

## Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH

A propósito del caso Del Río Prada c. España, STEDH, 3ª, 10.07.2012 (42750/09) y la aplicación de la doctrina Parot

Jon-Mirena Landa Gorostiza

Universidad del País Vasco UPV/EHU

### *Abstract\**

*En una primera aproximación a la doctrina interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) las garantías inherentes al principio de legalidad recogido en el artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) se despliegan esencialmente respecto de la definición de los delitos y las penas. Una mirada más atenta, sin embargo, revela matices que ponen en tela de juicio que dicho artículo 7 no deba proyectarse también sobre la fase de ejecución de las penas con un estándar igualmente riguroso. La presente contribución se centra en describir, contextualizar y fundamentar esta tendencia expansiva de las garantías del principio de legalidad en la jurisprudencia del TEDH. Para ello también será objeto de estudio la Sentencia del TEDH de 10 de julio de 2012, caso Del Río Prada c. España, como último ejemplo paradigmático al respecto.*

*Prima facie interpretation of case-law by the European Court of Human Rights (ECtHR) suggests that safeguards inherent to the principle of legality (rule of law) enshrined in article 7 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) should be taken seriously only in relationship with the definition both of crimes and penalties. However, a closer approach reveals new perspectives towards an application of the mentioned article 7 to the enforcement phase. This paper aims at describing, analyzing and putting in perspective this new development consisting of an expansion of guarantees for protecting the rule of law. For that purpose special attention will be also devoted to a sound ruling of the ECHR from 10th July 2012 (Case Del Río Prada v. Spain).*

*Nach einer ersten Annäherung zur Auslegung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), entfalten sich die Garantien zum Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 7 Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) wesentlich nur im Bezug auf die Definition sowohl der Delikten als auch der Strafen. Wenn wir es aber genauer betrachten, werden Nuanzen offengelegt die in Frage stellen ob der erwähnten Art. 7 auch bzgl. der Strafvollzug mit gleicher Rigorosität projiziert werden muss. Der jetzigen Beitrag versucht diese dehnbare Neigung der Garantien des Legalitätsprinzip in der Rechtsprechung des EGMR zu beschreiben, im Kontext zu setzen und rechtfertigen. Infolgedessen wird auch die Entscheidung des EGMR vom 10. Juli 2012 in Betracht gezogen, nämlich der Fall Del Río Prada versus Spanien, als letztes paradigmatische Beispiel.*

---

\* El presente trabajo se inscribe en el marco de los Proyectos de investigación financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER 2009-08167 subprograma JURI), «Factores postdelictivos y peligrosidad postdelictual en la individualización de la respuesta penal», Investigador Principal Jon-M. Landa; y por el Gobierno Vasco (GV IT 540-10), «Individualización de las respuestas penales. Derecho comparado y armonización europea en sistema de sanciones», Investigador Principal Jon-M.Landa. Se ha beneficiado, igualmente, de una estancia científica de investigación como Visiting Fellow en el Instituto Lauterpatch Centre for International Law de la Universidad de Cambridge (Reino Unido) durante los meses de Julio y Agosto de 2012 gracias a la financiación del Gobierno Vasco (Programa de movilidad del personal investigador, Orden 13 diciembre 2011, Departamento de Educación, Universidades e Investigación). Deseo hacer constar mi agradecimiento especial al Director del Centro, Marc Weller, y a los demás miembros del Instituto y profesores visitantes por la oportunidad para debatir y ampliar los puntos de vista sobre este trabajo de investigación. También extendo mi agradecimiento al staff de la biblioteca del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo que me brindó la posibilidad de realizar una estancia de investigación del 10 al 13 de abril de 2012 y por su actitud permanente de ayuda.

Title: Enforcement of Penalties and the Rule of Law before the ECHR

Titel: Strafvollzug und die Gesetzlichkeitsprinzip vor dem EGMR

*Palabras clave:* principio de legalidad, jurisprudencia, ejecución penitenciaria, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Convención Europea de Derechos Humanos.

*Keywords:* principle of legality, rule of law, case law, enforcement of penalties, European Court of Human Rights, European Convention of Human Rights.

*Stichwörter:* Gesetzlichkeitsprinzip, Rechtsprechung, Strafvollzug, Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten.

## Sumario

### 1. Introducción

### 2. Principio de legalidad y artículo 7 CEDH: el control de las "penas"

### 3. De Kafkaris c. Chipre 2008 a Del Rio Prada c. España 2012: ¿una nueva línea emergente de jurisprudencia?

### 4. Síntesis de conclusiones y reflexión final

### 5. Bibliografía

### 6. Jurisprudencia citada

## 1. Introducción

La denominada doctrina Parot es una manifestación particular de la creciente agitación que reina en el tratamiento jurídico-penal de la criminalidad más grave. Su génesis se enmarca, en primer lugar, en el campo de tensión político-criminal entre, por un lado, la máxima pena que el sistema de justicia penal puede legítimamente administrar de conformidad con los principios de un Estado social y democrático de Derecho y, por otro lado, las crecientes demandas punitivas que apuntan a encarcelamientos tendencialmente más prolongados en el tiempo, en regímenes de cumplimiento más duros, e incluso a un renacer de la prisión perpetua o la pena de muerte<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Véase al respecto la obra de referencia de HOOD/HOYLE, *Death Penalty: a worldwide perspective*, 4ª ed., 2008, p. 350 y ss. y su profundo análisis de la complejidad en la construcción, efectos y valoración de la opinión pública a favor de la pena capital en diferentes países; también (pp. 381-382) subrayando la dicotomía entre la opinión pública y la necesidad de priorizar el respeto a los estándares de los derechos humanos. Resulta muy ilustrativo del estado de la cuestión, y sugerente al mismo tiempo, el análisis crítico que desarrollan (p. 383 y ss.) con relación a la propuesta de alternativas a la pena capital precisamente mediante el recurso a la pena perpetua sin posibilidad de revisión denunciando, en síntesis, la insatisfacción de posibilitar así la sustitución de una violación de los derechos humanos por otra (pp. 402-403). Véase también el análisis de tendencias de GARLAND, *The culture of control: crime and social order in contemporary society*, 2001, p. 6 y ss. Desde la óptica más concreta de las tendencias incoizadoras, en particular respecto de la delincuencia sexual, véase, con ulteriores referencias, ROBLES PLANAS, "Sexual Predators". Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad", *InDret*, (4), 2007, p. 3 y ss.

Afecta en definitiva al debate sobre el límite máximo de la pena privativa de libertad por excelencia: la prisión<sup>2</sup>. Pero también, y en segundo lugar, afecta particularmente a la configuración de las reglas y prácticas que gobiernan la transición desde ese tope abstracto máximo previsto en la ley penal, hacia su determinación en sentencia y finalmente, sobre todo, a su ejecución penitenciaria. El debate no es sólo, por tanto, el límite máximo en abstracto sino su traducción final y efectiva: su forma y modo de cumplimiento en concreto.

La determinación legal, judicial y penitenciaria de la pena son fases constitutivas ineludibles de un proceso que traduce el marco abstracto de la previsión legislativa a un periodo, una dosis, ya concreta y detallada de cumplimiento con un régimen de ejecución particular. Dicha determinación, sin embargo, en supuestos de comisión múltiple de delitos de extraordinaria gravedad presenta aún un grado mayor de complejidad, por la necesidad de que entren en juego las reglas concursales que deberán posibilitar la suma de las penas asociadas a cada conducta delictiva. Y a esa complejidad se añade además el hecho de que las previsiones de pena en abstracto se disparan generando una diferencia extraordinaria entre el castigo previsto para cada delito, y establecido en sentencia, y su ulterior determinación conforme a unos topes absolutos finales. Por último, pero no menos importante, carreras criminales tan lastradas por múltiples delitos de extrema gravedad ponen encima de la mesa de forma más dramática el dilema sobre si el pronóstico futuro de reincidencia o de peligrosidad del penado puede justificar una prolongación -y en qué términos- de su privación de libertad. Y ahí es, precisamente, donde la doctrina Parot se despliega con el añadido de que su proyección preponderante sobre los delitos de terrorismo dificulta aún más, sin duda, el manejo de su tratamiento penitenciario.

En efecto, el contexto concreto y el nombre que se asocia a la doctrina Parot trae causa de un preso de la organización terrorista ETA, con una larga y cruenta historia criminal, que estando próximo al cumplimiento de una condena de miles de años de cárcel en sentencia<sup>3</sup>, y al límite de su licenciamiento definitivo, fue objeto de una revisión sorpresiva y radicalmente novedosa de la forma de cumplimiento del sumatorio de sus penas con un resultado final de prolongación de su estancia en prisión<sup>4</sup>. En el centro del debate se situó desde el principio el dislate extremo entre el

---

<sup>2</sup> GARLAND, *The culture of control*, 2001, p. 8 y ss., alude de manera magistral y expresa en su obra a la "re-emergencia de sanciones punitivas y de la justicia expresiva" aunque sólo para el contexto de los Estados Unidos y Gran Bretaña. Y ahí señala, entre otros aspectos, el renovado impulso del discurso retribucionista que apunta a un renacer de las demandas a favor de la pena de muerte, a un endurecimiento de las condiciones de encarcelamiento o una reinención de la prisión. Ponen en duda, sin embargo, la posibilidad de una traslación sin matices a Europa Occidental de esa tendencia al recurso a más prisión y en condiciones más duras VAN ZYL SMIT/SNACKEN, *Principles of European Prison Law and Policy. Penology and Human Rights*, 2009, pp. 62-63, señalando acertadamente como elemento clave al respecto el trabajo desplegado bajo la cobertura de la Convención Europea de Derechos Humanos.

<sup>3</sup> CUERDA RIEZU, "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 constitucionales", *Cuadernos de Derecho Judicial. Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, (7), 2006, p. 240 y ss.

<sup>4</sup> La literatura tanto sobre la doctrina Parot en general como sobre los supuestos concretos a los que se ha venido aplicando, comienza a resultar inabarcable. Véase, por todos, sólo los comentarios de CUERDA RIEZU, *Cuadernos de Derecho Judicial*, (7), 2006, p. 215 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, "Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado "caso Parot"", *Diario La Ley*, (2), 2006, p. 1325 y ss.; CEREZO MIR, "Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal", *Revista Penal*, (22), 2008, pp. 20 y 21; ORTS BERENGUER, "Comentarios a la Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero (Caso Parot)", *ReCrim*, 2009, p. 27

número de delitos cometidos y sus penas en abstracto y el modo y manera en que éstas debían acumularse respecto del tope máximo de 30 años según el Código Penal de 1973. La STS, 2ª, 28.2.2006 (197/2006; MP Julián Sánchez Melgar) parte de una orientación político criminal pro víctima en la que literalmente se afirma que:

"(...) el autor de las diversas infracciones cometidas debe cumplir todas o la mayor parte de las penas impuestas, sin que pueda igualarse, concediéndosele el mismo trato punitivo, al autor de un solo delito que al seriado criminal que tiene sobre sus espaldas un amplio historial delictivo. (...) En el caso de un condenado por 150 asesinatos, unos consumados y otros en grado de tentativa acabada, el principio de humanidad estará siempre al lado de las víctimas, sin perjuicio de la forma humanitaria de la ejecución de la pena a su autor"<sup>5</sup>.

