema (el triple del tiempo de la más grave de las penas que se le impusieron o, en todo caso, el aludido de treinta años); c) esta interpretación resulta también de la forma con que el Código se expresa, pues tras el referido cumplimiento sucesivo de penas, el penado dejará “de extinguir [es decir, de cumplir] las que procedan [esto es, las siguientes en el orden citado] desde que la ya impuestas [cumplidas] cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años”; d) que los referidos treinta años no se convierten en una nueva pena distinta de las anteriores impuestas al reo, se demuestra también porque la condena total resultante se encuentra englobada bajo los parámetros de un concurso real, resultado de la aplicación del art. 69 del Código penal estudiado (al culpable de dos o más delitos se le imponen todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, o sucesivo, por las reglas del art. 70), sin embargo en nuestro sistema jurídico solamente resulta una nueva pena distinta de las diversas infracciones cometidas, como consecuencia de la aplicación de un delito continuado (ex art. 69 bis, hoy 74), o de un concurso ideal (medial o pluri-ofensivo, ex art. 71, hoy 77), cuya construcción dogmática en la moderna doctrina permite afirmar que resulta una nueva pena distinta y diversa de las correspondientes a las infracciones cometidas; e) teleológicamente, porque carecería de cualquier sentido que por el expresado camino de la acumulación se convirtiera en una nueva pena única de treinta años un amplio historial delictivo, igualando injustificadamente al autor de un solo delito con el condenado a una multitud de ellos, como es el caso enjuiciado. En efecto, carecería de cualquier lógica que por tal regla significase punitivamente lo mismo, cometer un asesinato que doscientos; f) si se solicitase la gracia de indulto, no podría ser sobre la condena total resultante, sino de una, varias o todas las penas impuestas, en cuyo caso informaría, como órgano sentenciador, el que la hubiere impuesto, y no el órgano judicial llamado a aplicar la limitación (el último de ellos), lo que evidencia que las penas son diferentes, y por si fuera poco, la regla primera del art. 70 del Código penal de 1973, determina cómo se verifica en ese caso el cumplimiento sucesivo “por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas”; g) y, para terminar con el razonamiento, procesalmente es lo que determina con toda claridad el art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues con esta operación lo que se hace es fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas (dicho así en plural por la ley), “determinando el máximo de cumplimiento de las mismas” (expresado de igual forma así de claro).

Es, por ello, que el término a veces empleado, llamando a esta operación una “refundición de condenas”, sea enor-

memente equívoco e inapropiado. Aquí nada se refunde para compendiar todo en uno, sino para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica. Consiguientemente, las varias penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan, y con todos los beneficios a los que tenga derecho. Por tanto, en la extinción de las penas que sucesivamente cumpla aquél, se podrán aplicar los beneficios de la redención de penas por el trabajo conforme al art. 100 del Código penal (T.R. 1973).

De tal modo, que la forma de cumplimiento de la condena total, será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del art. 70 del Código penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante.

Por ejemplo, consideremos a un condenado a 3 penas, 1 de 30 años, otra de 15 años y otra de 10 años. La regla 2ª del art. 70 del Código penal de 1973, que sería el aplicable en el ejemplo, determina que el tope de cumplimiento efectivo es el límite que represente o bien el triple de la más grave, o el máximo de treinta años. En el ejemplo, sería el máximo de 30 años de cumplimiento efectivo. El cumplimiento sucesivo de las penas (de la condena total) comienza con la primera, que es la pena más grave (la de 30 años de prisión). Si hubiera redimido (por los conceptos que sean), 10 años, tendría cumplida la pena a los 20 años de estancia en prisión, declarándosele extinguida; a continuación, pasaría a cumplir la siguiente pena por el orden de su respectiva gravedad (estoe es, la de 15 años), si de ésta redime 5 años, la tendría cumplida en 10 años.  $20+10=30$ . Ya no podría cumplir más penas, dejando de extinguir las que procedan, como literalmente dice el Código penal aplicado, desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho que no podrá exceder de treinta años.

La sentencia, fue muy bien recibida en muchos sectores. Además de complacer a las asociaciones de víctimas —lo cual es explicable—, satisfizo también a importantes responsables políticos. El Partido Popular se deshizo en elogios. El ministro de Justicia del gobierno socialista declaró que esa decisión del Supremo “transmite un mensaje de tranquilidad al conjunto de la ciudadanía”, con respecto al rigor y la determinación con la que el Poder Judicial trabaja contra el terrorismo<sup>11</sup>, conclusión con la que coincide el actual ministro, quien, antes de que el TC se pronunciase, no

11 <http://www.elmundo.es/elmundo/2006/02/20/espana/1140451851.html>.

tuvo reparo en manifestar públicamente su confianza en que aquél la ratificase<sup>12</sup>. Por su parte, al magistrado emérito del Tribunal Constitucional Rafael Mendizábal la sentencia le pareció “una bocanada de justicia, que satisface la necesidad social de ver cómo se da a cada uno lo suyo...”<sup>13</sup>. Y, más aún, lanzaba una advertencia al Tribunal Constitucional: “desactivarla significaría no sólo extravasar su propia jurisdicción una vez más, invadiendo el terreno de la ordinaria, sino subvertir simultáneamente la configuración constitucional y el ordenamiento jurídico por consideraciones coyunturales ajenas a él, léase por motivos políticos partidarios”<sup>14</sup>. En esta frase se condensan los dos grandes problemas que es preciso atajar: la falta de vinculación a la ley y un equivocado concepto acerca de la función que la Constitución atribuye al Tribunal Constitucional.

Por fortuna, la referida sentencia ha sido objeto de severas y fundamentadas críticas, que podríamos sintetizar, sirviéndonos de la acertada fórmula de Vives Antón, diciendo que el Tribunal Supremo hizo lo que ni siquiera podía hacer la ley: aplicar retroactivamente una nueva regla relativa al modo de cumplimiento de la condena que perjudica al reo en tanto que alarga considerablemente su estancia en prisión<sup>15</sup>. La lectura de los votos particulares es particularmente esclarecedora.

Como no tengo la pretensión de reiterar lo que otros colegas ya han expuesto muy claramente, me limitaré a subrayar cinco cuestiones básicas

1ª. La STS 167/2006 introduce un cambio trascendental en el modo de computar la redención de penas por el trabajo al romper con el tradicional —y nunca cuestionado— entendimiento de la regla segunda del art. 70 CP<sup>16</sup>.

El intento del Tribunal Supremo<sup>17</sup> por convencernos de que no se está cambiando nada, es poco convincente. No le convence ni a él mismo, que, precisamente porque no ignoraba cuál fue el criterio utilizado por ese mismo tribunal para determinar la norma penal más favorable tras la entrada en vigor del CP 1995 (STS 557/1996 de 18 julio FJ 4) dedica un gran esfuerzo argumental a justificar desde la perspectiva del principio de igualdad un cambio que niega que se haya producido. Al final, tan obvio es que hay una ruptura que ya en la STS 343/2011, de 3 mayo lo reconoce expresamente y dice que “lo que se ha modificado es la forma en la que se aplican los beneficios penitenciarios. Hasta la STS nº 197/2006 —reconoce ahora el Tribunal— se aplicaban sobre el límite máximo. Tal criterio fue considerado erróneo por la citada sentencia y otras que la

12 <http://www.deia.com/2012/01/26/politica/euskadi/el-ministro-de-justicia-deja-claro-al-constitucional-su-apoyo-a-la-rdoctrina-paro-para-los-presos-de-eta>.

<http://www.noticiasdenavarra.com/2012/01/26/politica/navarra/el-ministro-confia-en-que-el-constitucional-confirme-la-39doctrina-parot39>.

<http://www.elcomercio.es/v/20120126/nacional/ministro-desea-mantenga-doctrina-20120126.html>.

13 “El caso Troitiño y la doctrina Parot”, en *La Ley, Revista española de doctrina, Jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 2011, p. 1665.

14 Op y loc cit.

15 Las críticas, aunque menores en número de lo que la decisión hubiera merecido, son muchas. Me limitaré a señalar, sin embargo, sólo algunas de ellas (CUERDA RIEZU, A., “El concurso real y la acumulación de penas en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero relativa al caso Henri Parot: observaciones legales y jurisprudenciales”, *Cuadernos de derecho judicial*, nº 7, 2006, p. 215 y ss.; GONZÁLEZ FRANCO, J.A./RAGUÉS i VALLÉS, R., “La refundición de penas en el derecho vigente: a propósito del caso Henri Parot”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 730, 2007, p. 2 y ss. y en base de datos Aranzadi; LLOBET ANGLI, M. “Caso Parot”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, P (coord.) *Casos que hicieron historia en derecho penal*, La ley, Madrid, 2011, p. 895 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Reflexiones sobre el caso Troitiño, la doctrina Parot y los vaivenes jurisprudenciales en materia de terrorismo”, *Diario La Ley*, nº 7654, 2011; del mismo, entre otros, “Apuntes de urgencia sobre la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado caso Parot”, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 2006, p. 1325 y ss. ORTS BERENGUER, E. “Comentarios a la sentencia de la sala segunda del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero (caso Parot)”, *ReCrim, Revista del Instituto Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la Universitat de Valencia*, nº 1, 2009, texto completo en <http://www.uv.es/recrim/recrim09/recrim09a01.pdf>; SANZ MORÁN, A., “Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios”, *Revista de derecho penal*, nº 18, 2006, p. 11 y ss.; VIVES ANTÓN, T.S “Una sentencia discutible”, *El País*, 11 marzo 2006, y en *Tirant on line (Tol 817709)*.

