

Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal¹

José Cerezo Mir

Catedrático Emérito
Universidad Nacional de Educación a Distancia

En los últimos años se observa en los países europeos una preocupación creciente por la seguridad ciudadana, que ha dado lugar a la introducción de una serie de reformas tendentes a aumentar la eficacia de las penas desde el punto de vista de la reafirmación del ordenamiento jurídico (retribución) y la prevención general. En nuestro país dichas reformas fueron introducidas básicamente por las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Tuve ocasión de analizar dichas reformas en mi contribución al Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo². La tendencia se mantiene y quisiera completar, por ello, mi estudio con una referencia a las recientes modificaciones introducidas en la regulación de la medida de seguridad de internamiento en un centro de custodia en Alemania y Suiza y a la evolución de la jurisprudencia de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo españoles en materia de concurso real de delitos.

1. EL AUGE DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN UN CENTRO DE CUSTODIA

Esta medida de seguridad no existe actualmente en España, pues en el Código penal de 1995 se introdujeron únicamente medidas de seguridad para los inimputables y semiimputables. Uno de los mayores defectos de nuestro nuevo Código penal, desde el punto de vista político criminal, consiste

¹ Este artículo es una actualización y ampliación de mi contribución a los Libros Homenaje a los profesores Gil Cremades y Klaus Tiedemann.

² Véase “Los fines de la pena en la Constitución y en el Código Penal, después de las reformas del año 2003”, en Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson-Cívitas, Madrid, 2005., págs. 217 y ss.

precisamente en no haber previsto medidas de seguridad para los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave (internamiento en centros de terapia social, internamiento en un centro de custodia).

En el Código penal alemán sí existe la medida de seguridad de internamiento en un centro de custodia (artículo 66). Durante muchos años, sin embargo, dicha medida fue objeto de numerosas críticas y su aplicación disminuyó considerablemente³. Se le objetaba sobre todo que al perseguir fundamentalmente un fin de aseguramiento y no de reinserción social del delincuente era difícilmente compatible con las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho.

Ante el incremento de la inseguridad ciudadana y de la sensación de inseguridad en los países de la Europa occidental, se ha producido un resurgimiento de la medida de custodia de seguridad⁴. En Alemania se amplió su campo de aplicación, y se eliminó el límite máximo de duración de diez años para la custodia de seguridad impuesta por primera vez, por la Ley para la lucha contra los delitos sexuales y otros delitos peligrosos, de 1998. y, en el año 2002, por la Ley para la introducción de la reserva de imposición de la custodia de seguridad, se previó la posibilidad de que el tribunal, en la sentencia condenatoria, previera la posibilidad de imponer el internamiento en un centro de custodia al finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad (art. 66a), si concurrían los requisitos establecidos en el artículo 66 del Código penal alemán para la aplicación de dicha medida de seguridad. Solo debía imponerse la medida, sin embargo, cuando cupiera esperar que el condenado, al ser puesto en libertad, cometiera delitos de considerable gravedad, que causen un grave daño físico o psíquico a las víctimas, es decir cuando se tratase de delincuentes violentos o contra la libertad sexual.

Pero la evolución ha ido, incluso, más lejos. Se ha introducido recientemente la posibilidad de imponer la medida de custodia de seguridad por el tribunal *a posteriori*, es decir aunque su imposición no hubiera sido prevista en la sentencia condenatoria. Así ha sucedido en Alemania por la Ley para la introducción de la custodia de seguridad *a posteriori*, de 23 de julio de

³ Véase, a este respecto, Klaus Laubenthal, Die Renaissance der Sicherungsverwahrung, Z.Str.W. tomo 116, 2004, fascículo 2º, págs. 712 y ss.