Y con este punto de referencia teleológico se revisa y construye la nueva doctrina interpretativa, doctrina Parot, afirmándose, en primer lugar, que el límite de 30 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"<sup>6</sup>. Esa afirmación es el presupuesto del nuevo criterio de acumulación que desplaza el punto de referencia para el cálculo de los beneficios y demás "avatares que le correspondan", incluida expresamente la redención de penas por el trabajo<sup>7</sup>, a la "pena" individual, a cada pena individual, y no al límite máximo de cumplimiento acumulado<sup>8</sup>.

---

y ss. (<http://www.uv.es/rekrim>; última visita 14 de agosto de 2012); y QUERALTI, "Terrorismo y castigo penal. Cumplimiento íntegro de las penas y doctrina Parot", *Intersecciones*, 2010, p. 115 y ss. (<http://www.intersecciones.es>; última visita 14 de agosto de 2012).

<sup>5</sup> STS, 2ª, 28.2.2006 (197/2006), Fundamento Jurídico 3. No es este, sin embargo, el único principio inspirador que se alude aunque sí el más novedoso y que se inserta como colofón preparatorio de la interpretación de las reglas de acumulación después de haber mencionado los aspectos esenciales sobre las finalidades retributivas, preventivas y resocializadoras de las penas a lo largo del citado Fundamento. En cualquier caso, el novedoso principio político-criminal citado encuentra también su reflejo expreso en la argumentación concreta sobre la nueva forma de interpretar los criterios de acumulación en el Fundamento Jurídico 4 cuando se pretende diferenciar la "pena" de la "condena" y se alude a que "(...) teleológicamente (...) 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 en el caso enjuiciado. En efecto, carecería de cualquier lógica que por tal regla significase punitivamente lo mismo, cometer un asesinato que doscientos". Véase una adecuada valoración político-criminal de este tipo de tendencias pro víctima en SILVA SANCHEZ, "¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor"" en MIR PUIG (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penal del Siglo XXI*, (8), 2007, p. 328 y ss.

<sup>6</sup> STS, 2ª, 28.2.2006 (197/2006), Fundamento Jurídico 4.

<sup>7</sup> Decreto Ley 3096/1973, 14 septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, 15 noviembre P 1973: "Sección Quinta. Redención de penas por el trabajo. Art. 100. Podrán redimir su pena con el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a penas de reclusión, prisión y arresto mayor. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación del Juez de Vigilancia, un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la libertad condicional. El mismo beneficio se aplicará, a efectos de liquidación de su condena, a los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad. No podrán redimir pena por el trabajo: 1.º Quienes quebranten la condena o intentaran quebrantarla, aunque no lograsen su propósito. 2.º Los que reiteradamente observen mala conducta durante el cumplimiento de la condena."

<sup>8</sup> STS, 2ª, 28.2.2006 (197/2006), Fundamento Jurídico 4: y por ello precisamente argumenta el tribunal la denomina "refundición de condenas" es en realidad un término "equivoco e inapropiado" ya que "(...) 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"

Como hemos indicado la propia sentencia que acuñó la doctrina Parot, pero también el razonamiento de la mayoría del TC que lo avaló en la casi totalidad de los recursos de amparo resueltos hasta la fecha<sup>9</sup>, viene a afirmar que el giro interpretativo afecta al modo de ejecución, a meras operaciones de concreción de la pena, que no altera en lo sustancial el castigo establecido en sentencia de conformidad con la ley penal. Y por tanto, a los efectos de este estudio, no habría tacha de vulneración del principio de legalidad ni de sus garantías, pues nada esencial o sustantivo se habría alterado o añadido a la "pena". Con otras palabras, la cesura radical entre las penas asignadas a cada delito en sentencia y su posterior determinación de conformidad con las reglas concursales, beneficios penitenciarios y otros avatares, como la redención de penas por el trabajo, viene a significar tácitamente que estas últimas nada sustancial añaden y, en consecuencia, su materialización interpretativa estará sujeta a un escrutinio menos estricto o simplemente sustraído del control de las garantías del principio de legalidad.

Este aspecto esencial de hasta dónde llega la definición de las penas, y a partir de dónde se puede hablar de "mera" o "pura" ejecución, es la clave a la hora de analizar la citada doctrina Parot de conformidad con los estándares interpretativos propios de la jurisprudencia del TEDH. El artículo 7 CEDH, como enseguida tendremos ocasión de analizar<sup>10</sup>, proyecta históricamente las garantías inherentes del principio de legalidad al núcleo duro de la definición sustantiva de la pena y tiende originariamente a dejar en un segundo plano, incluso fuera de su ámbito de control, aspectos de mera ejecución. Sin embargo, el reciente caso *Del Río Prada c. España*, STEDH, 3ª, 10.07.2012 (42750/09)<sup>11</sup> ha puesto de manifiesto una tendencia que apunta a que la radical distinción entre la definición sustantiva de la pena y su ejecución no es, ni mucho menos,

---

<sup>9</sup> Por todas STC, Pleno, 29.3.2012 (40/2012; MP: Eugeni Gay Montalvo), Fundamento Jurídico 6, que representa el segundo recurso de amparo fallado por el TC (Recurso de Amparo 5560-2006) y primero desestimatorio y que afirma categóricamente: "En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que no nos encontramos en el ámbito propio del derecho fundamental consagrado en art. 25.1 CE, que es el de la interpretación y aplicación de los tipos penales, la subsunción de los hechos probados en los mismos y la imposición de la pena en ellos prevista (...), sino en el de la ejecución de una pena privativa de libertad, cuestionándose el cómputo de la redención de penas por el trabajo."

El primer recurso relativo a la doctrina Parot que se falló fue la STC, Pleno, 29.3.2012 (39/2012; MP: Elisa Pérez Vera) que, sin embargo, otorgó el amparo (Recurso de Amparo 4893-2006) pero por razones distintas a la eventual vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal y atinentes a la cualidad del Auto de revisión de las penas. Auto que se considera como una resolución intangible que afecta excepcionalmente, en este caso, al propio criterio de cómputo de las redenciones lo que, por tanto, se incorpora a una situación jurídica consolidada y patrimonio del penado (véase en particular el Fundamento Jurídico 7). No obstante ésta Sentencia también asienta en los mismos términos literales, la afirmación ya reflejada en la anterior (véase al respecto su Fundamento Jurídico 3) y que se convierte así en la doctrina reiterada en los recursos de amparo que en esta materia se han venido fallando hasta la fecha.

Opuesta, con sólidos argumentos coincidentes con lo que se expondrá en esta contribución, es la postura mantenida en el Voto Particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la STC, Pleno, 29.3.2012 (40/2012).

<sup>10</sup> Véase infra apartado 2.

<sup>11</sup> Dicha sentencia no es todavía definitiva de conformidad con las previsiones del art. 44.2 CEDH. A lo largo de este trabajo, no obstante, se ha decidido integrar sus contenidos sin hacer manifiesta esta circunstancia de forma reiterativa. Sirva en su defecto este pie de página. Al tiempo de entregar este trabajo ni la demandante ni el Reino de España habían solicitado la remisión a la Gran Sala aunque el demandado, por medio del Gobierno de España, ha reiterado desde el primer momento su intención firme de cursar dicha solicitud antes del plazo preceptivo de tres meses después de la fecha de sentencia. Véase EL PAIS, 10 Julio 2012, [http://politica.elpais.com/politica/2012/07/10/actualidad/1341952603\\_093464.html](http://politica.elpais.com/politica/2012/07/10/actualidad/1341952603_093464.html) (última visita: 22 de agosto de 2012).

tan nítida y contradice, desde este punto de vista, a los defensores de la doctrina Parot en su aplicación a la recurrente.

El objeto principal de esta contribución se centra por tanto en describir, contextualizar y aquilatar lo que entendemos que puede ser una tendencia emergente que se cifra en la progresiva expansión del principio de legalidad, tal como se recoge en la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, hacia supuestos aparentemente de mera ejecución que resultan atraídos y sometidos a un régimen de garantías estricto. La hipótesis de partida es que la ejecución, o al menos partes esenciales de la misma, no pueden escindirse de la definición sustantiva, nuclear, de la pena a los efectos de los estándares de garantía que a ésta se le debe aplicar. Con otras palabras, si la definición y aplicación de las penas en un Estado social y democrático de Derecho deben estar sujetas a una serie de principios y garantías no debería ser posible que la diferenciación puramente formal entre definición sustantiva de la pena y su mera ejecución diera lugar a la habilitación de una suerte de "puerta trasera" que permitiera al legislador o al aplicador del derecho evitar los controles esenciales defraudando su sentido y finalidad. La diferencia entre lo primordial y sustantivo de la definición de la pena y lo secundario y adjetivo relativo a su ejecución, nos remite al ámbito de control de las garantías que, en nuestro caso, va a considerar únicamente aquéllas que se derivan del principio de legalidad penal al hilo de la reciente jurisprudencia del TEDH y, en particular, de los casos Kafkaris c. Chipre, STEDH, Gran Cámara, 12.2.2008 (21906/04); caso M. c. Alemania, STEDH, 4ª, 17.12.2009 (19359/04); y el caso Del Río Prada c. España, STEDH, 3ª, 10.07.2012 (42750/09), este último como ejemplo paradigmático y último eslabón hasta la fecha de esta tendencia.

Para ello, en primer lugar se hará una breve presentación de la doctrina interpretativa del artículo 7 CEDH centrada en los aspectos que tienen que ver con el control de supuestos eventualmente transgresores del mismo por razón de la definición y ejecución de penas para, a continuación, descender con algo más de detalle a los citados casos Kafkaris, M., y Del Río Prada y jurisprudencia coincidente, para ilustrar lo que entendemos es ya una línea de decantación interpretativa. Por último, en un apartado final, se sintetizarán y valorarán las principales conclusiones a modo de reflexión final.

## ***2. Principio de legalidad y artículo 7 CEDH: el control de las "penas"***

El artículo 7 CEDH ocupa un lugar central en la Convención Europea como lo demuestra el hecho de que es uno de los preceptos que se prevé como inderogable incluso en estado de excepción, guerra u otro peligro público de conformidad con el artículo 15.2 CEDH<sup>12</sup>. Y ese régimen de protección extraordinario muy bien puede deberse al hecho de que representa un principio esencial de los Estados Democráticos que se conecta con la aspiración de proveer

---

<sup>12</sup> Analiza los aspectos comunes al art. 7 y a los artículos 3 y 4, (1) GREER, *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, 2006, p. 232 y ss. Véase también, sólo en referencia al art. 7, por todos, CASADEVALL, *El Convenio Europeo de derechos humanos, el tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, 2012, p. 315; SINNER, "Art. 7 Keine Strafe ohne Gesetz" en KARPENSTEIN/MAYER, *EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrecht und Grundfreiheiten. Kommentar*, 2012, p. 206.

garantías efectivas contra la persecución, condena o castigo arbitrarios<sup>13</sup>. Su preeminencia e importancia, no obstante, contrasta abiertamente con su exigua aplicación en términos de violaciones constatadas por el TEDH hasta el punto que HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY hablan de una función de supervisión que se despliega con "cautela"<sup>14</sup>. MURPHY, yendo más allá, alude incluso a lo inusual de su infrautilización<sup>15</sup>.