16 Como señalan los votos discrepantes siempre se había entendido que de la regla 2ª del art. 70 surge un cúmulo autónomo, la “pena de cumplimiento”, la unidad punitiva resultante sobre la que se venía aplicando de manera inveterada el beneficio penitenciario de la redención de penas por el trabajo. En la doctrina, vid. especialmente el detallado estudio que de la jurisprudencia anterior realiza tras analizar más de 170 resoluciones CUERDA RIEZU, “El concurso real...”, op. cit. *passim*.

17 Y del ponente de la misma en diversos artículos doctrinales; en alguno de los cuales, sin embargo, se deslizan afirmaciones que desdican la rotunda afirmación que se hace en el FJ 5 de la sentencia de que “esta interpretación ratifica una línea interpretativa seguida en diversos precedentes respecto del entendimiento de las normas de acumulación jurídica...” (cfr. “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*, nº 7642, junio, 2011).

siguieron, que entendieron que aquellos beneficios debería aplicarse sobre las penas efectivamente impuestas, que debían cumplirse sucesivamente hasta alcanzar el límite máximo fijado por la ley” (FJ 3º, p. 2)

2º. Ese cambio no es una mera interpretación posible de la ley

No lo es con una interpretación literal de la regla 2ª del art. 70, precepto que, refiriéndose a la pluralidad de condenas, expresamente imponía dejar “extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo del tiempo predicho”. No se ajusta a una interpretación lógica e histórica del precepto, pues el art. 78 de Código Penal de 1995 (y la reforma operada por la LO 7/2003), al establecer la posibilidad de que, sólo en determinados supuestos, los beneficios penitenciarios pudieran calcularse sobre cada una de las penas impuestas en la sentencia o sentencias, vino a consagrar legislativamente la interpretación tradicional, pues la excepción carecería de sentido si fuera, a su vez, la regla general. Por último, semejante interpretación es asistemática y contraria a la ratio de la redención de penas por el trabajo, toda vez que ese modo de computar los beneficios impide en muchos casos que tengan operatividad alguna.

3º. El Tribunal Supremo ha creado una regla nueva relativa al modo de computar los beneficios penitenciarios.

Puesto que no puede hablarse de interpretación cuando se alcanza una conclusión a la que no es posible llegar utilizando ninguno de los cánones hermenéuticos al uso, hay que admitir que lo que el Tribunal hizo fue crear derecho.

4º. Se trata de una regla que claramente perjudica al reo y se aplica retroactivamente.

5º. En todo caso, resulta afectado directamente el derecho fundamental a la libertad, de la que el condenado se ve privado sin que exista cobertura legal (art. 17 CE)

Al Tribunal Supremo sólo le quedaba garantizar que la nueva regla tendría los mismos efectos vinculantes que si fuera una ley. Para ello tenía nuevamente que hacer una “interpretación novedosa” de las normas que regulan el derecho de acceso a los recursos, que, paradójicamente, en lugar de servir para reforzar los derechos fundamentales, se dirige a consagrar definitivamente la limitación que del derecho a la libertad había operado su previa doctrina. A ese objetivo sirvió el auto dictado el 7 de abril de 2008

### 3. El ATS de 7 abril de 2008

En trámite de ejecución, la sección quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó auto aprobando el licenciamiento definitivo del conocido como violador del Vall d’Hebron. Contra esta resolución el Ministerio Fiscal presentó recurso de súplica interesando la práctica de nueva liquidación de condena con arreglo a la doctrina Parot, siendo desestimado por auto de 14 de septiembre de 2007. Con fecha 21 de septiembre de 2007, la Audiencia dictó nuevo auto aprobando el licenciamiento definitivo, tras lo cual se dictó el mandamiento de puesta en libertad.

Tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular presentaron escrito anunciando su intención de interponer recurso extraordinario de casación, preparación que, como era de esperar, les fue denegada por auto de 2 de octubre de 2009. Contra este último, interpusieron las acusaciones recurso de queja que, inesperadamente, resultó estimado en lo que afecta a dejar dicho auto sin efecto, ordenando a la citada Audiencia que dictase auto admitiendo la preparación del recurso de casación contra que aprobó el licenciamiento definitivo del penado para el día siguiente.

Admitido el recurso, éste se resolvió por STS 734/2008 de 14 noviembre<sup>18</sup>, estimado la pretensión del Ministerio Fiscal, declarando nulo y sin efecto el auto de licenciamiento y ordenando a la Audiencia que practicara la liquidación conforme al criterio sentado en la STS 167/2006. Y todo ello pese a que el Tribunal era consciente de que en este caso la Audiencia se había pronunciado sobre el modo y consecuencias de aplicación de los beneficios de redención de pena. Concretamente, en resolución de 30 de noviembre de 1998 el Tribunal decidió: a) que la duración máxima de cumplimiento pasaría a ser de 20 años y no de 30 por aplicación del Código Penal de 1995, y b) que le serían de aplicación *sobre la pena a cumplir* los beneficios penitenciarios consolidados a la fecha de entrada en vigor del dicho Código Penal pero sin que pudiera obtener otros a partir de esa fecha, conforme a la discutible doctrina sentada por la STC 31/1999 (y seguida por STC 76/2004) que permitía la aplicación conjunta de ambos Códigos. El Tribunal Supremo se escuda en que el auto de liquidación es provisional. Pero es que ese no es el problema. Claro que se trata de un cómputo provisional. Eso es obvio. Como lo es la afirmación

<sup>18</sup> Cuya doctrina ya puede estimarse definitivamente consolidada, vg. SSTS 195/2010, 24 febrero, 343/2011, de 3 mayo, 1089/2011, de 27 octubre (To/ 2285165).

de que el expediente histórico penal ha de considerarse vivo en tanto no recaiga el auto de licenciamiento definitivo. Lo determinante es si también es provisional el criterio para realizar aquel cómputo, esto es, el manejado por la Audiencia Provincial al decidir sobre la ley más favorable<sup>19</sup>.

El resultado de todo lo anterior es que, lógicamente, al aplicarse los benéficos y redenciones con respecto a cada una de las penas y seguir el orden de cumplimiento sucesivo a medida que aquellas se extinguían, hubo que decretar el reingreso en prisión del afectado, lo que se produjo cuando ya llevaba más de un año fuera de la misma, lo cual es uno más de los esperpénticos resultados a los que se refería el magistrado Giménez García en su voto particular a la STS 11 diciembre 2008<sup>20</sup>

#### IV. Crítica a la supuesta libertad interpretativa

Como reconoce en un artículo doctrinal el que fuera el ponente de la STS 197/2006, “la doctrina Parot se fundamenta en que no debe ser lo mismo el cumplimiento efectivo cuando se trate de un delincuente que haya sido condenado por un solo delito, que el seriado criminal que tiene a sus espaldas un amplio historial delictivo”<sup>21</sup>. Se hace finalmente explícito que la jurisdicción, en lugar de permanecer neutral, ha querido solucionar un problema de “justicia material”: ha en-

tendido que “lo justo” es la imposición de facto en tales casos de una cadena perpetua. Ese es, por otra parte, un sentir que comparte un considerable número de ciudadanos, entre los que se encuentran insignes juristas a los que quizá les convendría, además de repasar algunas obras clásicas sobre el particular, leer las recientes contribuciones de Muñoz Conde<sup>22</sup> y de Cuerda Riezu<sup>23</sup> sobre la discutible constitucionalidad de la cadena perpetua. En todo caso, ese no es un debate en el que al Tribunal Supremo le corresponda terciar puesto que no es una decisión que le corresponda adoptar. Ese es un problema, como apunta Vives, de legitimación política, no de legitimidad jurídica. El Tribunal Supremo entiende que el legislador se equivoca y corrige su error dictando una resolución que, además de imprevisible ofrece una solución que no presta la necesaria atención a los derechos fundamentales.