⁴ Véase, a este respecto, J.Mª Silva Sánchez, El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam, Vol. 1º, Cuenca 2001, pág. 706, Klaus Laubenthal, Die Renaissance der Sicherungsverwahrung, págs. 703 y ss, Stefan Trechsel, Nachträgliche Sicherungsverwahrung, en Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag, NWV Wien-Graz, 2004, págs. 201 y ss., Karl-Ludwig Kunz-Günter Stratenwerth, Zum Bericht der Arbeitsgruppe "Verwahrung", separata de Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, tomo 123, 2005, fasc. 1º, págs. 2 y ss., Ricardo Robles Planas, "Sexual Predators". Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad, en la revista electrónica In Dret, octubre de 2007, págs. 6 y ss. y Ángel José Sanz Morán, El tratamiento del delincuente habitual, en Política Criminal, revista electrónica chilena, diciembre de 2007.

2004⁵. Se trata de hacer frente a la peligrosidad puesta de manifiesto por hechos conocidos después de la sentencia condenatoria por determinados delitos y antes de finalizar la ejecución de la pena “si de la valoración global del condenado, de sus hechos, y además de su evolución durante la ejecución de la pena, se deduce la gran probabilidad, de que cometa delitos de considerable gravedad, que causen un grave daño psíquico o corporal a las víctimas”; se puede imponer también la custodia de seguridad a aquéllos delincuentes a los que se hubiera aplicado la medida de internamiento en un sanatorio psiquiátrico, al finalizar la aplicación de dicha medida, cuando concurren determinados requisitos “si de la valoración global del condenado, de sus hechos, y además de su evolución durante la ejecución de la medida, se deduce la gran probabilidad, de que cometa delitos de considerable gravedad, que causen un grave daño psíquico o corporal a las víctimas” (nuevo artículo 66 b del Código penal alemán). Se trata de impedir que el condenado al ser puesto en libertad, una vez cumplida la pena de prisión o la medida de internamiento en un sanatorio psiquiátrico, pueda cometer graves delitos contra la vida, la integridad corporal o la libertad sexual. Una disposición similar se introdujo por la mencionada Ley (artículo 4º) en el Derecho penal juvenil. El artículo 106 de la Ley de los Tribunales para jóvenes recibió una nueva redacción para introducir también la posibilidad de la imposición de una medida de internamiento en un centro de custodia no prevista en la sentencia condenatoria.

En Suiza se ha introducido asimismo la imposición *a posteriori* de la medida de seguridad de internamiento en un centro de custodia. La Ley de reforma del Código penal y de la Ley penal militar aprobada el 24 de marzo de 2006 y que entró en vigor el día 1º de enero de 2007, prevé la introducción de un nuevo párrafo segundo en el artículo 65, del siguiente tenor: “Si se pone de manifiesto, durante la ejecución de la pena privativa de libertad, por nuevos hechos o medios de prueba, que concurren en un condenado los presupuestos de aplicación del internamiento en un centro de custodia y que se daban ya en el momento de la condena, sin que el Tribunal hubiera podido tener conocimiento de ello, puede el Tribunal ordenar *a posteriori* la imposición de la custodia. La competencia y el procedimiento se regirán por la regulación del juicio de revisión”⁶.

⁵ Muchos Länder se adelantaron a esta reforma, mediante leyes para el internamiento de delincuentes, de carácter administrativo, para cerrar una laguna, a su juicio existente, en la seguridad ciudadana; véase, a este respecto, Laubenthal, *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*, lug. Cit., págs. 707 y 742 y ss.

⁶ Por otra parte el 8 de febrero de 2004 se introdujo, mediante un referéndum, una modificación en la Constitución (art. 123 a) para poder aplicar la custodia de seguridad de un modo prácticamente perpetuo a todos “los delincuentes violentos y contra la libertad sexual sumamente peligrosos que no fueran susceptibles de tratamiento terapéutico”; véase, a este respecto, Kart-Ludwig Kunz *Gefährliche Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung*, en “*Menschesgerechtes Strafrecht*”, *Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, Munich, 2005, págs. 1378-1379.

A favor de la introducción de la imposición *a posteriori* de la medida de internamiento en un centro de custodia se invoca la necesidad de evitar la puesta en libertad de delincuentes sumamente peligrosos que cometerán probablemente al ser liberados graves delitos contra la vida, la integridad corporal o la libertad sexual. En contra se esgrimen serias objeciones desde el punto de vista del Estado de Derecho. La imposición *a posteriori* del internamiento en un centro de custodia infringiría el principio de proporcionalidad, el principio de legalidad, el de irretroactividad de la ley penal desfavorable, si se aplica a los delincuentes peligrosos que hayan delinquido o estén cumpliendo ya condena al entrar en vigor la nueva ley y el principio *ne bis in idem*⁷.