Quizás sea la formulación del artículo 7 CEDH como principio, antes que como derecho en sentido estricto, y la relativa indeterminación de su postulado, las que hayan retraído su utilización<sup>16</sup>. De cualquier manera, la Corte de Estrasburgo fue de manera paulatina estableciendo una doctrina interpretativa relativamente estable que descansaba, desde el punto de vista del control de la eventual inflicción de penas más graves que las aplicables al tiempo de la comisión de la infracción<sup>17</sup>, en dos puntos cardinales.

En primer lugar, la "pena" es un concepto autónomo -al igual que el "delito"- y, por tanto, qué puede ser considerado como susceptible de control por el TEDH no depende de la denominación formal que el Estado correspondiente haga de una consecuencia aflictiva en su ordenamiento interno. Los criterios para informar y materializar ese concepto autónomo se remiten a la clasificación en derecho interno, a la naturaleza y función de la medida en sí misma, a su gravedad, a los procedimientos legislativos y de ejecución que atañen a la medida y al hecho de

---

<sup>13</sup> Por todos, HARRIS/O'BOYLE/BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2ª ed., 2009, p. 331. Para un análisis más en profundidad de las diversas fundamentaciones más centrado en una perspectiva comparada (USA v. Europa) aunque restringido esencialmente a los aspectos de retroactividad de la Convención Europea frente a la Constitución de los Estados Unidos de América véase ATRILL, "Nulla Poena Sine Lege in Comparative Perspective: Retrospectivity under the ECHR and US Constitution", *Public Law*, 2005, p. 107 y ss.

<sup>14</sup> HARRIS/O'BOYLE/BUCKLEY, *Law of the European Convention*, 2009, p. 331.

<sup>15</sup> MURPHY, "The Principle of Legality in Criminal Law under the European Convention on Human Rights", *European Human Rights Law Review*, 2010, 15, p. 193, asegura que en el período de tiempo entre 1999-2005 sólo se habían constatado un total de 7 violaciones del artículo 7. LANDA GOROSTIZA/GARRO CARRERA, "Artículo 7. No hay pena sin ley" en LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, 2009, p. 261 aseguran que son 11 las violaciones constatadas hasta diciembre de 2008 aunque, en realidad son al menos 14 los casos hasta esa fecha: STEDH, Cámara, 9.02.1995 (17440/90) Welch c. Reino Unido; STEDH, Cámara, 8.06.1995 (15917/89) Jamil c. Francia; STEDH, Gran Cámara, 8.07.1999 (23536/94, 24408/94) Baskaya y Okcuogly c. Turquía; STEDH, 1ª, 27.02.2001 (29295/95, 29363/95) Ecer y Zeyrek c. Turquía; STEDH, 3ª, 7.2.2002 (28946/95) E.K. c. Turquía; STEDH, 4ª, 21.1.2003 (45771/99) Veeber c. Estonia; STEDH, 4ª, 22.7.2003 (68066/01) Gabarri Moreno c. España; STEDH, 4ª, 10.2.2004 (55103/00) Puhk c. Estonia; STEDH, 2ª, 4.10.2005 (29365/95) Unsal Ozturk c. Turquía; STEDH, 2ª, 10.10.2006 (40403/02) Pessino c. Francia; STEDH, 3ª, 24.5.2007 (77193/01, 77196/01) Dragotoniú y Militaru-Pidhorni c. Rumania; STEDH, Gran Cámara, 12.2.2008 (21906/04) Kafkaris c. Chipre; STEDH, 3ª, 24.7.2008 (36376/04) Kononov c. Letonia; STEDH, Gran Cámara, 19.9.2008 (9174/02) Korbely c. Hungría. Más adelante, infra apartado 3, habremos de volver sobre la cuestión pues es precisamente a partir del año 2008 cuando se produce un incremento exponencial de supuestos conocidos por el TEDH y declarados como violaciones del artículo 7.

<sup>16</sup> GREER, *The European Convention*, 2006, pp. 232 y 233, alude precisamente a que es su formulación como principio (o imperativo) negativo (o prohibitivo) no cualificado, con una alusión evasiva a sus consecuencias, lo que aboca, como aspecto más crítico, a la indeterminación de la conducta prohibida. Es por ello que la primera función que debe desarrollar la Corte, afirma GREER, es precisamente la adecuada labor interpretativa de identificación de los valores que estos preceptos (entre ellos el del art. 7) están llamados a proteger.

<sup>17</sup> Lo que HARRIS/O'BOYLE/BUCKLEY, *Law of the European Convention*, 2009, p. 336 y ss., denominan "ex post facto criminal penalties" y que se corresponde esencialmente con el inciso final del art. 7.1 CEDH. Para un análisis de los aspectos más ligados al control de la definición de los delitos (art. 7.1. CEDH primer inciso) o la problemática concreta relativa a delitos "según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas" (artículo 7.2 CEDH) véase, por todos, CASADEVALL, *El Convenio Europeo*, 2012, p. 315 y ss. y 322 y ss. respectivamente; también SINNER en KARPENSTEIN/MAYER, *EMRK. Kommentar*, 2012, p. 205 y ss.



que ésta haya sido impuesta a resultas de una condena por un hecho criminal. Se trata de los denominados criterios *Engel*<sup>18</sup> que estaban elaborados para concretar la definición de la conducta criminal<sup>19</sup> pero que como ya estableció el caso *Welch*<sup>20</sup> se trasladan miméticamente al concepto de pena. Son, en definitiva, un conjunto flexible de criterios formales y materiales que atienden, en una consideración de conjunto, al efecto de la medida<sup>21</sup> y que operan en la práctica ad casum como un primer filtro que determina la puesta en marcha, o el rechazo de plano, de un ulterior análisis sobre la base de criterios complementarios por parte del TEDH.

Y esos criterios complementarios, o si se prefiere "requisitos cualitativos"<sup>22</sup> integran esa segunda clave cardinal a la que nos referíamos además del concepto de pena. Requisitos que se cifran en las notas de accesibilidad y previsibilidad. Accesibilidad y previsibilidad que se deben predicar del derecho entendido éste no sólo como la ley escrita en sentido estricto sino incluyendo, si fuera necesario, la propia interpretación de la jurisprudencia<sup>23</sup>. En el *leading case* *Kokkinakis c. Grecia*, STEDH, Cámara, 9.2.1993 (14307/88), se reconoce que ante un supuesto de falta de precisión de la ley que definía un delito de proselitismo el recurso a la interpretación complementaria y clarificadora de los tribunales puede llegar a neutralizar la eventual vulneración del artículo 7 CEDH<sup>24</sup>. Se trataba éste de un supuesto no de "pena" sino de la definición del delito, pero que ampliaba de forma definitiva la operación jurídica de control de la Corte de Estrasburgo no ya a los preceptos legales, sino a una mirada más amplia que, si resulta necesario, integrará el cuerpo de jurisprudencia. Ello se vio ampliado en un fallo muy polémico, *S.W. y CR c. Reino Unido*<sup>25</sup>, también conocido como el supuesto de la violación marital<sup>26</sup>, en el que por tratarse de un caso en el que la fuente jurídica era la regla de common law que afirmaba la imposibilidad de considerar la violación en el seno del matrimonio, iba a ser el modo de control de la jurisprudencia el punto central. Al margen del caso concreto, se reconocía que en cualquier sistema jurídico debe existir un cierto margen para la evolución interpretativa que adapte el derecho penal a las cambiantes

---

<sup>18</sup> Por todos JACOBS/WHITE/OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 5th ed., 2010, p. 297.

<sup>19</sup> Y que, como indica CASADEVALL, *El Convenio Europeo*, 2012, p. 316 entroncan con la noción de "acusación en materia penal" del art. 6 CEDH. Explora las implicaciones que ello determina respecto de la modulación diferenciada del principio de no retroactividad en la tradición europea frente a la práctica constitucional de los Estados Unidos ATRILL, *Public Law*, 2005, p. 110.

<sup>20</sup> STEDH, Cámara, 9.02.1995 (17440/90) *Welch c. Reino Unido*, primera condena por el artículo 7 CEDH en la que se considera manejando los criterios mencionados que una orden de confiscación en materia de delitos contra el tráfico de drogas debía ser considerada una "pena" a los efectos de someterse a los requisitos y garantías que provee la Convención.

<sup>21</sup> ATRILL, *Public Law*, 2005, p. 111.

<sup>22</sup> Por todos HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, *Law of the European Convention*, 2009, p. 334.

<sup>23</sup> LANDA GOROSTIZA/GARRO CARRERA en LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *CEDH*, 2009, p. 261 (y ulteriores referencias) subrayan que la necesidad de adaptar el contenido normativo del artículo 7 a las diferentes tradiciones jurídicas europeas (common law, sistema continental) obliga a trascender el concepto de fuente legal más allá de la *lex scripta*.

<sup>24</sup> STEDH, Cámara, 25.5.1993 (14307/88), nm. 40 y 52, reconoce con claridad la posibilidad de una cierta vaguedad en los términos de la ley que define el delito pero afirma que no hay violación del art. 7 CEDH porque existía simultáneamente un cuerpo suficiente de jurisprudencia nacional que suplía esa vaguedad y otorgaba al delito de proselitismo en liza la precisión suficiente.

<sup>25</sup> STEDH, Cámara, 22.11.1995 (20166/92) *S.W. c. Reino Unido*; STEDH, Cámara, 22.11.1995 (20190/92) *CR. c. Reino Unido*.

<sup>26</sup> Véase al respecto el comentario muy crítico con el resultado final de no constatar violación del artículo 7 CEDH, por todos, OSBORNE, "Does the End Justify the Means? Retrospectivity, Article 7, and the Marital Rape Exemption", *European Human Rights Law*, (4), 1996, p. 406 y ss. También subraya la excepcionalidad de las circunstancias del caso JURATOWICH, *Retroactivity and the Common Law*, 2008, p. 196.

circunstancias. Por tanto una progresiva evolución clarificadora por parte de la jurisprudencia es posible. Pero se añade, y esto nos interesa ahora resaltar, esa evolución tiene límites: ya que la progresión interpretativa debe ser consistente con la esencia del delito y debería haber podido ser previsible de forma racional<sup>27</sup>. Y es precisamente a este punto donde queríamos llegar porque los requisitos de accesibilidad y de previsibilidad ofrecen especiales dificultades para materializarse como filtros efectivos de control cuando se deben proyectar sobre la jurisprudencia de los tribunales: como acertadamente destaca SINNER no resulta nada sencillo establecer la línea de separación entre una legítima decantación clarificadora de la jurisprudencia y una ilegítima modificación jurisprudencial. Para el comentarista alemán, no sin cierta razón, el recurso a límites como la esencia del delito o su previsibilidad resultan poco operativos<sup>28</sup>.

La escasa utilización del artículo 7 CEDH por parte del TEDH no ha impedido, como se puede comprobar, la confección de un conjunto de criterios -o filtros- para intentar dilucidar cuándo proyectar el control del principio de legalidad y sus garantías sobre las penas y, en tal caso, en especial cómo manejar problemas de evolución jurisprudencial en su configuración. Pero a ello debe añadirse un dato esencial en la materia que nos ocupa. Al margen de aquéllos supuestos de medidas que no han sido considerados "pena" en un análisis ad casum<sup>29</sup>, había un conjunto de supuestos que ni siquiera eran objeto de escrutinio sino más bien segregados en bloque: los que constituyeran no ya una pena sino su forma de ejecución. La doctrina es clara en este punto. Ya FROWEIN/PEUKERT en su clásico comentario, sólo un año después de la primera condena por violación del art. 7 en el caso Welch, afirmaban que dicho precepto no se aplica en supuestos de ejecución de penas incluidos los casos en que una modificación de la praxis de custodia determine una prolongación del cumplimiento de pena privativa de libertad<sup>30</sup>.