En efecto, los cambios de criterio especialmente en asuntos con gran repercusión mediática dan una imagen de nuestra jurisdicción capaz de dejar desolado al ciudadano medio y debieran suscitar entre los académicos una reacción menos complaciente de la que a menudo se tiene, lo que tal vez se explica por el hecho de que la “dogmática” haya contribuido a que ello sea así<sup>24</sup>. Es inaplazable poner de manifiesto que la supuesta libertad interpretativa de nuestros jueces no sólo no

19 Vid. el atinado voto particular que formula el magistrado Luciano Varela Castro.

20 (Tol 1426417).

21 Julian SÁNCHEZ MELGAR, “La vigencia de la doctrina Parot...”, op cit.

22 “Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella”, *Teoría & Derecho*, nº 11/2012, p. 297 y ss. (y por referencia directa a las consecuencias a que conduce la doctrina Parot, p. 300).

23 *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Ateleur, Barcelona, 2011.

24 A menudo se oye a ilustres penalistas criticar la tendencia de los tribunales a hacer uso de construcciones dogmáticas para alcanzar un objetivo predefinido, ya sea ampliar, ya sea restringir la punibilidad en contra de lo que dice la ley. No voy a discutir que eso sea así. Sin embargo, el hecho de ser parte de “la doctrina” y el llevar más de diez años compartiendo estrados con jueces que procuran desempeñar bien su trabajo me obliga a asumir la responsabilidad que otros rehusan. Habría que preguntarse quiénes han convertido el panorama en un supermercado de opiniones, abandonando para ello el contexto de uso en el que cobran sentido las palabras de la ley. Me interesa insistir en la responsabilidad de la dogmática porque lo cierto es que por la vanidad de ser únicos eliminamos cualquier posibilidad de consenso, creando un universo de teorías que sustituyen a otras teorías que pronto se verán desplazadas por otras que no son ni más ni menos convincentes pero sí son nuevas. Los jueces se han limitado a seguir nuestro ejemplo, sin reparar —eso sí— en que la impredecibilidad de sus decisiones tiene en la libertad del ciudadano un impacto del que carecen las diferentes opciones dogmáticas.

Por su parte, no son menos devastadores los efectos vinculados al hecho de que la sobrevaloración del sistema alzapime la libertad interpretativa frente al texto de la ley. El sistema no se limita a ordenar conocimientos sino que va generando el verdadero conocimiento científico a partir de refinamientos dogmáticos que varían de autor a autor, eliminando la posibilidad de usos constantes, destruyendo, por tanto, el primero de los objetivos que debiera perseguir la dogmática.

Lo más grave de todo esto es que los jueces se contagian. También ellos quieren hacer dogmática aunque para eso haya que acabar con usos estables. Frente a ese estado de cosas no puedo dejar de insistir en la ilegitimidad de cualquier cambio fundado en una libertad interpretativa entendida como a menudo se entiende. El juez ordinario no puede enarbolar una supuesta libertad interpretativa por cuya virtud se deje de aplicar la regla típica tal y como la hemos entendido hasta ahora y la sustituyamos retroactivamente en contra del reo por otra distinta, por mucho que pueda parecernos —o incluso ser— técnicamente mejor. Tal cosa es intolerable porque lo que se está haciendo es cambiar una regla por otra de manera ilegítima y, por tanto, aunque ese nuevo uso llegara a consolidarse, no por ello dejaría de ser un cambio ilegítimo, que parte de un equívoco sobre lo que significa interpretar y no repara en la incompatibilidad de semejante pretensión con nuestro modelo normativo. Asimismo, muy recientemente ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., ¿Leyes taxativas interpretadas libérrima-

tiene nada que ver con la independencia judicial, sino que es incompatible con el principio de legalidad. “El Juez independiente —dice Vives Antón— ha de aplicar el Derecho objetivamente vigente y, si ello es así, no puede decidir libremente lo que es y lo que no es Derecho: eso ha de decidirlo el sistema jurídico, no el juez individual. De modo que el sistema puede obligarle a que se atenga a los precedentes, como hace el *common law* y, en mi opinión, debería hacerlo, pues el principio de legalidad (por muy perfectamente que se hallen redactadas las leyes, lo que no es, precisamente, el caso) no basta para garantizar la seguridad jurídica si no se establecen y respetan ciertos hábitos aplicativos”<sup>25</sup>. Y continúa: “esa insuficiencia del texto de la ley para garantizar una aplicación uniforme bajo la vigencia del principio de libertad interpretativa se debe a razones de orden lógico. En efecto, el significado que, como mostró Wittgenstein, tiene su origen en la regularidad del uso de las palabras, se volatiliza cuando no hay ni siquiera un mínimo de estabilidad garantizada en ese uso. Y eso es lo que sucede en el caso del texto de la ley bajo la vigencia de la idea de libertad interpretativa, tan enraizada hoy en el sistema español. En efecto, en virtud de esa supuesta libertad interpretativa del Juez todo resulta interpretable y, en consecuencia, según Wittgenstein, todo puede hacerse concordar con la regla o también discordar de ella. Lo que se pierde en ese proceso es la esencia normativa del Derecho: en lugar de la regla, que no tiene un contenido fijo, se sitúa la voluntad de cada uno de los jueces, como en el lugar de la ley vacía de contenido se instaló la voluntad del Führer. Por eso, cuando el criterio con el que operó la jurisdicción ordinaria se corrige por una jurisdicción de garantías, la función jurisdiccional no resulta menoscabada: al contrario, su dignidad se refuerza”<sup>26</sup>.

### V. Cambios jurisprudenciales e irretroactividad

#### 1. Los recursos de amparo frente a la aplicación de la doctrina Parot

Contra la aplicación de la doctrina Parot se interpusieron un número considerable de recursos, muchos de los cuales —incluidos el del propio Henri Parot y el de Inés Del Río Prada— ni siquiera fueron admitidos

a trámite. Los que sí lo fueron mantienen una misma línea impugnativa y denuncian la vulneración de los mismos derechos y garantías constitucionales. De entre ellos, tres han sido estimados<sup>27</sup> y el resto desestimados, si bien el otorgamiento del amparo en los primeros no trae causa, como veremos, de una alegación jurídica distinta.

Concretamente, los recurrentes fundamentan su demanda de amparo en la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), a la legalidad (art. 25.1 y 2 CE), a la libertad (art. 17.1 CE) y a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE).

Como primer motivo de amparo, se denuncia la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), así como el derecho a un recurso efectivo [art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP)], todo ello en relación con el art. 17 CE. Los demandantes denuncian que la Audiencia Nacional, en las respectivas providencias donde se acordaba la aplicación de la nueva doctrina del Tribunal Supremo no diera traslado a las defensas, pese a que hasta ese momento el criterio aplicado era otro, introduciendo una perspectiva jurídica novedosa en cuanto al cómputo de las redenciones por trabajo, que empeoraba la situación del reo y obligaba al cumplimiento íntegro de los treinta años, y respecto de la que los recurrentes no pudieron defenderse ni someterla a contradicción. Por otra parte, se sostiene que la Audiencia Nacional, al dictar esa resolución mediante providencia, por entender erróneamente que se trataba de simple ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006 (STS 197/2006) cuando esta resolución sólo era firme para el señor Parot, determina que el único remedio que quepa sea el recurso de súplica ante el mismo órgano judicial, impidiendo el derecho a someter la cuestión ante un órgano superior.

En un segundo motivo de amparo, se aduce la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 y 2 CE), en relación con la interpretación de los arts. 70.2 y 100 CP 1973, así como de los arts. 66 del reglamento de prisiones de 1956 y del art. 202 del reglamento penitenciario

mente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal, en MONTIEL, JP (ed.) *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2012, vid. especialmente, p. 184 y ss.

25 “El laberinto...”, op. cit.

26 “El laberinto...”, op. y loc. cit.

27 SSTC 39/2012 (ToI 2513335), 57/2012 (ToI 2513456), 62/2012 (ToI 2513456).

actual. La interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo, se estima ajena al tenor literal de dichas normas, a las pautas axiológicas que conforman el ordenamiento constitucional y a los modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica, y resulta extravagante, por cuanto quiebra con lo que había sido la interpretación realizada a lo largo de toda la historia penitenciaria (conforme a la cual la redención de penas por el trabajo se abonaba al tiempo efectivo de cumplimiento) y lo hace en un momento en que la norma ha sido ya derogada y los supuestos de aplicación de la misma tienden a desaparecer. Entienden los recurrentes que, sin entrar a discutir si el límite del art. 70.2 CP es o no una nueva pena, a la vista del tenor literal del art. 100 CP 1973 (“se le abonará para su cumplimiento” y aplicable “a efectos de liquidación de condena”) y teniendo en cuenta que la redención de penas por el trabajo es un instrumento de tratamiento penitenciario, cuya finalidad es conseguir el acortamiento efectivo de la condena, el tiempo redimido ha de considerarse tiempo efectivo de cumplimiento, por lo que en los treinta años han de incluirse tanto los años de internamiento efectivo, como las redenciones computables como tiempo de cumplimiento.