Es preciso analizar, aunque sea brevemente, dichas objeciones para ver si la imposición *a posteriori* de la medida de internamiento en un centro de custodia es o no incompatible con las exigencias del Estado de Derecho.

El principio de proporcionalidad no sería infringido si la medida guarda proporción con la peligrosidad puesta de manifiesto por la gravedad de los delitos cometidos y de los que se considera probable que pueda cometer el sujeto al ser puesto en libertad. No es obstáculo para ello que la custodia de seguridad apenas se diferencie en su aplicación de una pena privativa de libertad, pues la medida de seguridad no debe guardar proporción con la gravedad de lo injusto culpable, sino con la peligrosidad del delincuente⁸. Tampoco el margen de error en el pronóstico de la conducta futura del delincuente afecta, por sí mismo, a la proporcionalidad de la medida⁹.

En nuestro Código penal vigente el problema se plantea, sin embargo, de otro modo, dada la forma en que se regula en él el principio de proporcionalidad. Según el apartado 2º del artículo 6º: “Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor” (art. 6,2). Con arreglo a este criterio se condiciona la posibilidad de aplicar medidas de seguridad privativas de libertad a que el delito cometido esté sancionado con una pena privativa de libertad y la duración de la medida no puede exceder de la de la pena que le hubiera sido impuesta al sujeto de haber obrado culpablemente o, en el caso de los semimputables, de la prevista por el

⁷ El Tribunal Federal Constitucional de Alemania ha declarado, no obstante, en la sentencia de 10 de febrero de 2004 que la imposición de la custodia de seguridad *a posteriori* no es contraria a la Constitución; véase, a este respecto, R. Robles Planas, “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad, lug. cit., pág.7 y A. J. Sanz Morán, El tratamiento del delincuente habitual, lug. cit., págs. 9-10.

⁸ No me parece, por ello, convincente la objeción de Laubenthal; véase, Die Renaissance der Sicherungsverwahrung, págs.710-711.

⁹ Como estima Laubenthal, Die Renaissance der Sicherungsverwahrung, págs. 714, y 749-750.

Código para el delito de que se trate (arts.95,2, 101,1,,102,1,103,1 y 104)¹⁰. Este criterio impediría, sin duda, la aplicación de la medida de internamiento en un centro de custodia *a posteriori* tanto si hubiera sido prevista como si no en la sentencia condenatoria. El sujeto habría obrado culpablemente y le habría sido impuesta la pena correspondiente a la medida de lo injusto y de la culpabilidad de su conducta. La regulación del principio de la proporcionalidad en nuestro Código me parece errónea, sin embargo, porque las medidas de seguridad, a diferencia de las penas, no tienen que ser necesariamente proporcionadas a la gravedad de los delitos cometidos, sino únicamente a la peligrosidad del delincuente¹¹. La

¹⁰ En el Código de 1995 se establece como límite de duración de la medida de internamiento para los semiimputables la pena abstracta, señalada al delito correspondiente(art. 104), en lugar de la pena impuesta, como sucedía en el n° 1° del art.9° del anterior Código penal. Para los inimputables el límite está representado, en cambio, por la pena concreta que les habría sido impuesta de haber obrado culpablemente (arts 101.1, 102.1 y 103.1); véase, a este respecto, mi Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III, Teoría jurídica del delito/2, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 71 y ss. y 106 y ss.. La formulación del principio de la proporcionalidad en el nuevo Código penal se basa en el pensamiento de Muñoz Conde,; véase Muñoz Conde, adiciones a la traducción de la 3ª ed. del Tratado de Derecho Penal, Parte General, de Jescheck, I, pág. 124, Introducción, a Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, recopilación de artículos de C. Roxin, Reus, Madrid, 1981, pág. 28, Monismo y dualismo en el Derecho penal español, en Estudios penales y criminológicos, VI, Universidad de Santiago de Compostela 1983, págs. 236-7, Medidas de seguridad en la reforma de 1983 y en la PANC: ¿monismo o dualismo?, en V Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n° 6, monográfico 1983, págs. 502-3 y 505-6, Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo, en Derecho Penal y Control Social, Fundación Universitaria de Jerez,, 1985, págs. 69 y ss. y 74 y ss. y Vorschlag eines neuen Maßregelnsystems, W. Hassemer, Strafrechtspolitik Bedingungen der Strafrechtsreform, Verlag Peter Lang, Frankfurt, a. M., Berna, Nueva York, págs. 119 y ss. Se ha adherido a este criterio recientemente J. J. González Rus, "Artículo 6", en Comentarios al Código Penal, I, Edersa, Madrid, 1999, págs. 208 y ss. y 251 y ss..