Pero quizás todavía resulta más clarificador del punto de partida en materia de ejecución de penas el caso Hogben c. Reino Unido<sup>31</sup>. Fue un supuesto presentado ante la Comisión de un

<sup>27</sup> STEDH, Cámara, 22.11.1995 (20166/92) S.W. c. Reino Unido, nm., 36; STEDH, Cámara, 22.11.1995 (20190/92) CR. c. Reino Unido nm., 34: "However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in the United Kingdom, as in the other Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 (art. 7) of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen."

<sup>28</sup> Literalmente asegura el citado autor que el recurso a este tipo de criterios es como "dar piedras en lugar de pan" ("(...) gibt mit ihrem Rekurs auf ein seinerseits unbestimmtes Kriterium Steine statt Brot (...). SINNER en KARPENSTEIN/MAYER, *EMRK. Kommentar*, 2012, p. 210.

<sup>29</sup> Así, por ejemplo, siguiendo a HARRIS/O'BOYLE/BUCKLEY, *Law of the European Convention*, 2009, p. 337, la medida de registro preceptivo por ley como delincuente sexual convicto ante la policía; expulsiones de inmigrantes ilegales como medida administrativa; envíos a instituciones mentales de personas condenadas; o el pago de costas.

<sup>30</sup> FROWEIN/PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar*, 2ª ed., 1996, p. 325. También, por todos, HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, *Law of the European Convention*, 2009, pp. 337-338; JACOBS/WHITE/OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 5th ed., 2010, p. 303.

<sup>31</sup> Decisión, Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante ComEDH), Plenario, 3.03.1986 (11653/85) Hogben c. Reino Unido. Véase, también, en la misma línea Decisión ComEDH, 1ª, 28.2.1996 (26293/95) Hosein c. Reino Unido; Decisión TEDH, 4ª, 29.11.2005 (36946/03) Uttley c. Reino Unido. Véase respecto de este último supuesto la incisiva crítica de ATRILL, *Public Law*, 2005, p. 126 y ss., sobre todo dirigida a los argumentos de los

ciudadano británico penado en prisión que fue condenado a pena perpetua en 1959 por la muerte de un joyero en el curso de un robo con armas. En el momento en que cometió dicho delito la pena perpetua era preceptiva pero se podía, potestativamente, señalar una tarifa mínima de cumplimiento que, sin embargo, no se estableció. En Diciembre de 1982 el recurrente fue transferido desde una prisión de régimen cerrado a otra de régimen abierto lo que, según la praxis penitenciaria, venía a evidenciar que ya no era considerado peligroso. Su conducción a la prisión abierta fue hecha con la aprobación de las autoridades administrativas y judiciales pertinentes. Pasar a un módulo abierto se entendía como el estadio previo a ser puesto en libertad sobre la base de la elaboración de un plan de liberación de dos años en que se debía mostrar buena conducta. Pasado un año en la prisión abierta la autoridad correspondiente le comunicó que sería firmemente recomendado para obtener su libertad condicional. El recurrente, por tanto, con base en la praxis penitenciaria y en la aplicación que hasta el momento se venía haciendo de la normativa correspondiente, estaba firmemente convencido que su progresión final era inminente y que su liberación se materializaría a principios de 1985<sup>32</sup>.

El 11 de octubre de 1983, sin embargo, y con gran similitud a los hechos que luego analizaremos respecto del caso *Del Rio Prada c. España*, el recurrente es devuelto de manera sorpresiva al centro cerrado a pesar de que se le aclaró que ello no se debía de ningún modo a que hubiera mostrado mala conducta. Ese mismo día la Secretaria de Estado del Departamento de Interior anunció una nueva política en materia de libertad condicional en el marco de un mitin del Partido Conservador. Política que más tarde se materializó oficialmente en la Cámara de los Comunes el 13 de noviembre de 1983 con el argumento central de que perseguía disminuir la diferencia entre la duración de la sentencia impuesta y la duración efectiva de su cumplimiento en prisión. La nueva política buscaba reglar de forma diferente el ejercicio de discrecionalidad en el cumplimiento de penas relativas a delitos muy graves (como asesinatos de policías, funcionarios de prisiones, asesinatos terroristas, sexuales...) para asegurar que, al menos, cumplan 20 años efectivos en prisión. Se pretendía así bloquear el paso a la libertad condicional de dichos penados salvo que mediaran circunstancias excepcionales. Por último, la Secretaría de Estado aclaró que antes de la implementación de la nueva política, algunos penados a cadena perpetua habían sido devueltos a instituciones cerradas desde módulos de cumplimiento en abierto. Su próxima liberación hubiera resultado contradictoria con la nueva interpretación de la Secretaría de Estado respecto de la gravedad de sus delitos<sup>33</sup>.

Los hechos, sin duda, no ocultan las intenciones de las autoridades, y en particular las del Ministerio del Interior británico, y quiebran las expectativas del recurrente con el efecto de su permanencia en prisión. Y todo ello fruto de una nueva visión interpretativa de la gravedad de los delitos cometidos años atrás, que conduce a nuevas políticas cuyos efectos, sin embargo, no sólo operan a futuro. Con todo, el sorpresivo cambio de política, no va a ser considerado como violación del art. 7 CEDH por parte de la ComEDH. Su argumentación es breve y fulminante: la

---

tribunales ingleses contradiciendo su punto de vista y abogando por una integración del régimen de libertad condicional en el radio de acción del principio de legalidad con base en consideraciones de la severidad de la pena.

<sup>32</sup> Decisión, ComEDH, Plenario, 3.03.1986 (11653/85) *Hogben c. Reino Unido*, Hechos.

<sup>33</sup> Decisión, ComEDH, Plenario, 3.03.1986 (11653/85) *Hogben c. Reino Unido*, Hechos.

pena de prisión perpetua estaba prevista desde un principio y esa es la "pena" a considerar a efectos del art. 7 CEDH. Y aunque reconoce que al no acceder a la libertad condicional deberá estar más tiempo en prisión, ventila la cuestión asegurando que eso remite "(...) a la ejecución de la sentencia, como opuesta a la "pena" que continúa siendo la prisión perpetua. Por tanto no puede afirmarse que la "pena" impuesta fuera más grave que la que se acordó en sentencia."<sup>34</sup>

Esta era la situación respecto de la ejecución de penas y el principio de legalidad ante el TEDH. Una suerte de efecto guillotina previo parecía pesar sobre estos aspectos de manera que quedaban de facto fuera del radio de acción del art. 7 CEDH y huérfanos por tanto de control de garantías, en particular, de las de interdicción de retroactividad de previsiones in malam partem. A nuestro juicio, sin embargo, la situación comienza a cambiar con una decisión clave nada menos que de la Gran Cámara, el denominado caso *Kafkaris c. Chipre* STEDH, Gran Cámara, 12.2.2008 (21906/04).

### ***3. De Kafkaris c. Chipre 2008 a Del Rio Prada c. España 2012: ¿una nueva línea emergente de jurisprudencia?***

El caso *Kafkaris c. Chipre* marca un cambio de ciclo en la evolución jurisprudencial del TEDH en materia de aplicación del art. 7 CEDH a cuestiones, hasta ese momento, relegadas extra muros de su ámbito de control por ser consideradas pura ejecución de las penas. El caso fue elevado a consideración de la Gran Cámara por decisión de los propios magistrados y resultó en un fallo ampliamente mayoritario<sup>35</sup> que deparó una nueva forma de argumentación para un caso de revisión de una prisión a perpetuidad. El demandante alegaba que al entrar en la prisión después de la condena se le entregó un documento escrito en el que se le otorgaba una fecha concreta de salida<sup>36</sup> por resultar la prisión de por vida equivalente a una pena de 20 años de conformidad con las reglas penitenciarias y su práctica aplicativa. Con posterioridad a la fecha de comisión del delito y de su ingreso en prisión, sin embargo, la normativa que establecía el periodo de 20 años fue declarada inconstitucional a resultas de una litigación ajena a su caso pero con el efecto de incrementar su estancia en prisión sin posibilidad de una liberación anticipada.

La expectativa generada al recurrente, con base en la normativa penitenciaria y su práctica aplicativa, reforzada por la comunicación oficial escrita a resultas de su condena en el centro penitenciario, se ve quebrada por la cancelación posterior de su liberación anticipada. Cancelación debida a una evolución jurisprudencial -y posterior modificación legal- en Chipre que plantea, de esta manera, hasta qué punto se trata de una aplicación ex post facto. La Gran

---

<sup>34</sup> Decisión, ComEDH, Plenario, 3.03.1986 (11653/85) *Hogben c. Reino Unido*, nm. 3 y 4.

<sup>35</sup> *Kafkaris c. Chipre* STEDH, Gran Cámara, 12.2.2008 (21906/04), fallo, nm. 4 (a), declara 15 votos a 2 (opinión parcialmente disidente de los jueces Loucaides y Jočienė) la violación del art. 7 en relación a la "calidad" (quality) de la ley aplicable y por 16 a 1 (opinión parcialmente disidente del juez Borrego) la inexistencia de violación respecto de la imposición retroactiva de una pena más grave.

<sup>36</sup> *Kafkaris c. Chipre* STEDH, Gran Cámara, 12.2.2008 (21906/04), nm. 12 y ss., en concreto se le asignaba la fecha de salida de 16 de julio de 2002 a la vista de que estaba en prisión desde el 17 de julio 1987 por lo que la pena perpetua, sobre la base de una duración de 20 años, expiraría el 16 de julio de 2007 lo que permitía una liberación ordinaria en la fecha señalada. Todo ello, con detalle expreso, se le entregó al demandante en una nota escrita (nm. 16).

Cámara va a declarar la violación del art. 7 CEDH pero, con un alambicado discurso que niega, sin embargo, aplicación retroactiva. La violación del art. 7 CEDH se imputa, por primera vez en este contexto<sup>37</sup>, a la falta de "calidad" (quality) de la ley. En concreto, el TEDH parte del concepto autónomo de pena y de su establecida doctrina de diferenciar el contenido substancial del castigo de su ejecución, de tal suerte que cuando la naturaleza y el fin de la medida apunte a la remisión de la sentencia o a un cambio en el régimen de liberación anticipada, dichos aspectos no pertenecen al concepto de "pena" a efectos del art. 7 CEDH. Pero, a renglón seguido, afirma: "Sin embargo, en la práctica, la distinción entre ambos no siempre será suficientemente nítida"<sup>38</sup>. Y a partir de aquí se plantea una revisión material del concepto de pena que va más allá de su contenido en abstracto como pena perpetua en el Código penal y que integra la normativa penitenciaria, la praxis aplicativa y la jurisprudencia interpretativa de aquélla a la búsqueda de su accesibilidad y previsibilidad<sup>39</sup>.

El TEDH, a nuestro juicio, trasciende una aproximación al referente de la pena como pena abstracta e integra partes de su determinación penitenciaria. En la medida en que la práctica penitenciaria, en el caso de autos además con cobertura legal, concreta la pena de prisión de por vida en una dosimetría de 20 años, éste aspecto se considera relevante y patrimonio de las expectativas del penado al momento de ingresar en prisión. Como se puede comprobar se redibuja el punto de referencia inicial para así luego poder volver la mirada hacia atrás. Dicho con otras palabras: el TEDH decide "atraer" al art. 7 CEDH aspectos alejados de la definición sustantiva de la pena para incorporar complementos definitorios que provienen de su determinación penitenciaria.