El tercer motivo de amparo denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17 CE). Sostienen las demandas que la nueva interpretación del cómputo de las redenciones sobre la totalidad de la condena genera indefensión e inseguridad jurídica, puesto que con las redenciones aprobadas por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, intangibles y firmes, aplicadas —como se venía haciendo— al tope de treinta años, los recurrentes, según el caso, habrían cumplido ya su condena o estarían próximos al licenciamiento definitivo. El trabajo y los estudios en la prisión —se añade en muchas de las demandas de amparo— se realizaron en la confianza de que las redenciones así obtenidas implicarían un acortamiento del tiempo de

permanencia en prisión, habiéndose generado una expectativa de dicho acortamiento sobre la base de la actuación de los órganos judiciales hasta el momento y de las propuestas de los centros penitenciarios, pues todas las liquidaciones de condena se habían realizado conforme a la doctrina anterior<sup>28</sup>

Como cuarto motivo de amparo, se considera vulnerado el principio de legalidad (arts. 25.1 y 9.3 CE), por aplicación retroactiva de una ley desfavorable. Se denuncia que con esta pretendida nueva interpretación de facto se está aplicando retroactivamente el art. 78 CP 1995 a un penado bajo el Código penal de 1973. Sostiene los recurrentes que el Código penal de 1973 era la ley más favorable, en la medida en que las redenciones incidían sobre la liquidación de condena, acortando el tiempo de internamiento efectivo. La disposición transitoria segunda del Código penal actual establece la necesidad de tener en cuenta no sólo la pena correspondiente, sino también las disposiciones sobre redenciones por el trabajo a la hora de establecer la ley más favorable derivada de la sucesión normativa. De todo ello, se deduce que el Código penal de 1973 no contempla la aplicación de las redenciones a la totalidad de las condenas, una previsión que sí realiza el art. 78 CP 1995 (tanto en su redacción inicial como en la dada al mismo por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas) en relación con los beneficios penitenciarios y que es desfavorable. También se destaca que las modificaciones legales en esta materia se realizaron, como se pone de relieve en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, con el objetivo de garantizar el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, razón por la cual desaparece la redención de penas por el trabajo y los beneficios se aplican a la totalidad de las penas, lo que refuerza la evidencia de que dicha previsión no se encontraba en el Código penal de 1973 —siendo necesaria una reforma legal para

28 A este motivo se añade en las demandas de amparo que han resultado estimadas (SSTC 39/2012, 62/2012 y 57/2012) la circunstancia de que ese criterio resultase explícitamente asumido por la respectiva Audiencia cuando, tras la entrada en vigor del Código de 1995, vincula la denegación de la revisión de las penas a la comparación no de los marcos abstractos sino de la resultante de computar las redenciones conforme al tradicional criterio que incorporaban las liquidaciones provisionales de condena remitidas por los centros penitenciarios. Este ha sido el motivo que ha hecho prosperar estos amparos al entender el TC que la asunción por parte del tribunal de ese criterio como determinante para fijar la norma más favorable al demandante es la ratio decidendi que explica la afirmación de que el límite de cumplimiento de veinticinco años del nuevo Código penal no se estimara más beneficioso que el de treinta años resultante de la aplicación del Código penal anterior. En tales casos, las resoluciones posteriores en que se ordena la aplicación de la doctrina Parot desconocerían la eficacia de lo resuelto con carácter firme e intangible por esos autos previos, vulnerando la intangibilidad de las resoluciones judiciales que incorpora el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Como se vé, el TC ha condicionado la apreciación de intangibilidad a la constatación de una referencia explícita en la resolución judicial a la operatividad de la redención sobre el límite de 30 años, un concepto de intangibilidad que no convence a todos (vid. Votos particulares).

consagrarla— y que bajo la pretendida interpretación de la norma se promueve la aplicación retroactiva de una ley posterior desfavorable.

En quinto lugar, e invocando el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), con cita de la STC 144/1988, se denuncia el injustificado y arbitrario cambio de criterio a raíz de la STS 197/2006 (al afirmar que el límite de treinta años no es una nueva pena y que la redención de penas por el trabajo ha de computarse respecto de la totalidad de las penas impuestas), que rompe con toda la jurisprudencia anterior al respecto (cita las SSTS 1985/1992, 506/1994, 1109/1997, 1458/2002, 1778/2002 y 699/2003; los Plenos no jurisdiccionales de 18 de julio de 1996 y 12 de febrero de 1999; así como todas las liquidaciones de condena y licenciamientos admitidos por todos y cada uno de los Tribunales españoles; posteriormente cita las SSTS 529/1994 y 1223/2005, así como el Voto particular de la STS 197/2006), aplicada a cientos de presos, en un momento en que la norma (Código penal de 1973) ya está derogada y resulta aplicable a un número muy limitado de presos y sin que existan razones fundadas que justifiquen el mismo. Se afirma que se trata de una reescritura de la ley, provocada por factores extrajurídicos, en atención a quienes son los sujetos pasivos a los que afecta y a las circunstancias en que se adopta la decisión, siendo, por tanto, un cambio de criterio ad personam, constitucionalmente vedado. También se señala que a los recurrentes se les deniega lo que a otros cientos de presos se les concedió, aplicando la ley de forma diferente y discriminatoria.

En el sexto motivo de amparo se alega la vulneración del derecho a la libertad (art. 17.1 CE). Tras poner de relieve que, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, la redención de penas por el trabajo afecta al derecho a la libertad (SSTC 31/1999 y 76/2004), se sostiene que el mencionado cambio de criterio jurisprudencial contra reo modifica su expectativa de libertad, implicando un alargamiento de su estancia en prisión, sin base legal, ni reglamentaria (se cita y reproduce parcialmente el Voto particular de la STS 197/2006) y en contra de la práctica habitual y pacífica. Además, se señala que esta técnica vacía absolutamente de contenido la redención de penas por el trabajo, haciéndola inoperante, y crea una suerte de cumplimiento virtual de la condena, siendo así que el tiempo acumulado por redenciones es tiempo efectivamente cumplido y no tiempo virtual, como señala la STS de 5 de abril de 2001. Ello queda patente en la inicial liquidación de condena y propuesta de licenciamiento definitivo efectuada por el centro penitenciario, por lo que la denega-

ción del licenciamiento definitivo viola el art. 17 CE, el art. 7.1 del Convenio Europeo y el art. 15.1 PIDCP.

Finalmente, se invoca el art. 25.2 CE, en relación con las Reglas mínimas para tratamiento de los reclusos elaboradas por Naciones Unidas y el art. 10.3 PIDCP. Se destaca que, de conformidad con el art. 25.2 CE, las penas privativas de libertad han de estar orientadas a la reinserción social, fin al que se dirige la redención de penas por el trabajo como instrumento de tratamiento penitenciario, y que la interpretación del Tribunal Supremo, al dejar sin efecto útil alguno la redención de penas y la libertad condicional en presos con condenas superiores a cuarenta y cinco años (conforme a los cálculos realizados por el propio Tribunal Supremo), vulnera los principios inspiradores de las normas que consagran estas instituciones y el art. 25.2 CE.

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa la estimación del amparo solicitado, por entender que las resoluciones recurridas han vulnerado los derechos a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes (art. 24.1 CE), a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y a la libertad personal (art. 17.1 CE). Sustancialmente, entiende el Fiscal que la ejecución de una Sentencia penal forma parte del contenido del principio de legalidad y que no es de recibo que, establecidos en una resolución judicial unos criterios de interpretación normativa para fijar la refundición de condena, estos puedan variarse sobre la base de una nueva interpretación de las normas aplicables. Todos los autos que decidieron no revisar las penas impuestas al recurrente tras la entrada en vigor del Código penal de 1995 lo hicieron porque ello no resultaría más beneficioso al comportar la pérdida del derecho a obtener redenciones con posterioridad al 25 de mayo de 1996. Y conforme al criterio fijado en esos autos resulta una fecha de licenciamiento definitivo de las condenas refundidas, operando con una interpretación de la normativa aplicable, modificada posteriormente por otra interpretación, cuya aplicación a los casos en cuestión vulnera el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes ex art. 24.1 CE. Un derecho fundamental que además tiene engarce con el principio de legalidad (art. 25.1 CE), en relación con la prohibición de retroactividad de las normas penales perjudiciales al reo (STEDH *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, de 22 de marzo de 2001), ya que las garantías de legalidad y seguridad deben extenderse a la ejecución de las penas, integrándose la irretroactividad de las normas y su interpretación desfavorable al reo en “el complejo de la legalidad del art. 25.1 CE” (STEDH *Puhk c. Estonia*, de 10 de febrero de 2004). Las resoluciones recurridas no se han limitado a variar la fecha

de licenciamiento de conformidad con los extremos anejos al devenir del cumplimiento de la pena impuesta (por ejemplo, con datos relativos a la redención de penas por el trabajo), sino que la han alterado de forma desfavorable al reo a través de una revisión interpretativa, creando ex novo un marco paranormativo que determina una mayor extensión de la pena. Y todo ello debe conectarse con el derecho a la libertad personal en juego (art. 17.1 CE), por cuanto el licenciamiento definitivo tendrá lugar en fecha muy posterior, como consecuencia de esa nueva y desfavorable interpretación de la norma.