¹¹ Véase también, en este sentido, Luis Gracia Martín, Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española, págs. 567-8 y en L. Gracia Martín-M. A. Boldova Pasamar-M.C. Alastuey Dobón, Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español, págs. 388-389, y en L. Gracia Martín-M. A. Boldova Pasamar-M.C. Alastuey Dobón, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Madrid, 2000, págs. 324-325, Asier Urruela Mora, Los principios informadores del Derecho de medidas en el Código penal de 1995, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, n° 8, julio, 2001, págs. 179 y ss., Sanz Morán, Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal, págs. 179 y ss. y los autores mencionados en mi Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III, pág. 72, nota 100 (A. Jorge Barreiro ha insistido en su crítica, en Crisis actual del dualismo en el Estado social y democrático de Derecho, págs. 160 y ss.). De otra opinión, J. Cuello Contreras (El Derecho Penal Español, Parte General, págs. 139 y ss.), para el que “«la peligrosidad» que se considera a efectos de la medida es la misma que se considera a los efectos de la pena: la que cabe extraer del anterior delito cometido y no la que pueda tener su origen en una suerte de añadido asociado a la personalidad anormal del autor o a sus circunstancias sociales” (lug. cit., pág. 142, el subrayado en el original). En Cuello Contreras este criterio es consecuente con su renuncia a la peligrosidad como fundamento de las medidas de seguridad. No es posible, sin embargo, fundamentarlas en el juicio de culpabilidad y ni siquiera con

referencia a la gravedad del delito cometido, en la formulación del principio de la proporcionalidad, sólo puede tener el sentido de que se trata de un síntoma más a tener en cuenta para enjuiciar la peligrosidad del delincuente; un síntoma que puede ser confirmado o desvirtuado por otros. El delito cometido puede ser de escasa gravedad, pero aparecer como sumamente probable la comisión futura de delitos muy graves. Precisamente por evitar este malentendido me parece preferible la formulación del principio de la proporcionalidad en el art. 133 del Proyecto de Código Penal de 1980, donde se exigía únicamente que las medidas de seguridad guardasen proporción “con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer”¹².

El principio de legalidad es conceptualmente independiente del de irretroactividad de las leyes penales¹³. En sentido estricto, el principio de legalidad exige únicamente que la pena o medida de seguridad que se apliquen estén reguladas en una ley en el momento de su aplicación. Si la imposición *a posteriori* de la medida de internamiento en un centro de custodia, una vez finalizado el cumplimiento de la pena privativa de libertad o de la medida de internamiento en un sanatorio psiquiátrico está prevista en la ley no supone una infracción del principio de legalidad, siempre que concurren en el caso concreto los requisitos exigidos en la regulación legal.

Más discutible es si no supone una infracción del principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables la aplicación *a posteriori* de la medida de internamiento en un centro de custodia, al finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad o de la medida de internamiento en un sanatorio psiquiátrico si el hecho delictivo que fue objeto de la condena o los nuevos hechos conocidos durante el periodo de ejecución de la pena o de la medida y que ponen de manifiesto la peligrosidad del delincuente fueron realizados antes de la entrada en vigor de la ley que prevé la imposición *a posteriori* de la mencionada medida¹⁴. En Alemania rige en general el criterio de que tratándose de medidas de seguridad debe aplicarse la ley vigente en el momento del juicio, pero se hace excepción para algunas medidas entre las que se encuentra la custodia de seguridad (art. 2º, VI del C. p. alemán); en estos casos debe aplicarse la ley vigente en el momento del hecho. En España, de acuerdo con la opinión dominante en

referencia al mismo, como pretende Cuello Contreras, que se ve obligado a reconocer que: “Otras veces la medida no se relaciona con la culpabilidad del autor por el hecho delictivo....., sino con la prevención del delito” (pág. 140).