Sin embargo, una vez hecho el planteamiento, se produce una suerte de "pirueta" argumental y en vez de sacar en consecuencia que se produjo aplicación retroactiva de una pena más grave que la que cabía esperar al momento de ser condenado, se pone el acento en la situación de falta de "calidad" de la ley<sup>40</sup>. El TEDH remarca, además, expresamente, que mantiene su doctrina consolidada en materia de ejecución como diferente y ajena al art. 7 CEDH y por ello niega expresamente que se produzca una aplicación ex post facto de una pena más grave<sup>41</sup>.

En mi opinión, en el caso Kafkaris el TEDH decide atraer hacia el ámbito material del art. 7 CEDH cuestiones de ejecución penitenciaria que tienen un efecto material en la definición de pena desde el punto de vista de su impacto real afflictivo. Está en juego una prolongación de la pena de prisión por la pérdida sorpresiva de la posibilidad de una liberación anticipada. Las expectativas del demandante se quiebran y por ello la forma de endosar el problema es ampliar la definición material del concepto de pena tomando "en su conjunto" no sólo una aproximación

---

<sup>37</sup> Kafkaris c. Chipre STEDH, Gran Cámara, 12.2.2008 (21906/04), opinión disidente de los jueces Loucaides y Jočienė, señalan expresamente esta circunstancia a la vez que disienten de su aplicación y muestran su preocupación porque esta "extensión" del art. 7 CEDH pueda afectar a futuros casos. Véase, también, MURPHY, *EHRL*, 2010, p. 201.

<sup>38</sup> Kafkaris c. Chipre STEDH, Gran Cámara, 12.2.2008 (21906/04), nm. 142, "However, in practice, the distinction between the two may not always be clear-cut."

<sup>39</sup> Kafkaris c. Chipre STEDH, Gran Cámara, 12.2.2008 (21906/04), nm. 145.

<sup>40</sup> Kafkaris c. Chipre STEDH, Gran Cámara, 12.2.2008 (21906/04), nm. 150.

<sup>41</sup> Kafkaris c. Chipre STEDH, Gran Cámara, 12.2.2008 (21906/04), nm. 151 y fallo 4 b.

formal a su definición legal sino a su real y efectivo significado de acuerdo también a la normativa y praxis penitenciaria. El TEDH no lo quiere decir, incluso lo niega, pero, de hecho, aplica las garantías del art. 7 CEDH a aspectos de ejecución.

Ese golpe de timón del TEDH ha generado por una parte algunas críticas de la doctrina sobre todo centradas, no tanto en disentir del resultado concreto, sino en la incoherencia de la argumentación. En este sentido destaca la crítica de MURPHY que afirma que la eventual diferencia entre la imposición de una pena y su ejecución no sólo no es nítida sino que en el caso Kafkaris se reduce simplemente a la nada. La revisión de su pena perpetua no afectaba al título formal de pena de por vida pero, sí a su substancia, lo que le lleva al autor citado a asegurar que, por tanto, no cabe a este respecto tal diferenciación<sup>42</sup>. El problema en el caso Kafkaris, continua MURPHY, no es con la ley sino con "el estado de aplicación en ejecución"<sup>43</sup> y el recurso a la "calidad" de la ley como elemento clave para determinar la violación no deja de ser sino una nueva versión de los principios de accesibilidad y previsibilidad<sup>44</sup>.

El caso Kafkaris, en conclusión, parece fruto de la voluntad de imprimir un cambio de rumbo en la aplicación del art. 7 CEDH particularmente respecto del inciso final de su párrafo primero en lo que respecta a la penas. Y es un cambio que, materialmente, permite construir la violación de garantías del principio de legalidad en el ámbito de la determinación penitenciaria<sup>45</sup>. Esta diana se alcanza con una argumentación discutible según la cual el concepto de pena está dispuesto a ampliarse para analizar los casos frontera entre definición de penas y ejecución. Además, se insiste en la tradicional división entre ambos campos remitiendo a una falta de "calidad" de la ley, esto es, a una falta de precisión o taxatividad (como presupuesto de la accesibilidad y previsibilidad) de la misma, cuando ésta puede operar en una consideración de conjunto (incluyendo por tanto toda normativa y la praxis aplicativa y jurisprudencial) en contra de reo. El cambio de rumbo es así una evolución en la aplicación del art. 7 CEDH hacia una línea de interpretación más influenciada por consideraciones materiales y de aflicción efectiva para el penado que puramente formales, con una tendencia a levantar el velo y atraer a la revisión de la pena aquello que tenga un impacto efectivo en su severidad aunque pertenezca a la ejecución de la pena.

Este cambio, además, parece que se está viendo confirmado con la evolución de la jurisprudencia del TEDH desde el caso Kafkaris. El número de condenas por violación del art. 7 CEDH ha aumentado notablemente teniendo en cuenta la exigua aplicación desde sus orígenes<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> MURPHY, *EHRL*, 2010, p. 204.

<sup>43</sup> MURPHY, *EHRL*, 2010, p. 202: "(...) with the state practice implementing (...)".

<sup>44</sup> MURPHY, *EHRL*, 2010, p. 204, asegura, en realidad, que el recurso a la "calidad" de la ley podía haberse evitado con una aplicación adecuada y más coherente de los criterios de accesibilidad y previsibilidad.

<sup>45</sup> Alude a la utilización de los conceptos "autónomos" como el de "pena" en el contexto del CEDH como técnica que depara, finalmente, en el ámbito penal una ampliación de garantías BURGORGUE-LARSEN, "La Corte Europea de los Derechos Humanos y el Derecho Penal", *Anuario de Derecho Internacional*, (XXI), 2005, p. 322 y ss. y, en particular, subrayando la función de la autonomización de la noción de pena para evitar todo tipo fraude al CEDH, p. 326.

<sup>46</sup> Después del caso Kafkaris c. Chipre, en ese mismo año 2008, se producen dos condenas: STEDH, 3ª, 24.7.2008 (36376/04) Kononov c. Letonia; STEDH, Gran Cámara, 19.9.2008 (9174/02) Korbely c. Hungría, más relacionadas con aspectos de aplicación retroactiva respecto del derecho penal internacional (Véase la acertada crítica a la

Pero no se trata solamente del número: una gran mayoría de las condenas relativas al art. 7.1. CEDH vienen ahora referidas precisamente a aspectos de ejecución de la pena<sup>47</sup>. Ejemplos paradigmáticos al respecto son tanto el denominado caso M. c. Alemania, STEDH, 4ª, 17.12.2009 (19359/04), como el caso Del Rio Prada c. España, STEDH, 3ª, 10.7.2012 (42750/09). Detengámonos brevemente en ellos.

En el caso M c. Alemania, STEDH, 4ª, 17.12.2009 (19359/04), el demandante había sido condenado en 1986 a una pena de cinco años de prisión pero además a una medida de seguridad -detención preventiva- por su peligrosidad para cometer más delitos en el futuro y el riesgo que ello entraña para la sociedad. Desde el año 1991, cumplida la pena de prisión, continuaba en prisión en detención preventiva. Llegado el año 2001 los tribunales denegaron su puesta en libertad aunque había pasado 10 años en detención preventiva. Y ello porque aunque dicha medida de seguridad al tiempo de comisión del delito se extendía según la ley por un periodo máximo de 10 años, a resultas de una modificación posterior del Código Penal alemán en 1998, se habilitó una detención preventiva indeterminada que podía ser aplicada retroactivamente a los ya condenados antes de su entrada en vigor.

---

aproximación interpretativa en ambos de RENZIKOWSKI, "Coming to Terms with One's Past: the Strasbourg Court's Recent Case-Law on Article 7 ECHR and Retroactive Criminal Liability" en BENEDEK/BENOIT-ROHMER/KARL/NOWAK (ed.), *European Yearbook on Human Rights*, 2010, p. 262 y ss.). Dejando a un lado las condenas precitadas, desde el año 2008 se producen hasta la fecha, de acuerdo con la base HUDOC del propio TEDH (última consulta 20 agosto 2012), salvo error u omisión, un total de 15 condenas por violación del artículo 7 CEDH: STEDH, 2ª, 20.1.2009 (75909/01) Sud Fondi Srl y otros c. Italia; STEDH, 5ª, 25.6.2009 (12157/05) Liivik c. Estonia; STEDH, Gran Cámara, 17.9.2009 (10249/03) Scoppola c. Italia; STEDH, 4ª, 15.12.2009 (16012/06) Gurguchiani c. España; STEDH, 4ª, 17.12.2009 (19359/04) M. c. Alemania; STEDH, 5ª, 13.1.2011 (17792/07) Kallweit c. Alemania; STEDH, 5ª, 13.1.2011 (20008/07) Mautes c. Alemania; STEDH, 5ª, 13.1.2011 (27360/04, 42225/07) Schummer c. Alemania; STEDH, 5ª, 14.4.2011 (30060/04) Jendrowiak c. Alemania; STEDH, 4ª, 24.11.2011 (4646/08) O.H. c. Alemania; STEDH, 3ª, 24.1.2012 (1051/06) Mihai Toma c. Rumania; STEDH, 4ª, 7.2.2012 (20134/05) Alimucaj c. Albania; STEDH, 5ª, 7.6.2012 (61827/09) K. c. Alemania; STEDH, 5ª, 7.6.2012 (65210/09) G. c. Alemania; y, por último, la hasta la fecha más reciente STEDH, 3ª, 10.7.2012 (42750/09) Del Rio Prada c. España. Esto es en sólo 3 años y medio (2009, 2010, 2011 y 2012, hasta Julio inclusive) hay ya más condenas que en los 14 años que comprende el período 1995 (año en que se produce la primera condena con el caso Welch)-2008 (años correspondiente al caso Kafkaris c. Chipre). En este último periodo ya apuntábamos supra apartado 2 que se producen únicamente 14 condenas. Son por tanto números significativos más allá del posible impacto por el mero incremento numérico de casos que como señala WILDHABER, "Rethinking the European Court of Human Rights" en CHRISTOFFERSEN/MADSEN (ed.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, 2011, p. 223, a modo de "avalancha" amenazan el colapso del TEDH.

<sup>47</sup> De las 15 sentencias por violación del art. 7 CEDH desde el año 2009 al menos 9 tienen que ver con cuestiones alegadas como de ejecución de penas. En concreto: STEDH, 4ª, 17.12.2009 (19359/04) M. c. Alemania; STEDH, 5ª, 13.1.2011 (17792/07) Kallweit c. Alemania; STEDH, 5ª, 13.1.2011 (20008/07) Mautes c. Alemania; STEDH, 5ª, 13.1.2011 (27360/04, 42225/07) Schummer c. Alemania; STEDH, 5ª, 14.4.2011 (30060/04) Jendrowiak c. Alemania; STEDH, 4ª, 24.11.2011 (4646/08) O.H. c. Alemania; STEDH, 5ª, 7.6.2012 (61827/09) K. c. Alemania; STEDH, 5ª, 7.6.2012 (65210/09) G. c. Alemania; y, STEDH, 3ª, 10.7.2012 (42750/09) Del Rio Prada c. España. Resulta de interés añadir otro caso STEDH, 3ª, 31.7.2012 (21203/10) Van der Velden c. Países Bajos, en el que aunque no se constata violación del art. 7 CEDH, el asunto objeto de recurso es también una prolongación de estancia en prisión por peligrosidad del penado. En este caso el TEDH declara la violación del art. 5 CEDH y con ello considera que no procede entonces ya analizar la violación del art. 7 CEDH.