Como no es mi pretensión analizar con detalle ni los recursos ni siquiera las sentencias que los resuelven, sino exponer mis propias razones, me limito a dejar constancia de las referidas alegaciones y paso a centrarme en las que resultaban determinantes y bastaban para estimar los amparos (aunque hubiera otras adicionales en que fundarlos).

## 2. Principio de legalidad, interpretación de la ley y jurisdicción constitucional

Para empezar a entendernos lo primero es descartar que nos enfrentemos ante un problema relativo a la ejecución de la pena. El planteamiento de si la redención de penas por el trabajo cae dentro o fuera del art. 25 CE está desenfocado. Lo que se decide con la doctrina Parot no es el concepto o los requisitos de la redención u otros beneficios, sino de dónde se descuentan. Y eso lo decía el Código penal de 1973 en la regla 2ª del art. 70 al referirse a un “máximo de cumplimiento de la condena”, que no podía superar el triple de tiempo por el que se le impusiere la más grave de las penas, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximum de tiempo predicho. 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? ¿Cómo puede negarse que el recurso de amparo sea —como hace ya mucho propuso Madrid Conesa<sup>29</sup>— un adecuado remedio para atajar estas situaciones? Entender lo contrario encierra un equivocado concepto acerca de la función que la Constitución atribuye al Tribunal Constitucional.

## 3. Alcance de la irretroactividad

### 3.1. Irretroactividad de la ley en sentido material

Como ya dije, aquí se estima que la doctrina Parot no es una interpretación posible de la ley. Es más, si lo fuera, habría que predicar el defecto de la ley misma, de su falta de calidad por dar cobijo a interpretaciones tan dispares. En todo caso, aún dando por bueno que estuviésemos ante una mera interpretación de la ley, no por ello desaparecería el problema de fondo: la aplicación retroactiva de un cambio jurisprudencial desfavorable al reo.

No se trata aquí de analizar el entramado de problemas que suscitan los cambios jurisprudenciales<sup>30</sup>, pero, al menos, hay que poner de manifiesto lo limitado que resulta el modo tradicional de afrontarlos, cuyo planteamiento encubre una trampa conceptual que es la que conduce a ofrecer la insatisfactoria solución de analizar tales cambios exclusivamente desde la perspectiva del principio de igualdad. La trampa conceptual en que se incurre consiste en vincular la prohibición de irretroactividad de la ley penal desfavorable consagrada en el art. 25. 1 CE a la ley entendida en sentido formal. La propia STS 197/2006 nos recuerda que “la doctrina ampliamente mayoritaria y nuestra propia jurisprudencia (ad exemplum STS 1101/1998) no consideran aplicable a la jurisprudencia la prohibición de irretroactividad, que el texto del art. 25. 1 CE reserva a la legislación y el del art. 9.3 a disposiciones legales o reglamentarias” (FJ

29 *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*, publicaciones del Instituto de Criminología y del departamento de derecho penal de la Universidad de Valencia, Valencia, 1982, p 33 y 34.

30 En la doctrina española, vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

5º, in fine). El TC, por su parte, se limita a desestimar —esto con acierto— que se esté ante una aplicación retroactiva del art. 78 CP 1995, pero sin ir más allá, reiterando su tradicional fórmula de que la prohibición de irretroactividad “tiene como presupuesto fáctico la aplicación retroactiva de una norma penal (...)”<sup>31</sup>, sin entrar en ulteriores consideraciones acerca de este último concepto. Como decíamos, se pretende predicar la irretroactividad de la ley entendida en sentido formal, como mero conjunto de palabras. El principio de legalidad, sin embargo, reclama una ley en sentido material, pues es de la norma de la que cabe predicar la irretroactividad en perjuicio del reo. Si así no fuera, como ha señalado Varela Castro, acabaríamos por acoger “una verdadera retroactividad oculta”<sup>32</sup>.

A esta retroactividad oculta se refiere el TEDH para proscribir la aplicación retroactiva de los cambios jurisprudenciales que no fueran racionalmente previsibles, pues lo determinante es el derecho del ciudadano a prever anticipadamente las consecuencias de su conducta. Ese es, sin duda, el planteamiento más adecuado y a él se dedican las líneas siguientes

### 3.2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una visión sustancial del principio de legalidad. La ley y la interpretación de la ley

Aunque no es posible ofrecer aquí una visión completa de lo que podríamos llamar la “versión europea” de la irretroactividad<sup>33</sup>, sí que conviene repasar algunos aspectos básicos que resultan determinantes para enjuiciar si la “doctrina Parot” se ajusta a las exigencias del art. 7 del Convenio europeo de Derechos Humanos<sup>34</sup> y, por ende, al correcto entendimiento constitucional del principio de legalidad y de la prohibición de retroactividad que de él se deriva.

El artículo 7 del Convenio dispone:

“1. Nadie podrá ser condenado por una acción y o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

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

Son muchas las resoluciones del TEDH que abordan la exégesis del precepto pero bastará señalar algunas cuya doctrina se ajusta de manera singular al concreto asunto que nos ocupa en la medida en que parten de los siguientes presupuestos básicos: a) el principio de legalidad (art. 8 CEDH) apela a una ley con calidad suficiente, esto es, accesible y previsible; y b) por ley hay que entender la norma tal y como viene siendo aplicada de una manera constante, pues esa es la ley a la que accede el ciudadano y, por tanto, la única cuyas consecuencias puede prever.

Así lo dijo ya el TEDH en el asunto *Kruslin* contra Francia (24 abril 1990)<sup>35</sup>, el TEDH dejó sentado que:

“27. Las palabras «prevista por la ley», en el sentido del artículo 8, exigen ante todo que la medida impugnada tenga algún fundamento en el derecho interno; pero también se refieren a la calidad de la norma en cuestión: debe ser accesible a la persona afectada, que ha de poder prever sus consecuencias, y debe ser compatible con la preeminencia del derecho...”

28. Por «ley», en el sentido del artículo 8.2 del Convenio, se entiende el «derecho en vigor en un determinado régimen jurídico», en este caso «el conjunto formado por el derecho escrito» y «por la jurisprudencia que lo interpreta» (...)

29. (...) «corresponde ante todo a las autoridades nacionales» y singularmente «a los jueces y tribunales, la interpretación y la aplicación» del derecho interno (...)

No se puede prescindir de esta jurisprudencia. El Tribunal, en relación con el apartado 2 del artículo 8 del Convenio y con otros preceptos análogos, ha entendido siempre el término «ley» en su sentido «material» y no «formal», y ha incluido en él, al mismo tiempo, las disposiciones de rango inferior (véase, especialmente, la sentencia *De Wilde, Ooms y Versyp* de 18 junio 1971, serie A, número 12, p. 45, ap. 93) y el «derecho no escrito». Ciertamente, las sentencias en los casos *Sunday Times*, *Dudgeon* y *Chappel* se referían al Reino Unido; pero, sería un error exagerar la diferencia entre países de Common Law y continentales, como con razón

31 El argumento se reitera sin variación alguna en el correspondiente fundamento jurídico de las veintiocho resoluciones con cita de las SSTC 21/1993, de 18 de enero, FJ 4; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 20/2003, de 20 de febrero, FJ 4; y 116/2007, de 21 de mayo, FJ 9).

32 “Los límites de la libertad del juez al decidir”, en CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER (dir.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, LH a Vives Antón, Valencia, 2009, p. 1940 y 1941.

33 Entre los estudios más recientes merece, sin duda, destacarse el del profesor modenés Vico VALENTINI, *Diritto penale intertemporale (logique continentale ed ermeneutica europea)*, Guiffrè, Milano 2012, especialmente p. 97 y ss.

34 (Tol 164153).

35 RA TEDH 1990/1.

lo subraya el Gobierno. La ley escrita («statute law») tiene también su importancia en los primeros. Y a la inversa, la jurisprudencia desempeña tradicionalmente un papel destacado en los segundos, hasta el punto de que todas las ramas del Derecho positivo son resultado, en buena parte, de las resoluciones de los Jueces y Tribunales. Por lo demás, así lo ha tenido en cuenta el Tribunal en más de una ocasión para estos países (véanse, entre otras, las Sentencias Müller y otros de 24 mayo 1988, serie A, núm. 133, p. 20, ap. 29; Salabiaku de 7 octubre 1988, serie A, núm. 141 pp. 16 y 17, ap. 29; y Markt Intern Verlag, GmbH y Klaus Beermann, de 20 noviembre 1989, serie A, núm. 165, pp. 18 y 19, ap. 30). Si el Tribunal hubiera prescindido de la jurisprudencia habría socavado el régimen jurídico de los Estados «continentales» casi tanto como lo habría hecho su fallo en el caso Sunday Times de 26 abril 1979 con el del Reino Unido si hubiera excluido el Common Law del concepto de «ley» (serie A, núm. 30, p. 30, ap. 47). En un ámbito amparado por el derecho escrito, la «ley» es el texto en vigor tal como los tribunales competentes lo han interpretado teniendo en cuenta, en su caso, la constante evolución jurídica”.