¹² Véase también, en este sentido, Carlos M^a Romeo Casabona, El Anteproyecto de Código Penal de 1992, en Presupuestos para la reforma penal, Universidad de La Laguna, 1992, págs. 12-3 .

¹³ Véase, a este respecto, mi Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I Introducción, pág. 218.

¹⁴ Consideran que con ello se infringe el principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables Stefan Trechsel, Nachträgliche Sicherungsverwahrung, pág. 208 y Kunz-Stratenwerth, Zum Bericht der Arbeitsgruppe “Verwahrung”, págs. 14-15.

nuestro país, se aplica a las medidas de seguridad el mismo criterio que a las penas (art. 2º del C. p. español). Rige el principio de la irretroactividad de las leyes penales y se hace una excepción para las leyes penales favorables al reo. Al tratarse de una ley desfavorable para el reo la que introduce la posibilidad de la imposición *a posteriori* de la custodia de seguridad, esta no sería posible si el hecho delictivo enjuiciado o los nuevos hechos conocidos durante la ejecución de la pena o de la medida, hubieran sido realizados antes de la entrada en vigor de la nueva ley. El criterio de la opinión dominante en nuestro país y de nuestro Código no me parece, sin embargo, convincente. Como señaló ya Rodríguez Mourullo, al tratarse de la aplicación de medidas de seguridad a estados peligrosos, no se plantea el problema de la retroactividad si dichos estados perduran, como es obligado, en el momento del juicio, aunque los hechos reveladores de los mismos sean anteriores a la entrada en vigor de la ley. Estos hechos deberán ser ya delictivos, sin embargo, en el momento de su realización¹⁵.

Más fundamento tiene, a mi juicio, la objeción de la infracción del principio *ne bis in idem*¹⁶. Al enjuiciarse al finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad o de la medida de internamiento en un sanatorio psiquiátrico si se aprecia en el delincuente la probabilidad de que, al ser puesto en libertad, cometa graves delitos violentos o contra la libertad sexual, deberá hacerse referencia obligadamente en el juicio de pronóstico al delito ya enjuiciado y que fue objeto de la sentencia condenatoria¹⁷. No se dará, sin embargo, una infracción del principio *ne bis in idem* cuando la imposición *a posteriori* de la custodia de seguridad estuviera prevista en la sentencia condenatoria, aunque se hiciera depender también de la evolución del condenado durante la ejecución de la pena o de la medida. Si la imposición *a posteriori* de la medida de internamiento en un centro de custodia no guardara relación con el hecho delictivo enjuiciado en la sentencia, sino únicamente con otros hechos posteriores conocidos durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad y que no constituyeran delito estaríamos ante una medida de seguridad predelictual, inadmisibles en un Estado de Derecho y de imposible aplicación en nuestro Código penal. (arts. 6º, 1 y 95).

En resumen, *de lege ferenda*, me parece rechazable la introducción de la imposición *a posteriori* de la medida de internamiento en un centro de custodia, salvo cuando dicha imposición estuviera prevista de antemano en la sentencia condenatoria¹⁸. En este último caso la posibilidad de imposición de

¹⁵ Véase, a este respecto, mi Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I Introducción, págs. 222-223.

¹⁶ Formulada, por ejemplo, por Trechsel, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung*, págs. 208 y ss. y Kunz- Stratenwerth, *Zum Bericht der Arbeitsgruppe "Verwahrung"*, págs. 12-13.