De cualquier manera, los restantes 6 casos (hasta las 15 violaciones desde 2009) son todos supuestos de aplicación material del art. 7 CEDH, en cuestiones sustantivas -no de ejecución penitenciaria- pero en los casos STEDH, 2ª, 20.1.2009 (75909/01) Sud Fondi Srl y otros c. Italia; STEDH, 5ª, 25.6.2009 (12157/05) Liivik c. Estonia, expresamente ya se hace uso del argumento de la "calidad" de la ley para determinar la imprevisibilidad de la ley o la jurisprudencia.

La actuación de los tribunales ordinarios alemanes fue confirmada además por una sentencia del Tribunal Constitucional alemán<sup>48</sup>.

El TEDH, en síntesis, argumenta la violación del art. 7 CEDH en dos movimientos. En primer lugar, analiza la medida desde el punto de vista del concepto autónomo de pena y, contradiciendo a los tribunales alemanes, incluido el Constitucional, afirma el carácter material de pena de la detención preventiva a los efectos del art. 7 CEDH con base en los criterios Welch y en un ejercicio interpretativo de la medida de seguridad que va "más allá de las apariencias"<sup>49</sup>. A renglón seguido, segundo elemento clave, niega que un cambio de la detención preventiva, prolongando ex post facto el límite de duración de la medida de seguridad, sea un aspecto a considerar como mera ejecución de penas y por tanto ajeno al control del art. 7 CEDH<sup>50</sup>. Y al negarlo y atraerlo al régimen de garantías del art. 7 CEDH no menciona expresamente el aspecto de la "calidad" de la ley pero sí tácitamente. Ya que termina el fallo de Estrasburgo, comparando el caso M con el caso Kafkaris y señalando que en este último la falta de "calidad", esto es, de precisión, de la ley era el punto de partida sobre el que las autoridades pretendieron un endurecimiento posterior de la prisión perpetua. En el caso M, por el contrario, la pena de prisión y la detención preventiva de 10 años estaba claramente establecida sin ambigüedades desde el principio<sup>51</sup>.

En mi opinión, el esquema del caso Kafkaris se mantiene pero se adapta a la fenomenología del caso. En ambos supuestos se parte de ampliar el concepto de pena para llenar de garantías la aplicación interpretativa de la medida en cuestión. Y, en segundo lugar, se atiende al juicio de accesibilidad y previsibilidad con el siguiente matiz. Cuando el punto de partida, como en Kafkaris, es que la apariencia formal de la pena es más dura, por ejemplo prisión perpetua, se levanta el velo y se atiende a la realidad de su contenido de conformidad con las normas y praxis de ejecución penitenciaria (máximo de 20 años), denunciando que una variación in peius posterior resulta impredecible y deviene en un defecto de "calidad", de precisión, de la ley.

---

<sup>48</sup> Para profundizar en el caso y su repercusión en Alemania véase, con una exposición detallada de los hechos y su contexto en Alemania además de un profundo análisis sobre todo desde el punto de vista del art. 5 CEDH, DRENKHAHN/MORGENSTERN/VAN ZYL SMIT, "What is in a name? Preventive detention in Germany in the shadow of European human rights law", *Criminal Law Review*, (3), 2012, p. 168 y ss. Véase, también, más atenta a las cuestiones de ejecución de la Sentencia de Estrasburgo en el foro interno alemán, FROMMANN, "The Reception of ECtHR Decisions by German Criminal Courts--Illustrated by Means of the ECtHR Judgment of 17 December 2009 on the German Law on Preventive Detention", *Hanse Law Review*, (8), 2012, p. 81 y ss. Analiza decisiones posteriores al Caso M pero de supuestos similares en la aplicación retroactiva de la detención preventiva MICHAELSEN, "'From Strasbourg with love'-preventive detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, (12), 2012, p. 148 y ss. Por último, se hace eco -y valora positivamente- la STEDH del caso M, entre nosotros, GARCIA RIVAS, "La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad", *Revista General de Derecho Penal*, (16), 2011, p. 21 y ss.

<sup>49</sup> M c. Alemania, STEDH, 4<sup>a</sup>, 17.12.2009 (19359/04), nm. 133: "(...) looking behind appearances (...)". No cabe en el marco de esta contribución un análisis de la problemática que ha generado el TEDH al negar el carácter de pena a una medida de seguridad y sus efectos respecto del sistema de la doble vía alemana. El TEDH, al contradecir al TC alemán, forzó a éste a un cambio de postura sobre el caso mediante un fallo posterior en 2011 que estableció los criterios materiales para adaptar dicho sistema de doble vía. Criterios que pretenden endosar el fallo de Estrasburgo a la vez que se afana por mantener las medidas de seguridad como diferenciadas de la pena. Véase, al respecto, el acertado análisis y valoración de DRENKHAHN/MORGENSTERN/VAN ZYL SMIT, *CLR*, 2012, p. 175 y ss.

<sup>50</sup> M c. Alemania, STEDH, 4<sup>a</sup>, 17.12.2009 (19359/04), nm. 134 y 135.

<sup>51</sup> M c. Alemania, STEDH, 4<sup>a</sup>, 17.12.2009 (19359/04), nm. 136.



Cuando el punto de partida es que el contenido de la pena es nítido y se pretende endurecerla, caso M, con argumentos formales que buscan negarle el título de pena adicional, simplemente se establece la violación del art. 7 CEDH. Violación porque la "evolución" legislativa -o jurisprudencial como veremos a continuación en el caso Del Rio Prada- ataca la "calidad", la precisión y pretende imponer una pena más grave imprevisible. La coartada de que es "mera" ejecución se rechaza y se condena por afección material al adicionar pena.

Y esto es precisamente lo que va a ocurrir, igualmente, en el caso Del Rio Prada c. España, STEDH, 3ª, 10.7.2012 (42750/09). La demandante comienza a cumplir su condena por varios delitos de terrorismo que suman miles de años de cárcel en 1989, con un tope establecido por acumulación de 30 años. La normativa e interpretación al momento de cometer los hechos y cuando se acumulan sus penas era tal que el tope de cumplimiento servía de referente para descontar de él los beneficios penitenciarios y en particular la denominada redención de penas por el trabajo. Esta última previsión permitía descontar un día por cada dos de trabajo y reducir así hasta en un tercio el cumplimiento efectivo de los 30 años. Por STS, 2ª, 28.2.2006, 197/2006, la denominada doctrina Parot, se produce un cambio jurisprudencial y tanto la redención como los beneficios penitenciarios debían ser descontados pena a pena y no sobre el tope de 30 años. El resultado es que no había ningún acortamiento efectivo del citado tope que se cumpliría íntegro en un centro penitenciario. A la demandante Del Rio Prada, a consecuencia de la aplicación de la citada doctrina, se le revisa el cálculo del licenciamiento que hicieron en primera instancia las autoridades penitenciarias y que habían fijado inicialmente para el año 2008. Los tribunales, después de aplicarle la doctrina Parot posponen la liberación al año 2017.

La Corte de Estrasburgo cifra el núcleo de la controversia en el criterio del cálculo de la pena total "a purgar" (*á purger*) a resultas de la aplicación de las reglas de acumulación a efectos de la remisión definitiva de las penas<sup>52</sup>. Lo que para la mayoría del Tribunal Constitucional en los supuestos en que se ha denegado el amparo por aplicación de la *doctrina Parot*, sería una cuestión de pura ejecución de la pena<sup>53</sup>, resulta que para el TEDH en el caso que nos ocupa, remite a una revisión del concepto de pena. Y más en concreto a una indagación del tipo específico de pena infligida a la demandante a la luz del texto de la ley "en combinación con la jurisprudencia interpretativa" para poder valorar los requisitos esenciales de su accesibilidad y previsibilidad<sup>54</sup>.

El TEDH, más allá del tenor literal de los preceptos en juego, se remite a la práctica interpretativa llevada a cabo por las autoridades penitenciarias de conformidad con la jurisprudencia, incluida la primera sentencia STS, 2ª, 8.3.1994 (9877/1994; MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez) al respecto. Y ello le lleva a afirmar que el criterio de cómputo para aplicar los beneficios y las redenciones se proyectaba de forma clara sobre el límite de los 30 años como si de una nueva pena autónoma se tratase. Y por ello, sobre la base de dicha práctica, la recurrente podía esperar de forma legítima la aplicación a su caso de dichas redenciones<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> STEDH, 3ª, 10.7.2012 (42750/09), nm. 50.

<sup>53</sup> Por todas STC, Pleno, 29.3.2012 (40/2012), Fundamento Jurídico 6.

<sup>54</sup> STEDH, 3ª, 10.7.2012 (42750/09), nm. 51.

<sup>55</sup> STEDH, 3ª, 10.7.2012 (42750/09), nm. 53-54.

En consecuencia, una mirada integral y sistemática del derecho español vigente y su jurisprudencia en el momento de comisión de los delitos y, también, en el momento en que inicialmente se toma la decisión de acumular las penas pronunciadas por cada delito, traslucía un estado de suficiente precisión como para permitir a la recurrente un grado razonable de discernimiento de acuerdo a sus circunstancias tanto sobre el alcance de la pena como sobre las modalidades de su ejecución<sup>56</sup>.

El TEDH una vez establecido el estado de la cuestión previa a las resoluciones que iban a revisar el licenciamiento definitivo de la demandante de conformidad con la nueva doctrina Parot, y una vez determinada su clara accesibilidad y previsibilidad, saca las consecuencias del cambio jurisprudencial y sus efectos. En primer lugar señala la Corte que con la nueva jurisprudencia del TS (STS, 2ª, 28.2.2006, 197/2006) éste se aparta de su línea interpretativa hasta la fecha. Sin duda reconoce el TEDH que las jurisdicciones internas pueden estar en mejor posición para interpretar y aplicar su derecho nacional pero ello no autoriza a una interpretación del principio de legalidad de los delitos y las penas de forma extensiva en perjuicio del reo tal y como proscribía el artículo 7 de la CEDH<sup>57</sup>. La Corte desciende entonces al caso concreto para afirmar que la nueva interpretación del Tribunal Supremo, la denominada doctrina Parot, tal y como ha sido aplicada al caso Del Rio Prada, entraña una prolongación retroactiva de la pena a purgar de nueve años convirtiendo en totalmente inoperante a la institución de redención de penas por el trabajo. Dadas las circunstancias, aunque la Corte llegara a admitir el argumento del Gobierno según el cual el cálculo de los beneficios penitenciarios como tal se sitúa fuera del campo de aplicación del artículo 7, la manera en que las disposiciones del Código Penal de 1973 han sido aplicadas van más allá. Por la forma en que se ha cambiado el criterio de cómputo y por las consecuencias que ésta tiene en la duración efectiva de la pena en perjuicio del reo, la Corte estima que la distinción entre el alcance de la pena infligida a la demandante y las modalidades de su ejecución no resulta sostenible<sup>58</sup>.