Lo mismo reitera poco después en el asunto Kokkinakis contra Grecia (25 mayo 1993)<sup>36</sup>, cuyo párrafo 40 puntualiza algo tan cierto como que

“40. El Tribunal ya ha constatado que la redacción de las leyes no tiene una precisión absoluta (...) La interpretación y la aplicación de estos textos dependen de la práctica. En el presente caso, existe una jurisprudencia constante de los tribunales griegos (...). Publicada y accesible, completa la letra del artículo 4 de tal manera que permite al señor Kokkinakis regular su conducta en la materia (...).”

De igual modo, en el caso Cantoni contra Francia (15 noviembre 1996)<sup>37</sup> aborda una vez más la insoluble relación que existe entre la ley y las prácticas constantes que la aplican y conforman su sentido. Reproduzco los párrafos más significativos:

“29. Como ya ha indicado el Tribunal, el artículo 7 consagra primordialmente el principio de la legalidad de los delitos y de las penas (nullum crimen, nulla poena sine lege) y el que ordena no aplicar la ley penal de manera extensiva en perjuicio del acusado, principalmente por analogía. De ello resulta que una infracción debe estar claramente definida por la ley. Esta condición se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición en cuestión y, si es necesario, con ayuda de la interpretación hecha por los tribunales, qué actos y omisiones le hacen responsable penalmente.

La noción de «derecho» (law) utilizada en el artículo 7 corresponde a la de «ley» que utilizan otros artículos del

Convenio; engloba el derecho de origen legislativo y jurisprudencial e implica condiciones cualitativas, entre otras las de accesibilidad y previsibilidad (...)

31. El Tribunal ya ha constatado que a causa del principio de generalidad de las leyes, la redacción de éstas no puede presentar una precisión absoluta. Una de las técnicas tipo de reglamentación consiste en recurrir a categorías generales más que a listas exhaustivas. Así, numerosas leyes se sirven por la fuerza de las cosas de fórmulas más o menos imprecisas, para evitar una rigidez excesiva y poder adaptarse a los cambios de situación. La interpretación y la aplicación de tales textos dependen de la práctica (...)

32 (...) La función de decisión asignada a los tribunales sirve precisamente para disipar las dudas que pudieran quedar en cuanto a la interpretación de las normas, teniendo en cuenta las evoluciones de la práctica cotidiana.

El Tribunal debe así examinar si, en este caso, el texto de la disposición legal, leído a la luz de la jurisprudencia interpretativa que le acompaña, cumplía esta condición en la época de los hechos (...).”

El asunto Kafkaris contra Chipre (Gran Sala, S. 12 febrero 2008)<sup>38</sup> merece una especial mención por sus puntos de contacto con la “doctrina Parot”, lo que explica que al mismo se refiera como argumento de autoridad la magistrada Asúa Batarrita en sus atinados votos discrepantes a las sentencias desestimatorias de los amparos interpuestos ante el TC.

Los hechos, sucintamente expuestos, son los siguientes: el 9 de marzo de 1989 el Sr. M. Panayiotis Agapiou Panayi, alias Kafkaris, fue condenado como autor de tres asesinatos a la pena de prisión perpetua, cuyo contenido y alcance es lo discutido en este caso dada la existencia de una falta de coordinación entre lo previsto en el art 203 §§ 1 y 2 del Código penal y lo dispuesto en la entonces vigente legislación penitenciaria. En el reglamento penitenciario venía entendiéndose la expresión como equivalente a una condena de veinte años y, de hecho, el mismo día de su ingreso en prisión Kafkaris había recibido un dossier personal de condena que, tomando en cuenta el tiempo ya pasado en prisión preventiva, fijaba su excarcelación definitiva para el día 16 de julio de 2007 y la posibilidad de obtener la libertad condicional el 16 de julio de 2002, a condición de que tuviera buena conducta. La comisión de una falta en prisión el 6 de noviembre de 1989 condujo a postergar su libertad condicional al 2 de noviembre de 2002, fecha en la que, sin embargo, tampoco fue liberado por entender la jurisdicción interna que la fórmula “reclu-

36 (Tol 145170) (traducción libre).

37 (Tol 182625) (traducción libre).

38 RA TEDH 2008/37809. En las notas se recoge el texto en francés, que renuncio a traducir literalmente por respeto al idioma galo.

sión criminal a perpetuidad” implicaba una condena de por vida. Poco después, la Corte Suprema estimó que la legislación penitenciaria en la materia incurría en un vicio de incompetencia y, finalmente, el 3 de mayo de 1996 se aprobó una ley que modificaba el régimen penitenciario. El 8 de enero de 2004 Kafkaris interpuso una solicitud de habeas corpus que resultó desestimada el 17 de febrero de 2004. El 3 de junio de 2004 Kafkaris presentó la queja ante el TEDH.

El TEDH nos recuerda nuevamente que el concepto de ley que debe manejarse es un concepto material y que la ley es la ley tal y como resulta interpretada (§§ 139 140 y 141). Al mismo tiempo, sin embargo, deja bien sentada la diferencia entre la noción de pena a que se refiere el art. 7 de la CEDH y las medidas relativas a su ejecución y a la aplicación de la misma. En consecuencia, reitera su tradicional doctrina excluyendo la regulación de la libertad condicional del ámbito de tutela del precepto (§ 142)<sup>39</sup>, si bien —al final del párrafo— puntualiza la dificultad que en la práctica existe a la hora de decidir qué sea cada cosa, matizando así su inicial pronunciamiento. Este era, sin duda, uno de esos casos y el TEDH no estuvo, a mi juicio, acertado al descartar que lo afectado fuera la pena misma, lo que le hubiera obligado a sacar las pertinentes conclusiones en materia de irretroactividad<sup>40</sup>. Aún así, lo anterior no le impidió estimar que, desde la perspectiva de la accesibilidad y previsibilidad, el derecho chipriota

—la ley y la interpretación de la misma— carecía al tiempo de la comisión de la infracción de la calidad requerida, toda vez que no permitía al Sr. Kafkaris discernir el alcance de la pena de reclusión perpetua y las modalidades de su ejecución, por lo que, desde esta perspectiva, declara la violación del art. 7 CEDH (§ 150)<sup>41</sup>. A esa conclusión conduce el hecho de que el Reglamento penitenciario expresamente dijese que la pena de reclusión perpetua prevista en el art. 203 § 2 del Código penal, equivale a 20 años de prisión (art. 2). Y, de hecho, el propio Gobierno reconoce que la administración penitenciaria calculaba las fechas de la libertad condicional sobre esa duración. Es posteriormente cuando el Tribunal de apelación de Nicosia llega a la conclusión de que por reclusión a perpetuidad debe entenderse la prisión de por vida, apoyándose en tal doctrina el Tribunal de Limassol para decidir en el caso Kafkaris, produciéndose finalmente la derogación de la legislación penitenciaria en que se fundaba la interpretación primigenia (§§ 144 a 149). A la vista de lo anterior, lo que el TEDH no responde satisfactoriamente es la queja relativa a la violación del art. 5 del Convenio, puesto que, una vez reconocida la falta de calidad de la ley que daba cobertura a la privación de libertad, la consecuencia lógica era estimar que dicha privación no era “regular” en el sentido del referido precepto.

Hasta aquí lo que he llamado “versión europea” de la irretroactividad, que, sin embargo, no puede cerrarse

39 142. La notion de “peine” à l’article 7 possède, comme celles de “droits et obligations de caractère civil” et d’“accusation en matière pénale” à l’article 6 § 1 de la Convention, une portée autonome. Pour rendre effective la protection offerte par l’article 7, la Cour doit demeurer libre d’aller au-delà des apparences et d’apprécier elle-même si une mesure particulière s’analyse au fond en une “peine” au sens de cette clause (Welch c. Royaume-Uni, arrêt du 9 février 1995, série A no 307-A, p. 13, § 27, et Jamil c. France, arrêt du 8 juin 1995, série A no 317-B, p. 27, § 30). Le libellé de l’article 7 § 1, seconde phrase, indique que le point de départ d’où elle peut déterminer si une “peine” a été prononcée, consiste à savoir si la mesure en question a été imposée à la suite d’une condamnation pour une “infraction pénale”. D’autres éléments peuvent être jugés pertinents à cet égard: la nature et le but de la mesure en cause, sa qualification en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité (Welch, précité, p. 13, § 28, et Jamil, précité, pp. 27-28, § 31). A cette fin, dans leur jurisprudence la Commission comme la Cour ont établi une distinction entre une mesure constituant en substance une “peine” et une mesure relative à l’“exécution” ou à l’“application” de la “peine”. En conséquence, lorsque la nature et le but d’une mesure concernent la remise d’une peine ou un changement dans le système de libération conditionnelle, cette mesure ne fait pas partie intégrante de la “peine” au sens de l’article 7 (voir, entre autres, Hogben, précitée, Hosein c. Royaume Uni, no 26293/95, décision de la Commission du 28 février 1996, Grava, précité, § 51, et Uttley, précitée). Cependant, la distinction entre les deux n’est peut-être pas toujours nette en pratique.