¹⁷ Véase, en este sentido, Klaus Laubenthal, *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*, pág. 750

¹⁸ Véase, en este sentido, Kunz- Stratenwerth, *Zum Bericht der Arbeitsgruppe "Verwahrung"*, pág. 17.

la custodia de seguridad exigiría una reforma de la regulación del principio de proporcionalidad de las medidas de seguridad en nuestro Código. La previsión en la sentencia condenatoria de la posibilidad de aplicar la medida de internamiento en un centro de custodia *a posteriori* podría estimular al recluso a comportarse adecuadamente y a cooperar activamente en el tratamiento para conseguir su rehabilitación y reinserción social¹⁹.

2. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOLES EN MATERIA DE CONCURSO REAL DE DELITOS

La previsión en la sentencia condenatoria de la posibilidad de imponer *a posteriori* la medida de internamiento en un centro de custodia, es un medio de hacer frente al problema real de evitar la puesta en libertad de delincuentes muy peligrosos que cometerán probablemente al ser liberados graves delitos contra la vida, la integridad corporal o la libertad sexual. En España nos hemos visto confrontados en los últimos tiempos con este problema, en el llamado caso Parot. Este terrorista de ETA había sido condenado, entre otros delitos, por 150 asesinatos en grado de consumación o tentativa acabada, no había mostrado la más mínima señal de arrepentimiento y su próxima puesta en libertad produjo una considerable alarma social. Había sido condenado siempre con base en el anterior Código penal, según el cual el límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad era el triple de la más grave y en todo caso no podía exceder de treinta años (art. 70, regla 2ª). Sobre esta llamada “pena de cumplimiento” se aplicaban los beneficios penitenciarios (redención de penas por el trabajo, libertad condicional). El Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de febrero de 2006, para retrasar la puesta en libertad de Parot hasta el año 2020, rompió con una línea jurisprudencial constante y estimó que los beneficios penitenciarios, en este caso la redención de penas por el trabajo, deben aplicarse no sobre la llamada “pena de cumplimiento”, sino sucesivamente sobre todas y cada una de las diversas penas privativas de libertad impuestas en la sentencia. Mediante la redención de penas por el trabajo, institución que no se incorporó al nuevo Código penal, se abonaba para el cumplimiento de la pena un día por cada dos de trabajo (art. 100 del anterior Código penal). Suponía, por tanto, la reducción de la “pena de cumplimiento” en un tercio. Al aplicarse ahora la redención de penas por el trabajo no a la “pena de cumplimiento”, sino sucesivamente a todas y cada una de las penas privativas de libertad impuestas se hace posible el cumplimiento de una pena privativa de libertad de treinta años de duración efectiva²⁰. El cambio jurisprudencial, que no solo afecta a los terroristas, sino a todos los

¹⁹ Véase, en este sentido, Klaus Laubenthal, Die Renaissance der Sicherungsverwahrung, p. 740.

²⁰ El condenado ha interpuesto el 28 de marzo un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (R. A. 3490/2006)

delincuentes²¹, puede aplicarse, sin duda, con carácter retroactivo, aun siendo desfavorable para el reo, al no ser la jurisprudencia fuente del Derecho, en el sentido de que no puede crear normas de carácter general de segura aplicación en el futuro²². El problema radica, a mi juicio, en que el nuevo criterio jurisprudencial no se ajusta a la voluntad de la ley. Es cierto que la mal llamada “pena de cumplimiento” no es una pena nueva, autónoma, en relación con las diversas penas impuestas en la sentencia²³, pero es una “unidad de ejecución penitenciaria” formada en atención a los fines de la pena (especialmente el de la rehabilitación y reinserción social) y los beneficios penitenciarios (redención de penas por el trabajo, en este caso) sirven también a los mismos fines y han de aplicarse, por tanto, sobre la “unidad de ejecución”²⁴. El Tribunal Supremo se pronunció bajo los efectos de una presión social y política irresistible, ante la próxima excarcelación de Parot y otros terroristas asesinos múltiples, pero el respeto al principio de legalidad es una exigencia insoslayable del Estado de Derecho²⁵. Por otra

²¹ El mismo criterio ha sido aplicado por el Tribunal Supremo a un delincuente no terrorista en la sentencia de 29 de septiembre de 2006. El sujeto había sido condenado a un total de 116 años por tres delitos de asesinato, un robo con intimidación, una agresión sexual, un delito de violación, maltrato habitual a su esposa, lesiones y amenazas.