El TEDH, con otras palabras, viene a afirmar que hay un territorio intermedio entre el núcleo esencial de proyección de las garantías del principio de legalidad contenido en el artículo 7 CEDH y la pura ejecución de una pena. El principio de legalidad puede llegar a "atraer" a su radio de acción operaciones interpretativas que aparentemente se alojan en instituciones propias de la ejecución, en nuestro caso, de una pena privativa de libertad pero que, en un análisis más fino y soportado en criterios materiales, terminan por afectar el contenido afflictivo de la pena. Si en la fase de ejecución de las penas se actúa de tal manera que efectivamente el contenido del castigo varía sustancialmente, no caben argumentos formales y deben aplicarse las garantías del principio de legalidad: en este caso, la prohibición de retroactividad contra reo.

Por eso el TEDH continúa afirmando que el nuevo criterio de cálculo para la remisión de las penas aplicables sobre la base de la nueva jurisprudencia del TS no concierne solamente a la ejecución de la pena infligida al demandante. Se trata, además de una operación de ejecución

---

<sup>56</sup> STEDH, 3ª, 10.7.2012 (42750/09), nm. 55.

<sup>57</sup> STEDH, 3ª, 10.7.2012 (42750/09), nm. 56-57.

<sup>58</sup> STEDH, 3ª, 10.7.2012 (42750/09), nm. 58.

penitenciaria, de una medida que igualmente ha producido un impacto decisivo en el alcance de la "pena" infligida a la demandante determinando en la práctica el alargamiento de nueve años de la pena a purgar<sup>59</sup>.

Lo acabado de señalar constituye, a mi juicio, el aspecto esencial, la piedra de toque, sobre la que la sentencia se asienta. Ya que se consolida un criterio material, sustantivo, de afección como elemento clave para reconocer aspectos de ejecución penitenciaria que deben ser atraídos al arcano de garantías propias del principio de legalidad en su sentido fuerte. Podría afirmarse que en este supuesto se visualiza una cierta vis expansiva del artículo 7 CEDH más allá de los aspectos estrictos de definición sustantiva de los delitos y las penas hacia el ámbito de ejecución y sus modalidades, siempre que éstas determinen en una operación jurídica de valoración ad casum un impacto equivalente de incremento de aflictividad. El artículo 7 en su interpretación original por el TEDH está "colonizando" nuevos territorios en un ejercicio pro libertate de extensión de las garantías allí donde éstas se vean afectadas en sentido material, levantando el velo más allá de divisiones o consideraciones puramente formales de definición v. ejecución de delitos y/o penas.

El TEDH, sentado lo precedente, aplica entonces el estándar de accesibilidad y previsibilidad de las normas y su interpretación desde la óptica del cambio jurisprudencial. Para garantizar la efectividad de la CEDH el Tribunal adopta el punto de vista del demandante y hace un juicio de pronóstico sobre la posibilidad de que hubiera podido prever razonablemente, incluso con el asesoramiento de un jurista, la forma de acumulación y su resultado final. Afirma a este respecto el TEDH, en primer lugar, que no hay precedentes a la modificación que supone la sentencia del TS que establece la doctrina Parot sino, más bien, una práctica penitenciaria diferente, reconocida por el propio Gobierno y convalidada por las decisiones judiciales previas al fallo en cuestión<sup>60</sup>. El cambio de criterio incide en las redenciones de pena por el trabajo anulando sus efectos y alargando efectivamente la pena a purgar hasta los 30 años efectivos de internamiento. Este cambio jurisprudencial, subraya la Corte de Estrasburgo, se produce después de que entrara en vigor el nuevo Código penal de 1995 que suprimió la redención de penas por el trabajo y estableció nuevos criterios de cómputo y aplicación de los beneficios penitenciarios para los casos de multidelinuencia con penas de prisión muy graves. A este respecto, si bien la Corte admite que los Estados son libres para modificar la política criminal, especialmente para incrementar la represión de los crímenes y delitos, sin embargo, las jurisdicciones internas no pueden aplicar retroactivamente en perjuicio del reo el espíritu de cambios legislativos que hayan tenido lugar después de haberse cometido la infracción. Sólo es admisible la aplicación retroactiva de las leyes penales posteriores cuando el cambio legislativo es favorable al acusado<sup>61</sup>. En definitiva, la Corte estima que era difícil, incluso imposible, para la recurrente haber podido prever la modificación jurisprudencial que operó el Tribunal Supremo. Por tanto, en el momento de comisión de los hechos, así como en el momento en que las penas iban a ser objeto de acumulación, resultaba simplemente imprevisible que la Audiencia Nacional fuera a calcular la remisión de las penas

---

<sup>59</sup> STEDH, 3ª, 10.7.2012 (42750/09), nm. 59.

<sup>60</sup> STEDH, 3ª, 10.7.2012 (42750/09), nm. 60-61.

<sup>61</sup> STEDH, 3ª, 10.7.2012 (42750/09), nm. 62.

sobre la base de cada una de éstas de forma individualizada y no sobre el conjunto de la pena total a purgar, alargándose así substancialmente la duración de la estancia en prisión. El artículo 7 CEDH, concluye la Corte, ha resultado violado<sup>62</sup>.

#### ***4. Síntesis de conclusiones y reflexión final***

A partir del caso *Kafkaris c. Chipre* 2008 el TEDH ha ampliado el objeto de control del art. 7 CEDH particularmente respecto del escrutinio de la imposición de penas más graves que las aplicables al momento de comisión del delito. Y para ello su doctrina interpretativa se ha valido de una doble evolución: en primer lugar, se ha producido una ampliación teleológica del concepto de pena según los tradicionales criterios Engel-Welch dando prioridad a consideraciones materiales de aflictividad de la medida levantando el velo y yendo más allá de las apariencias. En segundo lugar, ha decidido utilizar un estándar más riguroso respecto del requisito de que la ley (en una consideración de conjunto que incluye también normativa penitenciaria, la jurisprudencia e incluso la práctica aplicativa de las autoridades) debe ser lo suficientemente precisa. Cuando esa precisión se ve comprometida (apariencia formal v. aplicación real) al momento de realizar el juicio de previsibilidad y accesibilidad, se declara la violación del art. 7 CEDH por falta de "calidad" de la ley. Pero cuando dicha ley es clara y taxativa al momento de comisión de los hechos y lo que se pretende es una modificación o interpretación sobrevenida onerosa para el demandante no se alude expresamente a dicha calidad, pero se considera inaceptable la interpretación sorpresiva por intentar precisamente contra la claridad de las expectativas.

Concepto de pena y ley taxativa son los elementos de la nueva jurisprudencia del TEDH que han determinado una atracción de facto de cuestiones de ejecución penitenciaria al ámbito de control de garantías del principio de legalidad, por más que se mantenga formalmente la doctrina tradicional según la cual tales cuestiones son ajenas al art. 7 CEDH.

Dicha evolución jurisprudencial ha posibilitado una notable mayor utilización del art. 7 CEDH que acumula desde el año 2009 hasta la fecha más violaciones constatadas que en toda su historia. Y, además, los casos que están siendo objeto de escrutinio en materia penitenciaria (casos *Kafkaris*, *M* o *Del Rio Prada*) auguran un creciente protagonismo del principio de legalidad en una Europa agitada por una tendencia a agravar las penas más graves para los multidelincuentes y que busca mediante medidas postdelictivas o custodias de seguridad alargar la estancia en prisión con fines inocuidadores.

---

<sup>62</sup> STEDH, 3ª, 10.7.2012 (42750/09), nm. 63-64. Véase en la misma línea aquí propuesta el brillante y premonitorio Voto Particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la STC, Pleno, 29.3.2012 (40/2012), en que ya adelanta las claves de imposibilidad de superación del test de previsibilidad de la aplicación de la doctrina Parot con extensas referencias a la doctrina del TEDH. Previamente también el Voto Particular a la propia STS, 2ª, 28.2.2006 (197/2006) adelanta, de forma tácita, las claves de su impugnación ante el TEDH sobre todo en sus apartados 7 y 8. Resulta también de interés la coincidencia en la necesidad de tomar en consideración de forma unificada la ley y la jurisprudencia propugnando la aplicación de garantías a la jurisprudencia posterior agravatoria para el reo por razones de contravención material de la seguridad jurídica, el trabajo de RUIZ ANTÓN, "El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia", *Revista del Poder Judicial*, núm. especial VI, 1989, p. 163 y ss.

La línea de jurisprudencia emergente aquí descrita, más aún si deviene definitivo el fallo del caso Del Rio Prada c. España<sup>63</sup>, parece acercarse a la práctica aplicativa de la prohibición de retroactividad de la tradición constitucional estadounidense que no duda en hacer objeto de control las variaciones legislativas o jurisprudenciales que pueden afectar a la pena en fase de ejecución y, particularmente, respecto de la libertad condicional<sup>64</sup>. El TEDH con su incursión en algunos aspectos de ejecución, pero con su proclama simultánea de que no lo está haciendo, ni tampoco quiere hacerlo, parece apuntar a señalar una línea roja de no intervención precisamente en el control exhaustivo de los regímenes y condiciones de ejecución, en particular lo relativo a la propia libertad condicional. Es como si temiera abrir una puerta que le puede desbordar. Y por ello, valga la metáfora, antes que abrirla de par en par, se muestra cauteloso y la ha abierto con la cadena de seguridad puesta. La tendencia expansiva de los derechos humanos<sup>65</sup> y su aplicación por los organismos universales o regionales de control, puede encontrarse con problemas prácticos o materiales de aplicación<sup>66</sup>. Sin embargo, no parece sostenible que un ámbito como el de la ejecución de la penas tenga que quedar relegado a un segundo plano y huérfano de una práctica democrática de control más rigurosa<sup>67</sup>. El artículo 7 CEDH -en esta contribución sólo ha quedado insinuado- bien puede jugar un papel complementario -ya lo está jugando- en evitar que los Estados, sea vía legislativa, o vía jurisprudencial, pretendan asaltar el fortín del alargamiento efectivo de la retención en prisión por la "puerta de atrás" para evitar así un escrutinio, en el sentido fuerte del término, de garantías. Esto es, a base de su infiltración en la fase de determinación penitenciaria mediante medidas complementarias de alargamiento de la estancia en prisión o a través del endurecimiento, con efecto equivalente, de los regímenes de acumulación y/o liberación o instituciones similares de remisión anticipada, parece lograrse el efecto real de consolidar sentencias indeterminadas sin que así lo parezca atendiendo a la legislación puramente sustantiva. Sin duda el papel central que el art. 5 CEDH debe jugar como garante del derecho de libertad en el ámbito de la política penitenciaria europea<sup>68</sup>, ha encontrado un aliado inesperado en el despertar del art. 7 CEDH cuya andadura a este respecto parece no haber hecho sino comenzar.

---

<sup>63</sup> Véase supra pie de página 12.

<sup>64</sup> ATRILL, *Public Law*, 2005, p. 120 y ss. y, conclusivo, p. 130.

<sup>65</sup> Véase, sólo MACCORMICK, *Institutions of Law. An essay in Legal Theory*, 2007, p. 195 y ss., quien destaca de forma original el mayor grado de "institucionalización" y la progresiva fortaleza en Europa de los estándares de Derechos Humanos, señalando al sistema regional del Consejo de Europa, y a su TEDH, como puntos centrales al respecto.