40 Vid en nota siguiente el párrafo 152 donde, tras reconocer la violación del art. 7 por falta de calidad de la ley, se afirma, sin embargo, que no hubo violación de la prohibición de retroactividad.

41 150. La Cour estime dès lors que ne se trouve nullement en cause en l’espèce l’imposition rétroactive d’une peine plus forte, mais qu’on doit s’interroger sur la “qualité de la loi”. En particulier, elle considère qu’à l’époque où le requérant a commis l’infraction, le droit chypriote pertinent pris dans son ensemble n’était pas formulé avec suffisamment de précision pour permettre au requérant de discerner, à un degré raisonnable dans les circonstances, fût-ce en s’entourant au besoin de conseils éclairés, la portée de la peine de réclusion à perpétuité et les modalités de son exécution. Il y a donc eu violation de l’article 7 de la Convention à cet égard.

152. En conclusion, la Cour estime qu’il y a eu violation de l’article 7 de la Convention en ce qui concerne la qualité de la loi applicable à l’époque des faits. Elle dit, par ailleurs, qu’il n’y a pas eu violation de cette disposition pour ce qui est des griefs du requérant se rapportant à l’imposition rétroactive d’une peine plus forte que celle infligée initialement et aux changements des textes pénitentiaires excluant pour tous les condamnés à la réclusion à perpétuité la possibilité d’une remise de peine.

sin hacer referencia a la línea jurisprudencial inaugurada con el asunto Scoppola c Italia (S. de 17 septiembre 2009)<sup>42</sup> que, con ciertos límites, residencia en el art. 7 del CEDH el derecho a la aplicación retroactiva más favorable<sup>43</sup> de la ley penal sustantiva<sup>44</sup>. Aunque es evidente que la prohibición de retroactividad y la posibilidad de aplicar retroactivamente la norma favorable tienen un fundamento y alcance diverso, no puede desconocerse el impacto reflejo que esta nueva orienta-

ción<sup>45</sup> —que expresamente acogen otros textos internacionales— puede llegar a tener, de un lado, a la hora de reafirmar el alcance de la prohibición de retroactividad y, de otro, para replantearse el estatuto constitucional de la retroactividad favorable al reo dada la obligación de interpretar los textos internos conforme al CEDH, cuestión que en Italia ha dado paso a un fructífero debate del que sólo puedo dejar constancia<sup>46</sup>.

42 (Tol 1902606) (versión francesa).

Los hechos, muy resumidamente expuestos, son los siguientes: Scoppola fue arrestado el 3 de septiembre de 1999 como presunto autor de unos hechos acaecidos el día anterior, constitutivos de un delito de homicidio consumado, otro en grado de tentativa, otro de malos tratos y otro de tenencia ilícita de armas, delitos para los que estaba prevista la pena de cadena perpetua (ergastolo) con aislamiento diurno.

En el momento de la comisión de tales hechos, a la luz de la sentencia de la Corte costituzionale n. 176 de 1991, la penalidad prevista para tales hechos impedía seguir el procedimiento abreviado y, por tanto, no era posible obtener el beneficio que de seguirse tal procedimiento se produciría, a saber: la sustitución de la pena de cadena perpetua por la reclusión de treinta años. Sin embargo la ley n. 479 de 1999 modificó el art. 442 de la ley procesal penal (CPP) y posibilitaba en tales casos continuar la tramitación por el cauce del procedimiento abreviado con la señalada sustitución de penas. Así, el 24 de noviembre de 2000 Scoppola fue condenado a la reclusión a 30 años. La acusación interpuso recurso de apelación y el tribunal mediante sentencia de 10 de enero de 2002, condenó al recurrente a cadena perpetua, por estimar que lo aplicable era el art. 7 del decreto-legge n° 341 del 24 noviembre 2000 (que modificaba nuevamente el art. 442, en vigor desde el mismo día de dictarse la sentencia, según el cual seguir los trámites del abreviado en el caso de concurso de delitos sólo autoriza a sustituir la pena de cadena perpetua con aislamiento diurno por la de cadena perpetua simple. La corte de casación desestimó tanto el recurso ordinario como el extraordinario de casación.

43 108. Aux yeux de la Cour, il est cohérent avec le principe de la prééminence du droit, dont l'article 7 constitue un élément essentiel, de s'attendre à ce que le juge du fond applique à chaque acte punissable la peine que le législateur estime proportionnée. Infliger une peine plus forte pour la seule raison qu'elle était prévue au moment de la commission de l'infraction s'analyserait en une application au détriment de l'accusé des règles régissant la succession des lois pénales dans le temps. Cela équivaudrait en outre à ignorer tout changement législatif favorable à l'accusé intervenu avant le jugement et à continuer à infliger des peines que l'Etat, et la collectivité qu'il représente, considèrent désormais comme excessives. La Cour note que l'obligation d'appliquer, parmi plusieurs lois pénales, celle dont les dispositions sont les plus favorables à l'accusé s'analyse en une clarification des règles en matière de succession des lois pénales, ce qui satisfait à un autre élément essentiel de l'article 7, à savoir celui de la prévisibilité des sanctions.

109. A la lumière de ce qui précède, la Cour estime qu'il s'impose de revenir sur la jurisprudence établie par la Commission dans l'affaire X c. Allemagne et de considérer que l'article 7 § 1 de la Convention ne garantit pas seulement le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, mais aussi, et implicitement, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce. Ce principe se traduit par la règle voulant que, si la loi pénale en vigueur au moment de la commission de l'infraction et les lois pénales postérieures adoptées avant le prononcé d'un jugement définitif sont différentes, le juge doit appliquer celle dont les dispositions sont les plus favorables au prévenu.

44 El TEDH reitera la máxima *tempus regit actum* por lo que se refiere a las normas procesales "110. La Cour rappelle que les règles sur la rétroactivité contenues dans l'article 7 de la Convention ne s'appliquent qu'aux dispositions définissant les infractions et les peines qui les répriment; en revanche, dans d'autres affaires, la Cour a estimé raisonnable l'application, par les juridictions internes, du principe *tempus regit actum* en ce qui concerne les lois de procédure (...)". Ahora bien, rechazó, frente a lo sostenido por el tribunal de apelación, que el art. 442 del Código procesal penal fuera una norma procesal. Entendió que, pese a su ubicación, su naturaleza era material por afectar a la severidad de la pena (§§ 111 a 113).

45 Vg. art. 24.2 Estatuto Corte Penal Internacional o art. 9 Convención americana de derechos Humanos, Pacto San José 1969.

46 Vid, singularmente sentencias de la Corte Costituzionale 393/2006 y 236/2011, en las que, por otra parte, se aborda el tema de las relaciones entre la jurisprudencia nacional y europea.

En la jurisprudencia ordinaria, merece dejarse constancia de la revolucionaria sentencia "Beschi" (Cass. Sez. Unite., 21 enero 2010). Dicha resolución acoge plenamente los planteamientos del TEDH acerca del concepto material de ley y de la necesidad de vincularlo a la interpretación jurisprudencial constante ("gli elementi qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità di qui parla la Corte si riferiscono non tanto all'astratta previsione legale quanto alla norma «vivente», risultante dall'interpretazione dei giudici"). A partir de ahí explícitamente reconoce la prohibición de aplicación retroactiva de nuevas interpretaciones contra reo de normas penales sustanciales (FJ 10). Asimismo, con cita de la sentencia Scoppola, resuelve que el cambio jurisprudencial producido como consecuencia de una decisión del pleno (Sezione Unite) de la Corte de casación que beneficia al reo porque le posibilita solicitar el indulto, le autoriza a volver a proponerlo. Esta sentencia ha dado pie al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 673 de la ley procesal penal en cuanto no prevé como causa de revisión de condena un cambio jurisprudencial del pleno de la Corte de casación por cuya virtud deje de constituir delito un hecho por el que haya recaído condena. La cuestión fue planteada el 27 de junio de 2011, fue admitida a trámite y, hasta donde alcanzo, está pendiente de ser resuelta (Trib. Torino, Sez. III pen. (ord.) 27.6.2011, Giud. Natale), en <http://www.penalecontemporaneo.it/>

### 3.3. La condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Del Río Prada contra España: un triunfo del Estado de Derecho

A la vista de lo anterior, no puede sorprender la reciente condena a España por la aplicación de la “doctrina Parot” a Inés Del Río Prada, terrorista condenada a más de 3000 años de prisión, que, tras ver inadmitido su amparo el 17 de febrero de 2009 por no justificar la relevancia constitucional, presentó el correspondiente recurso ante el TEDH.