²² Véase, a este respecto, mi Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I Introducción, págs. 196 y ss y 226.

²³ En contra de lo que se afirma en el apartado tercero del voto particular formulado por los ilustres magistrados José Antonio Martín Pallín, Joaquín Giménez García y Perfecto Andrés Ibáñez, según los cuales, “las penas impuestas en la sentencia, tratadas conforme a las reglas de aplicación previstas, se transforman – “se refunden”, dice la jurisprudencia – en otra de la misma naturaleza, pero distinta”. Se manifiesta conforme con este criterio José Luis Manzanares Samaniego en Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado caso Parot, La Ley, Año XXVII, Núm. 6443, Viernes 17 de marzo de 2006, pág. 3 y en Acumulación de penas, individualización científica y aplicación de beneficios penitenciarios (con una referencia especial al Caso Parot”), La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, n° 29, julio-agosto 2006, págs. 83 y ss. y 87 y ss.

²⁴ Véase también, en este sentido, Ángel J. Sanz Morán, Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios (A propósito de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, n° 197/2006, de 28 de febrero), en Revista de Derecho Penal (Lex Nova), n° 18, mayo 2006, págs. 30 y ss. y Antonio 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, en Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, 2006, págs. 260 y ss.

²⁵ En ello insisten, con razón, los magistrados que formularon el voto particular (apartado noveno). Por otra parte, tanto los magistrados que formularon el voto particular, como Manzanares señalan, con razón, que el criterio en la aplicación de la redención de penas por el trabajo era una cuestión ajena al objeto del recurso de casación presentado. Ni el fiscal, ni el acusado tuvieron, por ello, la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión. “Algo difícilmente compatible”, señala Manzanares, con la indefensión proscrita por el art. 24.1 de la Constitución” (Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado caso Parot, pág.3 y Acumulación de penas, individualización científica y aplicación de beneficios penitenciarios (con una referencia especial al Caso Parot”, pág. 85). El recurso de casación tenía por objeto conseguir la acumulación de todas

parte, es una solución equivocada a un problema real. La introducción en nuestro ordenamiento de la medida de seguridad de internamiento en un centro de custodia y la posibilidad de prever en la sentencia condenatoria su imposición *a posteriori* me parece una solución preferible. Preferible, sin duda también a la ampliación desmesurada, en nuestro Código penal vigente de los límites máximos de cumplimiento de las penas privativas de libertad, en la regulación del concurso real de delitos y a la introducción de la prisión perpetua con revisión tras algunos años de cumplimiento efectivo ²⁶.

las penas privativas de libertad, con el fin de que se estableciera un único límite máximo de cumplimiento de treinta años, en contra del criterio de la Audiencia Nacional (formulado en el Auto de 26 de abril de 2005) de dividir las en dos bloques (por una interrupción de la actividad delictiva durante unos dos años y medio y por haber actuado Parot en ambos períodos formando parte de dos comandos distintos). Según la Audiencia Nacional procedía, por ello, establecer dos periodos de cumplimiento máximo de la pena de treinta años cada uno. Con ello se distanciaba evidentemente del concepto material de conexión, mantenido por el Tribunal Supremo a partir de las sentencias de 15 de abril de 1994 (A. 6000) y 27 de abril de 1994 (A. 4.400), de las que fue ponente Enrique Bacigalupo. Con arreglo a este criterio, sumamente discutible (véase, a este respecto, mi Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III, Teoría jurídica del delito /2, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 311, nota 27) eran conexos todos los delitos cometidos después de haber recaído la última sentencia condenatoria. Este criterio ha influido, sin duda, en la nueva redacción del apartado 2º del art. 76 del Código penal por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio: “La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo”.

²⁶ Que sugiere Jose Luis Manzanares Samaniego, en Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado caso Parot., pág. 2 y Acumulación de penas, individualización científica y aplicación de beneficios penitenciarios (con una referencia especial al Caso Parot”, págs. 77 y ss.