<sup>66</sup> WILDHABER en CHRISTOFFERSEN/MADSEN (ed.), *The European Court*, 2011, p. 223 y ss., destaca los problemas de colapso del TEDH y propone una drástica reforma para restringir su trabajo en aras de conseguir que la función real de la Corte pueda materializarse y progresar de manera real y no puramente ilusoria (p. 224).

<sup>67</sup> Véase, como referencia central, la obra de VAN ZYL SMIT/SNACKEN, *Principles of European Prison Law*, 2009, *passim* y, en particular, p. 365 y ss. en donde hacen una valoración de la contribución (luces) y los retos (sombras) que acompañan a la evolución de la jurisprudencia del TEDH a la hora de garantizar una política penitenciaria europea plenamente conforme con los estándares de los derechos humanos.

<sup>68</sup> DRENKHAHN/MORGENSTERN/VAN ZYL SMIT, *CLR*, 2012, p. 182 y ss., aunque desde la óptica del impacto del caso M c. Alemania señalan los autores la tendencia del TEDH hacia un control más riguroso de las sentencias indeterminadas y abogan (p. 184 y ss.) por una mayor implicación de la Corte de Estrasburgo en el control de la implementación de las penas con razonamientos esencialmente referidos al rendimiento del art. 5 CEDH.

## 5. Bibliografía

Simon ATRILL (2005), "Nulla Poena Sine Lege in Comparative Perspective: Retrospectivity under the ECHR and US Constitution", *Public Law*, pp. 107-131.

Laurence BURGORGUE-LARSEN (2005), "La Corte Europea de los Derechos Humanos y el Derecho Penal", *Anuario de Derecho Internacional*, (XXI), pp. 317-378.

Josep CASADEVALL (2012), *El Convenio Europeo de derechos humanos, el tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo blanch, Valencia.

José CEREZO MIR (2008), "Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal", *Revista Penal*, (22), pp. 16-21.

Antonio CUERDA RIEZU (2006), "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 constitucionales", *Cuadernos de Derecho Judicial. Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, Madrid, (7), pp. 215-296.

Kirstin DRENKHAHN/Christine MORGENSTERN/Dirk VAN ZYL SMIT (2012), "What is in a name? Preventive detention in Germany in the shadow of European human rights law", *Criminal Law Review*, (3), pp. 167-187.

Maike FROMMANN (2012), "The Reception of ECtHR Decisions by German Criminal Courts-- Illustrated by Means of the ECtHR Judgment of 17 December 2009 on the German Law on Preventive Detention", *Hanse Law Review*, (8), pp. 81-99.

Jochen Abr. FROWEIN/Wolfgang PEUKERT (1996), *Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar*, 2ª ed., N.P. Engel Verlag, Kehl/Straßburg/Arlington.

Nicolas GARCIA RIVAS (2011), "La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad", *Revista General de Derecho Penal*, (16), pp. 1-27.

David GARLAND (2001), *The culture of control: crime and social order in contemporary society*, Oxford University Press, Oxford.

Steven GREER (2006), *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge.

David HARRIS/Michael O'BOYLE/Ed BATES/Carla BUCKLEY (2009), *Law of the European Convention on Human Rights*, 2ª ed., Oxford university Press, Oxford.

Roger HOOD/Carolyn HOYLE (2008), *Death Penalty: a worldwide perspective*, 4<sup>a</sup> ed., Oxford university Press, Oxford.

Francis G. JACOBS/Robin WHITE/Clare OVEY (2010), *The European Convention on Human Rights*, 5<sup>a</sup> ed., Oxford university Press, Oxford.

Ben JURATOWICH (2008), *Retroactivity and the Common Law*, Hart, Oxford/Portland Oregon.

Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA/Enara GARRO CARRERA (2009), "Artículo 7. No hay pena sin ley", en LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, 2<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, pp. 257-292.

Neil MACCORMICK (2007), *Institutions of Law. An essay in Legal Theory*, Oxford university Press, Oxford.

José Luis MANZANARES SAMANIEGO (2006), "Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado "caso Parot"", *La Ley*, (2), pp. 1325-1327.

Christopher MICHAELSEN (2012), "'From Strasbourg with love'-preventive detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, (12), p. 148-167.

Enrique ORTOS BERENGUER (2009), "Comentarios a la Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero (Caso Parot)", *ReCrim*, pp. 27-43 ([www.uv.es/recrim](http://www.uv.es/recrim)).

Craig OSBORNE (1996), "Does the End Justify the Means? Retrospectivity, Article 7, and the Marital Rape Exemption", *European Human Rights Law*, (4), pp. 406-416.

Joan J. QUERALT (2010), "Terrorismo y castigo penal. Cumplimiento íntegro de las penas y doctrina Parot", *Intersecciones*, pp. 115-135 ([www.intersecciones.es](http://www.intersecciones.es)).

Cian C. MURPHY (2010), "The Principle of Legality in Criminal Law under the European Convention on Human Rights", *European Human Rights Law Review*, (15), pp. 192-207.

Joachim RENZIKOWSKI (2010), "Coming to Terms with One's Past: the Strasbourg Court's Recent Case-Law on Article 7 ECHR and Retroactive Criminal Liability", en Wolfgang BENEDEK/Florence BENOIT-ROHMER/Wolfram KARL/Manfred NOWAK (ed.), *European Yearbook on Human Rights*, EAR (European Academic Press), Antwerp/Berlin/Vienna/Graz, pp. 257-265.

Ricardo ROBLES PLANAS (2007), "'Sexual Predators'. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad", *InDret*, (4), ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Luis Felipe RUIZ ANTÓN (1989), "El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia", *Revista del Poder Judicial*, núm. especial VI, pp. 147-167.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (2007), "¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor"" en MIR PUIG (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penal del Siglo XXI*, (8), Madrid, pp. 328-361.

Stefan SINNER (2012), "Art. 7 Keine Strafe ohne Gesetz" en KARPENSTEIN/MAYER, *EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrecht und Grundfreiheiten. Kommentar*, Beck, München.

Dirk VAN ZYL SMIT/Sonja SNACKEN (2009), *Principles of European Prison Law and Policy. Penology and Human Rights*, Oxford university Press, Oxford.

Luzius WILDHABER (2011), "Rethinking the European Court of Human Rights" en CHRISTOFFERSEN/MADSEN (ed.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford university Press, Oxford.

## 6. Jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
<i>Decisión, ComEDH, Plenario, 3.03.1986</i>	11653/85		<i>Hogben c. Reino Unido</i>
<i>Decisión, ComEDH, 1ª, 28.2.1996</i>	26293/95		<i>Hosein c. Reino Unido</i>
<i>Decisión, TEDH, 4ª, 29.11.2005</i>	36946/03		<i>Uttley c. Reino Unido</i>
STC, Pleno, 29.3.2012	39/2012	Elisa Pérez Vera	José Ignacio Gaztañaga Bidaurreta c. España
STC, Pleno, 29.3.2012	40/2012	Eugeni Gay Montalvo	Joseba Koldobika Artola Ibarretxe c. España
<i>STEDH, Camara, 9.02.1993</i>	14307/88		<i>Kokkinakis c. Grecia</i>
<i>STEDH, Camara, 9.02.1995</i>	17440/90		<i>Welch c. Reino Unido</i>
<i>STEDH, Camara, 8.06.1995</i>	15917/89		<i>Jamil c. Francia</i>
<i>STEDH, Camara, 22.11.1995</i>	20166/92		<i>S.W. c. Reino Unido</i>
<i>STEDH, Camara, 22.11.1995</i>	20190/92		<i>C.R. c. Reino Unido</i>
<i>STEDH, 1ª, 27.2.2001</i>	29295/95 29363/95		<i>Ecer y Zeyrek c. Turquía</i>
<i>STEDH, 3ª, 7.2.2002</i>	28946/95		<i>E.K. c. Turquía</i>
<i>STEDH, 4ª, 21.1.2003</i>	45771/99		<i>Veeber c. Estonia</i>



<i>STEDH, 4ª, 22.7.2003</i>	<i>68066/01</i>		<i>Gabbari Moreno c. España</i>
<i>STEDH, 4ª, 10.2.2004</i>	<i>55103/00</i>		<i>Puhk c. Estonia</i>
<i>STEDH, 2ª, 4.10.2005</i>	<i>29365/95</i>		<i>Unsal Ozturk c. Turquía</i>
<i>STEDH, 2ª, 10.10.2006</i>	<i>40403/02</i>		<i>Pessino c. Francia</i>
<i>STEDH, 3ª, 24.5.2007</i>	<i>77193/01</i> <i>77196/01</i>		<i>Dragotoniú y Militaru-Pidhorni c. Rumania</i>
<i>STEDH, Gran Cámara, 12.2.2008</i>	<i>21906/04</i>		<i>Kafkaris c. Chipre</i>
<i>STEDH, 3ª, 24.7.2008</i>	<i>36376/04</i>		<i>Kononov c. Letonia</i>
<i>STEDH, Gran Cámara, 19.9.2008</i>	<i>9174/02</i>		<i>Korbely c. Hungría</i>
<i>STEDH, 2ª, 20.1.2009</i>	<i>75909/01</i>		<i>Sud Fondi Srl y otros c. Italia</i>
<i>STEDH, 5ª, 25.6.2009</i>	<i>12157/05</i>		<i>Liivik c. Estonia</i>
<i>STEDH, Gran Cámara, 17.9.2009</i>	<i>10249/03</i>		<i>Scoppola c. Italia</i>
<i>STEDH, 4ª, 15.12.2009</i>	<i>16012/06</i>		<i>Gurguchiani c. España</i>
<i>STEDH, 4ª, 17.12.2009</i>	<i>19359/04</i>		<i>M. c. Alemania</i>
<i>STEDH, 5ª, 13.1.2011</i>	<i>17792/07</i>		<i>Kallweit c. Alemania</i>
<i>STEDH, 5ª, 13.1.2011</i>	<i>20008/07</i>		<i>Mautes c. Alemania</i>
<i>STEDH, 5ª, 13.1.2011</i>	<i>27360/04</i> <i>42225/07</i>		<i>Schummer c. Alemania</i>
<i>STEDH, 5ª, 14.4.2011</i>	<i>30060/04</i>		<i>Jendrowiak c. Alemania</i>
<i>STEDH, 4ª, 24.11.2011</i>	<i>4646/08</i>		<i>O.H. c. Alemania</i>
<i>STEDH, 3ª, 24.1.2012</i>	<i>1051/06</i>		<i>Mihai Toma c. Rumania</i>
<i>STEDH, 4ª, 7.2.2012</i>	<i>20134/05</i>		<i>Alimucaj c. Albania</i>
<i>STEDH, 5ª, 7.6.2012</i>	<i>61827/09</i>		<i>K. c. Alemania</i>
<i>STEDH, 5ª, 7.6.2012</i>	<i>65210/09</i>		<i>G. c. Alemania</i>
<i>STEDH, 3ª, 10.7.2012</i>	<i>42750/09</i>		<i>Del Rio Prada c. España</i>
<i>STEDH, 3ª, 31.7.2012</i>	<i>21203/10</i>		<i>Van der Velden c. Países Bajos</i>
<i>STS, 2ª, 8.3.1994</i>	<i>9877/1994</i>	<i>José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez</i>	<i>Cesar c. España</i>
<i>STS, 2ª, 26.2.2006</i>	<i>197/2006</i>	<i>Julian Sánchez Melgar</i>	<i>Henri Parot Navarro c. España</i>