En la Sentencia Del Río Prada contra España<sup>47</sup> el TEDH declara la vulneración de lo dispuesto en los artículos 5 y 7 del CEDH, esto es, del derecho a la libertad<sup>48</sup> y de la prohibición de retroactividad desfavorable dimanante del principio de legalidad. Lo primero se deriva, claro está, de lo segundo y, de hecho, el Tribunal invierte el estudio de las vulneraciones alegadas para decidir primero si la aplicación al caso de la nueva doctrina jurisprudencial inaugurada con la STS de 28 de febrero de 2006 infringe o no el art. 7 CEDH. A tal efecto, el Tribunal comienza constatando el cambio y el alcance del cambio, dejando bien sentada cuál era la inveterada interpretación del art. 70. 2 del Código penal de 1973 y la práctica aplicativa hasta la aprobación del Código penal de 1995 (párrafos 52 y 53). Así las cosas, y tras reiterar que la ley y su interpretación constante es lo que configura su sentido, concluye que, pese a la posible ambigüedad de las disposiciones aplicables, el derecho español era suficientemente preciso y, por tanto, la recurrente podía prever y confiar razonablemente en una aplicación conforme con esa práctica (párrafos 54 y 55). Ahora bien, queda por determinar si nos hallamos ante un mero aspecto relativo a la ejecución y aplicación de la pena, al que, como es sabido, no se aplica la referida prohibición. El TEDH, como en otros casos

anteriores, matiza la dificultad que a veces existe a la hora de establecer la línea divisoria (párrafo 48 *in fine*). Con todo, no es este un caso que le suscite dudas, pues taxativamente afirma que en absoluto estamos ante un mero problema de ejecución de la pena, ya que el nuevo método de cálculo de la redención tiene un impacto decisivo en la pena que se va a infligir a la recurrente ya que en la práctica conduce a alargarla en casi nueve años (número 59). Siendo así y siendo que el giro jurisprudencial desfavorable al reo era imprevisible (era difícil, imposible más bien para el recurrente prever tal cambio<sup>49</sup>), declara vulnerada la prohibición de retroactividad. Todo ello, sin perjuicio de reconocer que corresponde a los tribunales de cada Estado la interpretación y aplicación del derecho interno (número 57) y que, asimismo, los Estados son libres de modificar su política criminal en orden a incrementar la severidad de la reacción penal pero en ambos casos —esto es frente al juez y frente al legislador— opera la prohibición de retroactividad desfavorable en tanto que exigencia material del principio de legalidad. La declaración de vulneración del derecho a la libertad era consecuencia necesaria de lo anterior pues el alargamiento de la condena de la recurrente carecía, en realidad, de base legal (números 65 a 75). Podría decirse aquí lo que el propio Tribunal Supremo dijo de la imprevisible decisión de la Audiencia Nacional rechazando una única acumulación para evitar la inminente excarcelación de Parot, esto es, que la interpretación en cuestión “carece de cualquier fundamento, y ni tiene anclaje en la ley ( ), ni en la jurisprudencia de esta sala casacional que la interpreta” (FJ 5º).

La sentencia del caso Del Río era una sentencia esperada atendidos los precedentes jurisprudenciales del TEDH. Por ello, aunque alguno ha manifestado su “perplejidad” por la sentencia<sup>50</sup>, lo cierto es que la per-

materia/-/-/817-mutamento\_giurisprudenziale\_in\_bonam\_partem\_e\_revoca\_del\_giudicato\_sollevata\_questione\_di\_illegittimit\_\_costituzionale\_dell\_\_art\_\_673\_c\_p\_.

Sobre el previo estado de la cuestión en la jurisprudencia italiana puede verse en castellano el interesante análisis de Eliseu FRIGOLS i BRINES, *El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales. Una perspectiva desde el derecho comparado*, editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2002, p. 202 y ss.

Vid. VIGANÓ, F., “Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole”, en [http://www.penacontemporaneo.it/materia/-/-/838-sullo\\_statuto\\_costituzionale\\_della\\_retroattivit\\_\\_della\\_legge\\_pi\\_\\_favorevole/](http://www.penacontemporaneo.it/materia/-/-/838-sullo_statuto_costituzionale_della_retroattivit__della_legge_pi__favorevole/).

GAMBARDELLA, M. “Eius est abrogare cuius est condere. La retroattività del diritto giurisprudenziale favorevole”, en [http://www.penacontemporaneo.it/materia/-/-/1489-eius\\_est\\_abrogare\\_cuius\\_est\\_condere\\_la\\_retroattivit\\_\\_del\\_diritto\\_giurisprudenziale\\_favorevole](http://www.penacontemporaneo.it/materia/-/-/1489-eius_est_abrogare_cuius_est_condere_la_retroattivit__del_diritto_giurisprudenziale_favorevole).

47 Recurso 42750/09, 10 julio 2012 (*Tol* 2579501).

48 Concretamente, el TEDH examina cuanto dispone tal precepto en su número 1, letra a), a cuyo tenor: “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 (régulièrement) en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente”.

49 Vid párrafo 63.

50 Así Javier Borrego, ex juez del TEDH en un artículo publicado en el diario *El Mundo* (17 julio 2012) bajo el título “El fallo de Estrasburgo y la catedral de Jaca”.

plejidad no podía producirla la reciente decisión sino su contraria. Para llegar a esa conclusión basta con una interpretación conjunta de los referidos precedentes jurisprudenciales<sup>51</sup>. La sentencia viene a restaurar un principio inherente al concepto mismo de Estado de Derecho y, en esa medida, todos deberíamos alegrarnos. Esa alegría, sin embargo, se ha visto empañada por la tristeza y el sonrojo que provocan algunas declaraciones que sobre el particular han hecho nuestros políticos descalificando a los jueces españoles que integraron la sala que emitió el fallo y asegurando, con el ministro de Interior al frente, que Del Río no va a salir

de prisión. Con ello se demuestra una vez más que son casos como este los que permiten descubrir a los verdaderamente convencidos de la absoluta prioridad de los derechos fundamentales, que no conocen distinciones en función del rechazo moral que nos generen quienes, pese a ello, son, en tanto que persona, titulares de los mismos. El profesor Vives Antón ha dedicado un trabajo a demostrar que la sentencia Del Río Prada es tan acertada y previsible como desacertadas han sido las críticas que ha provocado y, habiéndolo hecho él, sobra que yo haga ulteriores comentarios<sup>52</sup>.

51 El asunto *Kafkaris contra Chipre* (Gran Sala, S. 12 febrero 2008), que tanto cita BORREGO en el artículo en cuestión, declaró la violación del art. 7 del Convenio desde la perspectiva de la calidad de la ley, por lo que el modo en que se refiere a este precedente el articulista puede inducir a error a quienes desconozcan su contenido. Es verdad que, como aquí hemos criticado, el TEDH no sacó en ese caso las debidas conclusiones ni en materia de retroactividad desfavorable, ni en lo referente a la afectación al derecho a la libertad, pero eso no quita cuanto dijo acerca de la violación del art. 7. Por lo demás, invito al lector a leer el voto particular emitido por Borrego, quien disiente de la opinión mayoritaria contraria a estimar vulnerada la prohibición de retroactividad desfavorable. Como entonces sostenía BORREGO, bastaba con formular cinco preguntas sencillas para evidenciar esa violación: 1ª) ¿Cuándo se cometió el delito?: el 10 de julio de 1987; 2ª) ¿Cuál era la pena prevista en ese momento para el asesinato?: la reclusión a perpetuidad; 3ª) ¿Cuál era la definición de reclusión a perpetuidad en ese momento?: la que ya conocemos que ofrecía la legislación penitenciaria; 4ª) ¿Qué hay que entender por ley en el sentido del art. 7 del Convenio?: la ley tal y como viene siendo interpretada (p. 139); 5ª) ¿Existía en Chipre alguna ley el 10 de julio de 1987 que se opusiese a interpretar la cadena a perpetuidad como una pena equivalente a la reclusión de 15 o 20 años?: no. Por ello, el magistrado estimó que debió declararse violado el art. 7 también desde la perspectiva de la prohibición de irretroactividad.

52 "Crónica de una muerte anunciada (epílogo)", en Libro homenaje a R.F. Suárez Montes, en prensa.